



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili

Fondazione
Nazionale dei
Commercialisti

Documento

Compiti e responsabilità degli amministratori privi di delega

C
N
F

APRILE 2020



A CURA DEL GRUPPO DI LAVORO

RESPONSABILITÀ AMMINISTRATORI SENZA DELEGA - REFERENTI REGIONALI

AREA DIRITTO SOCIETARIO

CONSIGLIERI DELEGATI

Massimo Scotton

Lorenzo Sirch

CONSIGLIERE DELEGATO AREA SISTEMI DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO

Raffaele Marcello

COORDINATORE

Giuseppe Taragoni

COMPONENTI

Susanna Bugiardi

Marco Correggia

Donato Giudice

Stefano Lunardi

Sergio Saccomandi

ESPERTI

Nicolò Abriani

RICERCATORE FNC

Cristina Bauco

SOMMARIO

PREMESSA	4
CAPITOLO I. IL RUOLO DEGLI AMMINISTRATORI PRIVI DI DELEGHE NEL CdA	5
1.1. Le linee generali.....	5
1.2. L'amministrazione delegata.....	7
1.3. Il consiglio di amministrazione	9
CAPITOLO II. I POTERI-DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI PRIVI DI DELEGHE.....	13
2.1. L'informazione. L'assunzione delle decisioni.....	13
2.2. L'espressione del voto in CdA.....	15
2.3. Gli obblighi a contenuto specifico degli amministratori privi di deleghe in quanto componenti del CdA	17
2.4. L'informazione e la trasparenza. Gli interessi degli amministratori.....	17
2.4.1. La disciplina dell'interesse dell'amministratore nella società a responsabilità limitata	20
2.5. L'informazione e la trasparenza. Operazioni con parti correlate.....	21
2.6. L'iniziativa e l'intervento. I poteri - doveri degli amministratori privi di deleghe. I segnali di allarme	22
CAPITOLO III. GLI ASSETTI ORGANIZZATIVI, AMMINISTRATIVI, CONTABILI ADEGUATI. RUOLI DEGLI AMMINISTRATORI	26
3.1. L'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e la sua adeguatezza.....	26
3.2. La ripartizione delle competenze. Attivazione senza indugio degli amministratori per il superamento della crisi e il recupero della continuità	28
CAPITOLO IV. LE RESPONSABILITÀ.....	34
4.1. Le responsabilità degli amministratori privi di delega.....	34
4.2. Le disposizioni del Capo IX in materia di direzione e coordinamento di società. Il ruolo degli amministratori privi di deleghe in caso di delibere imposte dalla capogruppo	35

4.3. La responsabilità per la predisposizione di assetti inadeguati e la responsabilità per mancata attivazione.....	36
CONCLUSIONI	41

PREMESSA

Il tema delle responsabilità degli amministratori privi di delega riacquista particolare interesse a seguito delle modifiche apportate al testo dell'art. 2086 c.c. introdotte dall'art. del d.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora in avanti, Codice della crisi) che sono vigenti dal 16 marzo 2019.

Il documento, oltre all'evidenziazione delle rilevanti novità che andranno a condizionare l'attività degli amministratori quando il Codice della crisi sarà vigente, offre l'occasione per rivedere sui rapporti e sulle dinamiche interorganiche tra organi delegati e amministratori privi di deleghe di s.p.a. non quotate e non soggette a un regime di vigilanza, ma anche di altri tipi societari, al fine di individuare una "policy" nello svolgimento delle attribuzioni che il codice civile assegna a questi ultimi e le conseguenti responsabilità che ne potrebbero discendere alla luce anche dei prevalenti orientamenti giurisprudenziali.

Il modello di *governance* di riferimento è quello tradizionale basato sulla compresenza del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, ovvero del sindaco unico di s.r.l.

In conclusione, occorre segnalare che il presente documento è stato chiuso dal gruppo di lavoro nel periodo di avvio, purtroppo, del fenomeno pandemico in atto dovuto alla diffusione del Covid -19.

Le conseguenze di questo fenomeno hanno, ed avranno, ripercussioni non prevedibili *ex ante* nel settore economico e coinvolgeranno necessariamente gli organi della corporate governance societaria ad ogni livello, ognuno nell'ambito della propria competenza a partire proprio dagli organi amministrativi sia individuali che collettivi, e quindi anche gli amministratori privi di delega, ai quali è dedicato il presente lavoro.

Il dibattito dottrinale è avviato in esito anche ai primi provvedimenti governativi emanati e in corso di conversione ai quali le società si accingono a dare attuazione e sui quali si avrà occasione di ritornare.

Massimo Scotton e Lorenzo Sirch

Consiglieri Nazionali con delega al Diritto Societario

CAPITOLO I. IL RUOLO DEGLI AMMINISTRATORI PRIVI DI DELEGHE NEL CDA

La struttura dell'organo amministrativo è uno degli elementi alla luce dei quali valutare gli assetti amministrativi della società: è auspicabile, in tale prospettiva, che la dimensione ottimale del CdA sia determinata secondo un principio di proporzionalità che consenta di adattare il numero dei componenti alla realtà, alle esigenze, al settore e alla distribuzione delle partecipazioni della società.

Un'adeguata composizione qualitativa e un'adeguata composizione quantitativa del CdA dovrebbero consentire un efficace funzionamento dell'organo in funzione della realizzazione dei principi di corretta amministrazione ed efficiente gestione della società nel perseguimento dell'oggetto sociale. Agli amministratori, anche privi di deleghe, l'ordinamento attualmente impone un atteggiamento che risulti improntato a: trasparenza, informazione, iniziativa, intervento e attivazione.

1.1. Le linee generali

Al pari dei principali ordinamenti stranieri, anche il diritto societario italiano ammette la possibilità di delegare le funzioni proprie del consiglio di amministrazione ad uno o più componenti dello stesso, tanto in termini individuali (amministratore delegato o, secondo l'acronimo più utilizzato su scala internazionale, il CEO) quanto in termini collegiali (comitato esecutivo). Da tale ripartizione di funzioni interne al consiglio di amministrazione discendono una pluralità di corollari rilevanti sotto il profilo giuridico, determinando una differenziazione delle posizioni, rispettivamente, dei consiglieri esecutivi, da un lato, e degli altri amministratori, dall'altro.

Questo modello di governance, adottato dalla maggioranza delle società di capitali, si caratterizza, sulla base di distinzione al suo interno tra amministratori deleganti ed amministratori delegati, per una ripartizione tra funzioni esecutive-gestionali e funzioni di indirizzo e valutazione.

L'istituto della delega assolve tradizionalmente ad una duplice finalità. Da un punto di vista oggettivo, consente di realizzare una suddivisione dei compiti all'interno dell'organo amministrativo, garantendo in tal modo una maggiore efficienza gestionale. Sotto il profilo soggettivo, invece, permette di selezionare in seno al consiglio coloro che sono più esperti o comunque dotati di specifiche competenze e consolidate esperienze.

In presenza di delega delle funzioni gestorie, il diverso ruolo degli amministratori deleganti e delegati si riflette sulla disciplina e sui presupposti della responsabilità.

L'entrata in vigore degli artt. 375, 377, 378, 379 del d.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155 (d'ora in avanti Codice della crisi), avvenuta lo scorso 16 marzo 2019, rappresenta l'occasione per tornare a esaminare le tematiche della responsabilità degli amministratori di società di capitali. Il recente intervento di riforma che ha riformulato l'art. 2086 c.c. stigmatizza la necessaria attivazione degli organi di amministrazione nell'ottica e con la finalità della tempestiva emersione di indizi di crisi o di situazioni in cui la continuità sia messa a repentaglio, definitivamente chiarendo che gli assetti organizzativi,

amministrativi e contabili di cui ogni imprenditore deve necessariamente e inderogabilmente dotarsi, pur tenendo in considerazione la natura e la dimensione dell'attività effettivamente esercitata, devono consentire una tempestiva rilevazione di tali indizi e di tali circostanze.

Più partitamente, nell'ambito delle s.p.a. c.d. chiuse e delle s.r.l., quando ciò sia compatibile con la organizzazione della società, la novellata disciplina va ad arricchire quanto già previsto nell'art. 2381 c.c. in relazione alla predisposizione di queste regole tecniche di gestione: la predisposizione di una struttura organizzativa, amministrativa e contabile adeguata è assegnata agli organi delegati, in assenza di una differente previsione di statuto, mentre sull'organo collegiale, sulla base delle informazioni ricevute dagli organi delegati, ricade la valutazione sull'adeguatezza.

E proprio l'informazione, a cui occorre coniugare la trasparenza, assume all'interno dell'organizzazione societaria un ruolo determinante, divenendo consustanziale con i principi di corretta amministrazione e rappresentando, per tal motivo, un obbligo imposto a tutti gli amministratori. Tuttavia, se gli amministratori delegati devono possedere le informazioni necessarie per gestire correttamente la società e possono, per tal motivo, interloquire direttamente con le funzioni aziendali, gli amministratori privi di deleghe non hanno poteri informativi diretti, né poteri ispettivi presso la struttura. Questi ultimi possono ricevere informazioni in occasione delle riunioni del CdA; ed è in tali riunioni che sono legittimati, senza asimmetrie informative rispetto agli altri consiglieri non delegati, a richiedere ulteriori informazioni qualora ritengano insufficienti quelle ricevute e/o e in presenza di situazioni anomale rispetto ai canoni di corretta gestione imprenditoriale, così adempiendo al dovere di agire in modo informato enunciato dall'art. 2381, sesto comma, c.c., che costituisce un presupposto del generale dovere di diligenza previsto dall'art. 2392 c.c. In stretta correlazione con il dovere di agire in modo informato si pone l'obbligo di intervenire per impedire un fatto di gestione pregiudizievole o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose, obbligo descritto nell'art. 2392, secondo comma, c.c.

Queste due disposizioni, coordinate con le previsioni dell'art. 2086 c.c. nonché con quelle contenute nell'art. 2381, terzo e quinto comma c.c., rappresentano i capisaldi di una corretta attività di gestione (improntata, cioè, ai "principi di corretta amministrazione" di cui all'art. 2403 c.c. ovvero dei canoni di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" richiamati dall'art. 2497 c.c.).

Ciò consente di effettuare, sin da subito, alcune riflessioni.

L'iniziativa e l'intervento degli amministratori privi di deleghe, se, per un verso, non possono essere omessi, per altro verso sono condizionati dalla conoscenza o dal sospetto di determinate circostanze: gli obblighi descritti sono attivabili se agli amministratori privi di deleghe pervengano adeguate informazioni dai delegati. Con il corollario che i primi saranno tenuti a vagliare le informazioni, le relazioni fornite dai secondi, a esaminare la documentazione consegnata, a effettuare valutazioni in termini di completezza e chiarezza e ragionevolezza e, se necessario, richiedere supplementi di informazioni.

Le procedure interne adottate dalla società (*rectius*, gli assetti) e curate dagli amministratori delegati, inoltre, saranno adeguate se risulteranno in grado di sviluppare efficienti flussi interorganici di

informazioni e di dati che consentano anche agli amministratori privi di deleghe di poter contribuire a una consapevole gestione della impresa.

Ai fini che ci occupano, dunque, sarà opportuno chiarire l'ambito applicativo del dovere di agire in modo informato in relazione al potere di richiedere informazioni relative alla gestione della società, anche in considerazione dei nuovi obblighi imposti dal Codice della crisi agli organi di amministrazione.

Muovendo dal ruolo svolto dagli amministratori all'interno del CdA, si suggeriranno alcune indicazioni di prassi, e come tali non vincolanti, con riguardo ai poteri-doveri che gli amministratori privi di deleghe potrebbero esercitare, attenendosi ai precetti dell'art. 2381 c.c. Tali rules comportamentali, se volontariamente seguite, potrebbero implementare il canone di corretta amministrazione enunciato nell'art. 2392 c.c. Come si avrà modo di sottolineare, infatti, agli amministratori, anche privi di deleghe, l'ordinamento attualmente impone un atteggiamento che risulti improntato a: trasparenza, informazione, iniziativa, intervento e attivazione.

1.2. L'amministrazione delegata

Pur privilegiando le imprese di piccole dimensioni, e con proprietà concentrata, sistemi di governance semplici, la scelta di dotare la società di un consiglio di amministrazione consente l'assunzione di decisioni sulla base di scelte ponderate, condivise e risultanti dal confronto dialettico dei componenti portatori di differenti esperienze e competenze.

Il CdA, composto da un numero di amministratori che, in aderenza alle previsioni statutarie (o, in assenza, liberamente), verrà deciso dai soci con riferimento alla dimensione della società, al *business* aziendale e altri fattori, può delegare proprie attribuzioni ad uno o più dei suoi componenti o ad un comitato esecutivo (art. 2381, secondo comma, c.c.).

La delega attua un conferimento di funzioni e di compiti che non comporta spoliamento di poteri, con una legittimazione concorrente tra delegato e delegante: il plenum del consiglio resta titolare della funzione amministrativa nel suo complesso.

La competenza concorrente e sovraordinata sulle materie delegate trova espressione nel potere dell'organo consiliare di impartire direttive ai delegati e di avocare a sé le decisioni su materie oggetto di delega; in sostanza il delegante può in qualsiasi momento revocare o modificare la delega riappropriandosi dei suoi poteri.

Resta quindi prioritario il ruolo del consiglio che può impartire direttive alle quali si deve necessariamente uniformare l'attività dei delegati, essendo vincolanti per l'esercizio delle loro funzioni (art. 2381, terzo comma, c.c.).

Del resto, l'esigenza di preservare la centralità della dimensione collegiale nell'esercizio delle funzioni gestorie è finalizzata ad evitare che i delegati possano godere di una eccessiva autonomia rispetto al consiglio, con il rischio di frammentare l'unità dell'organo amministrativo.

La delega trova legittimazione in una clausola dello statuto o in una delibera assembleare e viene attribuita con delibera consiliare che ne determina il contenuto ed i limiti, fermo restando che alcune funzioni non possono essere oggetto di delega.

La riforma del 2003 ha ampliato il novero delle competenze non attribuibili: a fianco delle esclusioni di delega previste dalla previgente disciplina - redazione del bilancio di esercizio (art. 2423 c.c.), aumenti di capitale *ex art.* 2443 c.c., adempimenti in presenza di perdite rilevanti (articoli 2446 e 2447 c.c.) - si è esplicitata la natura imperativamente collegiale della decisione inerente alla emissione di obbligazioni convertibili attribuita dallo statuto agli amministratori (art. 2420-*ter* c.c., già implicito nella) e della redazione dei progetti di scissione (art. 2506-*bis* c.c.) e di fusione (art. 2501-*ter* c.c.).

Per quanto attiene alla struttura della delega, stante il disposto del terzo comma dell'art. 2381 c.c. (il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti ed eventualmente le modalità di esercizio della delega), non si ritiene ammissibile una delega "generica" che cioè non determini i poteri delegati; diversamente è ammissibile una delega "generale" che attribuisce tutti i poteri ad eccezione di quelli non delegabili per legge.

Tuttora discussa è l'ammissibilità della delega "obbligatoria", prevista da clausole statutarie o deliberazioni assembleari che impongono al consiglio di amministrazione di delegare proprie attribuzioni ad uno o più amministratori delegati o ad un comitato esecutivo¹.

Rilevante inoltre ai fini della trattazione dell'argomento del presente lavoro, è valutare l'impatto sul regime di responsabilità solidale delle cosiddette deleghe "atipiche" (in sostanza deleghe non autorizzate).

Come già rilevato l'ordinamento vigente condiziona l'attribuzione delle deleghe ad una autorizzazione assembleare o statutaria e alla deliberazione del CdA. Nella prassi talora il CdA, pur in assenza di espressa autorizzazione, assegna ad alcuni consiglieri le proprie competenze o il compimento di singoli atti per una più efficiente e snella gestione operativa. Con riferimento a queste particolari fattispecie l'interprete si è interrogato sulla esenzione da responsabilità solidale a favore di quei consiglieri che non sono investiti delle funzioni gestionali.

La questione è dibattuta. Coloro che propendono per la soluzione in senso positivo enfatizzano l'attuale formulazione dell'art. 2392 c.c. che prevede la esclusione del regime di responsabilità solidale "per le attribuzioni proprie del comitato esecutivo, nonché per le funzioni in concreto attribuite ad uno più amministratori". Per altri, invece, anche in presenza di una simile ripartizione di attribuzioni, l'attenuazione della responsabilità dei deleganti si produrrebbe solo nei casi in cui la delega, pur mancando una deliberazione *ad hoc* del CdA, sia prevista dallo statuto ovvero sia stata consentita dai soci.

¹ Con riferimento alla delega generale si è soliti distinguere tra clausole di delega obbligatoria semplice, che si limitano ad imporre la delega di attribuzioni del consiglio, e clausole di delega obbligatoria qualificata, con cui vengono indicate le materie (clausole di delega obbligatoria qualificata in senso oggettivo) o i consiglieri che devono ricevere le attribuzioni (deleghe qualificate in senso soggettivo). La soluzione potrebbe trovare una soluzione diversa tra s.p.a. e s.r.l., anche in relazione alla possibile attribuzione di diritti particolari inerenti anche alle deleghe gestorie (art. 2468 c.c.).

Su un piano diverso si colloca l'ipotesi in cui poteri gestori, e segnatamente poteri delegati, siano esercitati da un soggetto non formalmente investito della carica, dunque in assenza di un valido atto di nomina e della relativa accettazione con iscrizione al registro imprese; si tratta in sostanza dell'amministratore di fatto cioè un soggetto che, pur in assenza di una investitura formale- nomina ed iscrizione della stessa al Registro imprese- si ingerisce sistematicamente nella gestione della società compiendo atti di amministrazione (amministratore di fatto in senso stretto, in grado di operare anche grazie al rilascio di procure *ad negotia*) o facendoli realizzare, seguendo le sue indicazioni, dagli amministratori di diritto (amministratore indiretto od occulto).

In questo caso la giurisprudenza è orientata ad estendere all'amministratore di fatto le responsabilità gestorie, chiamandolo a rispondere a fianco dell'amministratore di diritto, sia egli uno soltanto o un organo collegiale, nel qual caso il plenum del consiglio resta pertanto pienamente responsabile per eventuali danni generati alla società, senza poter invocare l'attenuazione di responsabilità che potrebbe estendersi, tutt'al più, alle deleghe di fatto a favore di amministratori di diritto, ma certamente non a chi, non essendo stato eletto amministratore, non può svolgere le funzioni di amministratore, tanto meno delegato. Con riferimento alla figura dell'amministratore di fatto, merita di essere rammentato che, ai fini penali, l'art. 2639 c.c. estende i reati propri societari al soggetto formalmente investito della qualifica di amministratore sia a chi "è tenuto a svolgere la stessa funzione, diversamente qualificata", sia a "chi esercita in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione".

9

Particolare attenzione dovrebbe essere posta dall'amministratore privo di deleghe in relazione alle attribuzioni relative ai settori di:

- gestione della sicurezza e salute sui luoghi di lavoro, e quindi precipuamente l'individuazione ai sensi di legge della funzione di "datore di lavoro" auspicabilmente nella persona dell'amministratore delegato o di un consigliere delegato;
- la gestione e il trattamento dei dati personali, e quindi precipuamente l'individuazione ai sensi di legge della funzione "titolare del trattamento dei dati personali";

prevedendo ovviamente in tutti i casi il conferimento al soggetto delegato dei poteri di gestione e della capacità di spesa necessari per lo svolgimento delle mansioni che gli venissero così assegnate (conferimento che ovviamente non esclude la permanenza dei doveri, in capo agli altri amministratori privi di delega, di controllo sul generale andamento della gestione di tali comparti, oltre che di intervento, soprattutto nel caso di mancato esercizio della delega).

1.3. Il consiglio di amministrazione

La nomina degli amministratori rientra nel novero delle competenze dell'assemblea; spetta invece agli amministratori designati l'onere, ai sensi dell'articolo 2383 c.c., di chiedere l'iscrizione della nomina al Registro Imprese entro trenta giorni (obbligo la cui omissione è sanzionata ai sensi dell'articolo 2630 c.c.).

L'iscrizione al Registro Imprese ha natura dichiarativa, con valenza ai fini della opponibilità nei confronti dei terzi; il rapporto tra società ed amministratore si istituisce quindi a prescindere dalla iscrizione al Registro imprese ma non è opponibile ai terzi se non si prova che ne hanno conoscenza.

Ad eccezione di quanto previsto per le società quotate (e di alcune società a statuto speciale), fattispecie estranee al presente lavoro, la normativa vigente non pone limitazioni per la nomina degli amministratori, fermo restando che, ai sensi dell'articolo 2368 c.c., lo statuto può prevedere norme particolari per la nomina delle cariche sociali.

Per quanto attiene alla composizione qualitativa del consiglio di amministrazione, oltre alla individuazione delle cause di ineleggibilità e decadenza di cui all'art. 2382 c.c., la legge non prevede specifici requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza per gli amministratori delle s.p.a. chiuse e delle s.r.l.: la nomina può comunque essere subordinata dallo statuto al possesso di particolari requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza, come si esprime l'art. 2387 c.c., eventualmente anche con riferimento a previsioni di codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati. In questo caso l'inosservanza delle previsioni statuarie comporta la decadenza della carica ai sensi dell'art. 2382 c.c. Quanto disposto nell'art. 2387 c.c. per gli amministratori del sistema tradizionale, viene esteso ai componenti del consiglio di gestione del sistema dualistico (cfr. art. 2409-*undecies* c.c.), mentre nel sistema monistico la disciplina presta particolare attenzione al requisito dell'indipendenza poiché impone, in maniera rigorosa anche in considerazione della peculiarità di tale modello, che almeno un terzo dei componenti del consiglio di amministrazione deve essere in possesso dei requisiti di indipendenza declinati per i sindaci nell'art. 2399, primo comma, c.c. e, qualora lo statuto lo preveda, dei requisiti prefissati nei codici di comportamento redatti da associazioni di categoria o da società di gestione di mercati regolamentati. Ad ogni buon conto, l'inserimento nel CdA di soggetti in possesso di requisiti di indipendenza dovrebbe garantire una maggiore dialettica e migliorare gli standard di affidabilità e di trasparenza della gestione. In forza delle previsioni dell'art. 2387 c.c. il requisito positivo della indipendenza deve rimanere per tutta la durata dell'incarico, con conseguente decadenza dalla carica se viene meno l'amministratore in corso di mandato).

Nel sistema tradizionale, pertanto, lo statuto potrebbe rinviare ai requisiti di indipendenza stabiliti per i sindaci dall'art. 2399 c.c., ovvero potrebbe rifarsi a requisiti di indipendenza presenti nei codici di comportamento redatti da associazioni di categoria, ovvero prevederne di ulteriori.

Mancando, pertanto, definizioni normative dell'indipendenza dell'amministratore, in assenza di precise previsioni dello statuto, la valutazione del requisito andrà effettuata secondo un profilo sostanziale piuttosto che formale, in relazione al caso specifico: occorrerà pertanto verificare se l'amministratore abbia relazioni o legami tali con la società o soggetti ad essa collegati, tali da compromettere la obiettività di giudizio sulle scelte gestionali.

Quanto alla composizione quantitativa del CdA, il numero dei componenti è stabilito dallo statuto. Lo statuto, poi, può indicare solamente un numero massimo e minimo di componenti: in questo caso la determinazione del numero dei componenti spetta all'assemblea (cfr. art. 2380-*bis* c.c.).

In proposito, occorre rammentare che si ritengono lecite le clausole statutarie che prevedono la nomina di un numero pari di consiglieri, accordando prevalenza al voto del presidente allo scopo di evitare possibili stalli decisionali, finanche di due consiglieri: in quest'ultimo caso, la decisione dovrà essere assunta necessariamente con il voto favorevole di entrambi i consiglieri.

In termini generali, la struttura dell'organo amministrativo è uno degli elementi alla luce dei quali valutare gli assetti (amministrativi, appunto) della società: è auspicabile, in tale prospettiva, che la dimensione ottimale del CdA sia determinata secondo un principio di proporzionalità che consenta di adattare il numero dei componenti alla realtà, alle esigenze, al settore e alla distribuzione delle partecipazioni della società.

Un'adeguata composizione qualitativa e un'adeguata composizione quantitativa del CdA dovrebbero consentire un efficace funzionamento dell'organo in funzione della realizzazione dei principi di corretta amministrazione ed efficiente gestione della società nel perseguimento dell'oggetto sociale. Per tal motivo, l'amministratore anche privo di deleghe dovrebbe accettare la nomina solo quando reputi di poter svolgere l'incarico con modalità e disponibilità di tempo adeguate, effettuando *ex ante* una valutazione complessiva delle proprie capacità e competenze e degli altri incarichi in corso che ritenga compatibili, riportando eventualmente le dette valutazioni all'interno del CdA.

Il corretto funzionamento dell'organo, inoltre, dovrebbe comportare la fissazione di riunioni periodiche del CdA con cadenza determinata in ragione della natura e della dimensione della società.

In relazione a tale ultimo profilo, è importante sottolineare che una giusta causa di revoca dell'amministratore potrebbe essere rappresentata dall'inadempimento degli obblighi assunti con l'accettazione dell'incarico: ad esempio la reiterata mancata partecipazione alle riunioni del CdA potrebbe integrare una ipotesi di giusta causa di revoca dell'incarico.

Lo statuto potrebbe prevedere, inoltre, quale specifica causa di decadenza c.d. sanzionatoria, l'assenza ingiustificata per un determinato numero di riunioni, in analogia a quanto prescrive la legge per il collegio sindacale; su un piano diverso si pone la clausola "*simul stabunt simul cadent*", con la quale si limita il potere di cooptazione del consiglio, prevedendosi, anche al fine di mantenere gli equilibri all'interno dell'organo, l'integrale decadenza del CdA se nel corso del mandato cessano dalla carica uno degli amministratori o la maggioranza di quelli eletti dall'assemblea.

Un ulteriore elemento – caratteristico delle società quotate, ma riscontrabile anche in altre società azionarie e rilevante ai fini della definizione dei rapporti tra consiglio e delegati – riguarda il ruolo dell'amministratore non esecutivo nell'ambito dei comitati endo-consiliari, di cui sia chiamato a fare parte. Tale partecipazione dei non esecutivi ai comitati può determinare un significativo rafforzamento della governance, soprattutto se si tratti di soggetto in possesso di competenze ed esperienza specifiche (come può essere per il professionista iscritto al nostro Ordine) in ambito di gestione dei rischi e dei sistemi di controllo e compliance (per il comitato "controllo e rischi" o comitato "rischi" o "*audit committee*"), o di politiche di remunerazione (per il comitato "remunerazione" o "*human resources committee*"), o di governo societario (per il comitato "governance") o di selezione di profili di esponenti aziendali (per il comitato "nomine").

È raccomandabile che l'amministratore non esecutivo, che abbia sufficientemente disponibilità di tempo da dedicare alla partecipazione a uno o più comitati, vi prenda parte, poiché tale partecipazione gli consente di acquisire in tempi più rapidi una conoscenza dell'impresa e della organizzazione e struttura aziendale più approfondita. Questo lo aiuterà sia nel disporre dei migliori elementi utili per una efficiente ed equilibrata interlocuzione con gli organi esecutivi delegati, sia nel compiere il proprio ruolo amministrativo con un livello di informazioni potenzialmente ancora più adeguato. Ovviamente questa constatazione è tanto più vera quanto il comitato interessato è ad "ampio spettro" di competenze e di azione (come per il comitato "controllo e rischi").

Il ruolo di tali comitati è essenzialmente istruttorio, e alcune volte consultivo, rispetto alle attività di discussione, deliberazione e amministrazione dell'organo sociale collegiale. Sarà quindi cura dell'amministratore non esecutivo partecipante al comitato trasferire, diligentemente e con attenzione, un grado di informativa più ampio possibile agli altri componenti dell'organo amministrativo non parte del comitato stesso, ovviamente con la sintesi necessaria a consentire un ordinato ed efficiente svolgimento del lavoro amministrativo, e operando per esempio una selezione e articolazione dell'informativa da fornire all'organo deliberante secondo principi di rilevanza, di rischiosità, e di delicatezza. Grazie in particolare all'operato dell'amministratore non esecutivo, i componenti dell'organo sociale collegiale dovrebbero trovarsi a disporre delle informazioni utili, e adeguatamente selezionate e classificate, per l'assunzione della decisione proposta, essendosi effettuata la necessaria scrematura e sintesi delle stesse nel relativo comitato endo-consiliare con scopi istruttori.

CAPITOLO II. I POTERI-DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI PRIVI DI DELEGHE

Nel fornire alcune indicazioni circa i poteri che vantano gli amministratori privi di deleghe si sono sinteticamente richiamate le prerogative che loro spettano all'interno del CdA, anche in adempimento di obblighi a contenuto specifico finalizzati a garantire una corretta gestione della società, e le prerogative che sono loro accordate per tutelare i propri diritti.

2.1. L'informazione. L'assunzione delle decisioni

Gli amministratori privi di deleghe fanno parte del CdA e partecipano alle riunioni del CdA.

Ciascun amministratore può richiedere al presidente la convocazione del CdA.

A tal fine, il presidente del CdA procede con la convocazione dei componenti e con l'individuazione dei punti all'ordine del giorno su cui gli amministratori devono poter comunque esprimere il proprio voto e assumere la decisione adeguatamente informati, come prevede l'art. 2381 c.c.

In quest'ottica, riveste particolare importanza la circostanza che, con congruo preavviso rispetto alla data fissata per la riunione del CdA, sia resa disponibile un'adeguata e omogenea informativa preconsigliare ai singoli componenti.

In base a quanto disposto dall'art. 2381, sesto comma, c.c. l'amministratore non esecutivo deve valutare attentamente il set informativo sottoposto per l'assunzione di delibere e le tempistiche di sottoposizione della stessa documentazione.

Per tal motivo, l'amministratore non esecutivo non deve avere remore nel formulare il proprio eventuale giudizio critico di insoddisfazione in merito alla tempestività, completezza e uniformità dell'informazione, valutando di volta in volta l'opportunità di:

- chiedere un rinvio della discussione e una successiva convocazione del CdA non appena sia reso disponibile un set informativo adeguato, ovvero
- l'integrazione della documentazione - o informazioni e spiegazioni verbali - nella stessa seduta, ove tali integrazioni siano suscettibili di essere fornite in modo tale da permettere una valutazione e una decisione adeguatamente consapevole e informata (il che avviene, in primo luogo, qualora le informazioni mancanti siano di rapida comprensione e non richiedano una preventiva metabolizzazione).

È chiaro che in questo ambito deve tenersi in considerazione un principio di proporzionalità in merito soprattutto alla formalizzazione del set informativo: a seconda delle dimensioni e della complessità aziendale, e/o della portata della delibera sottoposta, il rilascio di un'adeguata informativa può essere ottenuto con una relazione verbale degli amministratori esecutivi proponenti, ovvero con un documento organizzato formato da una pratica formalizzata e corredata da allegati, pareri, etc.

Le importanti funzioni che l'ordinamento attribuisce al CdA suggeriscono di effettuare un'attenta programmazione delle attività, valutando la periodicità delle riunioni del consiglio al di là del semestre considerato nell'art. 2381, quinto comma, c.c., nelle realtà di maggiori dimensioni o a seconda di particolari momenti della vita aziendale.

Abbiamo fatto cenno alla centralità assunta dalle previsioni dell'art. 2381 c.c. Più partitamente, l'art. 2381, sesto comma, c.c. prescrive che gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato. A tali fini, la stessa disposizione prescrive che ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che "in consiglio" – e quindi a beneficio di tutti gli amministratori, senza asimmetrie informative tra gli stessi – siano fornite informazioni relative alla gestione della società.

Le richiamate previsioni stigmatizzano la necessità che gli amministratori privi di deleghe assumano un atteggiamento proattivo rispetto al CdA, sia che gli stessi intervengano nelle discussioni consiliari apportando le proprie competenze e la conoscenza del settore di attività della società, in modo da arricchire la dialettica interna all'organo.

Ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in CdA siano fornite informazioni relative alla gestione della società, relative sia ad aspetti generali, sia a questioni specifiche che si ritenga necessario approfondire.

Ulteriori e più specifici (ed analitici) doveri informativi riguardano le operazioni che coinvolgano interessi di alcuni amministratori e, al ricorrere delle condizioni previste dalla legge ovvero in forza di specifiche previsioni di statuto, parti correlate.

Nella prospettiva di poter intervenire in CdA adeguatamente informati, la richiesta di informazioni può essere destinata al delegato anche al di fuori della riunione consiliare, fermo restando che quest'ultima sarà la sede nella quale andranno rese a chi abbia avanzato la richiesta (se del caso, previa richiesta di convocazione del consiglio da parte di quest'ultimo).

Le informazioni, al contrario, non possono essere richieste al personale della società o al management, il quale, previa richiesta dei delegati, può intervenire nelle riunioni del Cda al fine di fornire delucidazioni rispetto agli argomenti posti all'Odg².

Diversamente il presidente del CdA può rivolgersi direttamente alla struttura della società per acquisire informazioni, anche al fine di verificare l'adeguatezza di quelle fornite dagli amministratori delegati al consiglio in ordine alle materie all'ordine del giorno.

Resta esclusa, per gli amministratori privi di deleghe, la possibilità di procedere con atti di ispezione e controllo presso la società e le sue funzioni aziendali.

Nelle realtà maggiormente strutturate, ovvero in occasione di operazioni particolarmente complesse, andrà posta particolare attenzione alla organizzazione di sessioni informative pre-consiliari per

² E' fatta eccezione per i casi in cui ciò avvenga nell'ambito dei comitati endo-consiliari eventualmente istituiti, nel quale caso sarà premura dell'amministratore non esecutivo partecipante riportare all'organo collegiale, con le modalità ivi suggerite, le informazioni in quella sede ricevute dal personale o dal management.

permettere agli amministratori di acquisire un adeguato livello di preparazione ed elementi di valutazione circa le delibere che verranno poi loro sottoposte nella ufficiale sede consiliare. Pur trattandosi di momenti partecipativi di una certa importanza, occorre evidenziare come si tratti di riunioni generalmente informali i cui contenuti non saranno verbalizzati e trasfusi nella documentazione ufficiale della società. È opportuno, pertanto, porre la dovuta attenzione affinché:

- il set informativo messo a disposizione per tali occasioni sia integralmente riproposto, o eventualmente integrato, ma mai ridotto, in sede consiliare;
- la fase di approfondimento, discussione e deliberazione sia riservata alla sede consiliare, e successivamente verbalizzata e riportata nel libro delle adunanze;
- la volontà deliberativa si formi e si esprima unicamente nella competente sede collegiale del CdA.

2.2. L'espressione del voto in CdA

L'amministratore privo di deleghe può esprimere un voto favorevole, un voto contrario, o astenersi dalla deliberazione. Manifestazione dei poteri reattivi che l'ordinamento riconosce all'amministratore privo di deleghe, è la possibilità di far constare il proprio dissenso rispetto alle deliberazioni assunte dal CdA, mediante annotazione nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del CdA e dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale (art. 2392, terzo comma, c.c.). In caso di assenza, inoltre, l'amministratore può impugnare le deliberazioni non conformi alla legge o allo statuto (art. 2388, quarto comma, c.c.).

Assenso

Con l'espressione del voto favorevole l'amministratore non esecutivo assume piena responsabilità in merito alla decisione proposta, accettandone il livello informativo reso gli disponibile per valutarla, e condividendone il contenuto, gli effetti e la portata.

Eventuali indicazioni o raccomandazioni formulate unitamente all'espressione del voto favorevole avranno esclusivamente valenza di indirizzo per organi delegati, o per l'esecuzione della stessa delibera assunta, non potendo limitare eventuali responsabilità in capo all'amministratore che le abbia formulate.

Dissenso

L'espressione del voto contrario libera l'amministratore privo di delega da responsabilità per gli atti o le omissioni degli altri amministratori se costui, oltre a essere immune da colpa, abbia fatto annotare senza ritardo il suo voto contrario nel libro delle adunanze e deliberazioni del CdA, e ne abbia dato notizia immediata per iscritto al presidente del Collegio sindacale (così l'art. 2392 c.c.). È raccomandabile che il dissenso sia sufficientemente motivato.

Astensione

Al di fuori delle ipotesi espressamente previste dall'ordinamento, sarebbe auspicabile non astenersi nei casi in cui le questioni che non soddisfano l'amministratore siano inerenti alle informazioni rese disponibili, stante il generale e basilare dovere dell'amministratore non esecutivo di agire informato. Questioni (preliminari, quindi, al merito della decisione sottoposta) attinenti all'adeguatezza del set informativo non dovrebbero generare altro se non manifestazioni di dissenso.

Il voto e il ricorso al supporto di consulenti ed esperti

Anche nei casi in cui il CdA ritenga opportuno acquisire il supporto di esperti o consulenti esterni in operazioni di particolare complessità, la responsabilità per le decisioni assunte sarà ascrivibile all'organo di amministrazione.

Per tal motivo, gli amministratori privi di deleghe, al fine dell'assunzione consapevole di decisioni, dovranno porre particolare attenzione e vagliare criticamente:

- la professionalità e l'effettiva indipendenza - o meno - del consulente in rapporto alla società e/o all'organo amministrativo delegato;
- la tipologia e i contenuti della prestazione fornita dall'esperto o dal consulente incaricato, vagliandone anche le ricadute rispetto alle operazioni da intraprendere.

Sarebbe opportuno che, in caso di operazioni di particolare dimensione e/o complessità, gli amministratori non esecutivi valutino l'opportunità di acquisire assistenza specifica da consulenti da loro individuati, e caratterizzati da indipendenza e autonomia rispetto alla società e/o agli organi amministrativi esecutivi.

Il voto nelle deliberazioni da assumersi per direzione e coordinamento

Nei gruppi di imprese, particolare attenzione potrà essere prestata nell'assunzione di decisioni imposte alle società eterodirette.

L'amministratore privo di deleghe potrà in tale particolare contesto esigere un set informativo adeguato, che gli consenta di comprendere se la decisione proposta comporti vantaggi o svantaggi per la controllata, e nel secondo caso se sussistano e siano specificati i vantaggi compensativi di gruppo. Nel caso non sussistessero vantaggi compensativi, o, a giudizio dell'amministratore, tali vantaggi non fossero adeguati, egli dovrà comunque farlo rilevare, promuovendo lo sviluppo di una dialettica tra la società controllata e la controllante volta a riequilibrare gli effetti della proposta di delibera. I doverosi poteri degli amministratori privi di deleghe rispetto alle operazioni compiute dai delegati, pertanto, non subiranno significative alterazioni quando la società faccia parte di un gruppo (cfr. par. 4.2).

È opportuno che l'amministratore privo di deleghe si accerti dell'effettiva annotazione a verbale dell'assunzione della decisione in esecuzione dell'attività di direzione e coordinamento imposta dalla capogruppo.

2.3. Gli obblighi a contenuto specifico degli amministratori privi di deleghe in quanto componenti del CdA

In quanto componenti del CdA, gli amministratori privi di deleghe devono:

- valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, come esplicitato nel par. 3.2.
Tale valutazione viene effettuata sulla base delle informazioni ricevute dagli organi delegati, come prevede l'art. 2381, terzo comma, c.c., rispetto alle quali il singolo componente può esercitare il diritto di informazione con le modalità anzidette;
- esaminare i piani strategici, industriali e finanziari della società, quando elaborati: si tratta del diritto di esaminare sia business plan pluriennali che budget annuali, così come anche del diritto di esaminare piani e programmi delle società appartenenti al gruppo. L'approvazione dei piani è di regola attività demandata al CdA;
- esaminare e valutare le informazioni rese dagli organi delegati, anche nella relazione semestrale, circa il generale andamento della gestione e la sua prevedibile evoluzione nonché circa le operazioni di maggior rilievo effettuate dalla società e dalle sue controllate. Particolare attenzione andrà prestata alle operazioni di risanamento, alle operazioni in cui si possa avere un potenziale conflitto di interessi o alle operazioni che debbano concludersi con parti correlate. Con riguardo a tali ipotesi, infatti, incombono sugli amministratori privi di deleghe precisi obblighi di informativa nonché specifici obblighi di rispetto delle regole procedurali fissate dalla normativa. Un'adeguata informazione degli amministratori privi di deleghe anche sulle operazioni infragrupo potrà essere garantita da un assetto organizzativo che consenta di predisporre e coordinare flussi informativi tra le società del gruppo;
- quando l'art. 14 del Codice della crisi sarà in vigore, valutare costantemente se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione (*cf.* par. 3.2.).

17

2.4. L'informazione e la trasparenza. Gli interessi degli amministratori

Gli amministratori privi di deleghe sono tenuti in ogni caso rispettare gli obblighi imposti a tutti gli amministratori dall'art. 2391 c.c.

I principi fondanti la disciplina degli interessi degli amministratori, disciplina caratterizzata da un maggior rigore rispetto al passato con la finalità di tutelare la trasparenza sulla gestione, si concretizzano, come è noto, nei seguenti:

- a) obbligo di comunicare l'esistenza di ogni interesse anche se si tratti di operazioni fatte nell'interesse della società;
- b) obbligo di astensione dal compiere l'operazione per l'amministratore delegato interessato;
- c) tutela reale, perseguibile tramite l'annullamento della delibera, e tutela obbligatoria, inerente alla responsabilità dell'amministratore per danni derivati dall'operazione;

d) applicazione della disciplina generale di cui all'art. 1394 c.c. quando l'operazione non sia preceduta da una preventiva delibera (e quindi nell'ipotesi dell'amministratore unico o dell'amministratore delegato con poteri di rappresentanza);

L'art. 2391 c.c., in particolare, con l'obiettivo di garantire massima trasparenza, impone all'amministratore interessato di:

- comunicare l'esistenza in una determinata operazione della società di ogni interesse per conto proprio o di terzi, agli altri amministratori ed al collegio sindacale.
La comunicazione deve precisare la natura, i termini l'origine e la portata dell'interesse; si ritiene opportuno che la comunicazione venga effettuata in forma scritta e, se possibile, in via preventiva rispetto all'assunzione della delibera;
- se l'interesse riguarda un amministratore delegato, di astenersi dal compiere l'operazione investendo della stessa l'organo collegiale; se l'interesse concerne l'amministratore unico quest'ultimo ne deve dare notizia alla prima assemblea utile.

In linea di principio, si osserva che il legislatore ha rafforzato l'incisività degli obblighi di trasparenza e informazione sia sotto un profilo qualitativo che sotto un profilo quantitativo, sancendone l'operatività anche quando l'operazione che coinvolge un interesse degli amministratori (non essendo a tal fine più rilevante la sussistenza di un conflitto) non è pregiudizievole per la società; è rilevante sottolineare che l'informazione non deve essere una generica segnalazione dell'esistenza di un interesse ma deve contenere tutti gli elementi che si rendano necessari per una valutazione consapevole dell'operazione: l'art. 2391 c.c. traccia un contenuto dell'oggetto, disponendo che l'informazione deve indicare natura, termini origine e portata dell'operazione. La dottrina prevalente ritiene che la disciplina non trovi applicazione in presenza di un interesse marginale o insignificante.

Diversamente, l'art. 2391 c.c. non precisa la forma della comunicazione: al riguardo la dottrina accorda preferenza alla comunicazione scritta, ritenendosi che la comunicazione debba essere fornita con anticipo a consiglieri e sindaci, unitamente alla documentazione inerente alle materie all'ordine del giorno, mentre solo delle integrazioni potrebbero essere fornite verbalmente in sede consiliare, spontaneamente o su richiesta degli altri consiglieri o sindaci.

Qualora l'amministratore in conflitto sia l'amministratore delegato, l'ordinamento impone l'obbligo aggiuntivo di astenersi dal compimento dell'operazione, investendo della medesima il consiglio di amministrazione.

In questa ipotesi, come in tutti i casi in cui l'operazione rientri nella competenza o sia comunque sottoposta alla deliberazione consiliare, ricade sul CdA l'obbligo di motivare adeguatamente le ragioni e la convenienza per la società.

Secondo l'opinione prevalente, l'amministratore in conflitto di interessi può esercitare il diritto di voto avendo presente l'interesse della società nel rispetto del generale dovere di diligenza degli organi gestori. Ciò si evince, *a contrario*, dall'art. 2391, terzo comma, c.c., ai sensi del quale una deliberazione

assunta con il voto determinante dell'amministratore portatore di un interesse può essere impugnata qualora possa arrecare danno alla società.

Per quanto attiene alla disciplina delle impugnazioni, la vigente formulazione dell'art. 2391 c.c. considera solo i gravami esperibili verso le deliberazioni del CdA o del comitato esecutivo, essendo le decisioni assunte dall'amministratore unico assoggettate alla disciplina di cui all'art. 1394 c.c. Fermo restando il necessario presupposto che da tali deliberazioni possa derivare un danno per la società, l'impugnazione della deliberazione potrà essere proposta in caso di:

- violazione degli obblighi di informazione e di adeguata motivazione sopra richiamati;
- deliberazioni assunte con il voto determinante dell'amministratore portatore di interesse.

Legittimati all'impugnazione sono gli amministratori e il collegio sindacale nel breve termine di 90 giorni dalla data della delibera. Se sono stati adempiuti gli obblighi informativi, la legittimazione a impugnare non spetta agli amministratori che hanno consentito alla delibera, i quali sono eccezionalmente legittimati in caso di omessa informativa.

Con meri fini compilativi, occorre soffermarsi sul regime delle responsabilità. L'art. 2391 c.c. prevede la responsabilità per danni derivanti alla società per l'azione o l'omissione dell'amministratore. L'amministratore risponde non solo del danno emergente ma anche del lucro cessante; la responsabilità emerge anche nei casi in cui la comunicazione dell'esistenza dell'interesse sia stata omessa, ovvero sia stata resa in modo non adeguato, ove dall'operazione sia derivato un pregiudizio per la società.

Come è noto, l'esercizio dell'azione di responsabilità è subordinato in ogni caso alla dimostrazione della esistenza di un nesso di causalità tra il comportamento (attivo od omissivo) dell'amministratore e il danno arrecato alla società; la dottrina ritiene che tale nesso ricorra anche laddove il voto dell'amministratore non sia stato determinante per l'assunzione della delibera.

Una tutela risarcitoria è prevista anche nell'ipotesi in cui l'amministratore faccia utilizzo delle informazioni, dei dati o delle opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico a vantaggio suo o a vantaggio di terzi: in tal modo, viene declinata una responsabilità per l'appropriazione di *corporate opportunities*, pur sganciata dal rimedio del *disgorgement of profits*, che può trovare un parziale corrispondente nel nostro ordinamento nel risarcimento del danno per perdita di chance.

In conclusione, per quanto attiene ai doveri, gli amministratori privi di deleghe sono tenuti:

- quali amministratori interessati, ad adempiere a un obbligo di informativa nel rispetto delle descritte regole di trasparenza, fornendo notizia a ciascun amministratore e al collegio sindacale, quest'ultimo anche nella persona del Presidente, di ogni interesse che, per conto proprio o per conto di terzi, abbiano in una determinata operazione della società. L'informazione deve essere esaustiva in quanto andranno precisati la natura, i termini, l'origine e la portata dell'operazione (ex art. 2391, primo comma, c.c.). L'informazione, mancando specifiche indicazioni al riguardo, deve essere tempestiva e può essere resa anche in occasione della riunione di consiglio, alla presenza dei componenti del collegio sindacale. L'omissione dell'informazione o l'insufficienza

della informazione resa o il ritardo dell'informazione espone l'amministratore alla responsabilità per danni ex art. 2391, quarto comma, c.c.;

- quali componenti del CdA, a contribuire all'adempimento dell'obbligo di adeguata motivazione circa le ragioni e la convenienza dell'operazione per la società, laddove il CdA intenda comunque deliberarla. Qualora l'operazione sia deliberata in spregio alle formalità imposte dalla legge, il giudice può dichiarare la responsabilità degli amministratori, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 2391, terzo comma c.c.;
- in tutti i casi, a non utilizzare a vantaggio proprio o di terzi, dati, notizie o opportunità di affari apprese durante lo svolgimento del proprio incarico.

Nel gruppo di imprese la disciplina del conflitto di interessi di cui all'art. 2391 c.c. si ritiene assorbita dalle puntuali disposizioni contenute nell'art. 2497-ter c.c. (par. 4.2).

2.4.1. La disciplina dell'interesse dell'amministratore nella società a responsabilità limitata

La diversa terminologia utilizzata – conflitto di interessi (art. 2475-ter c.c.) che si contrappone all'interesse degli amministratori (art. 2391 c.c.) – non è un dato meramente formale ma rappresentativo di una disciplina sostanzialmente non coincidente nella s.r.l.

Nonostante le assonanze terminologiche le due norme presentano, infatti, numerosi aspetti discordanti.

L'art. 2475-ter c.c. si compone di due commi. Nel primo comma si sancisce il principio generale dell'annullabilità dei contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società in conflitto di interesse, per conto proprio o di terzi con la medesima, su domanda della società se il conflitto era conosciuto o conoscibile dal terzo. Tale disposizione si collega idealmente al principio generale di cui all'art. 1394 c.c. laddove si fa segnatamente riferimento all'annullabilità del contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato.

Il secondo comma si sofferma sulla disciplina dell'impugnazione delle decisioni assunte con il voto determinante dell'amministratore in conflitto di interessi con la società, riconoscendo la legittimazione agli amministratori o ai sindaci o al revisore legale quando nominati e subordinando l'esperibilità dell'azione al verificarsi di un effettivo danno patrimoniale.

La fattispecie di cui all'art. 2475-ter c.c. è pertanto caratterizzata dalla esistenza di un interesse personale divergente da quello della società; già in questo elemento è ravvisabile la discordanza tra le due discipline in quanto per le s.p.a. la disciplina, in punto di obblighi di informazione e motivazione, trova applicazione in presenza di un qualsiasi tipo di interesse, ancorché non in contrasto con quello della società; mentre l'impugnazione della decisione nella s.r.l. pare condizionata, stando al dato letterale, alla sussistenza di un danno effettivo e non meramente potenziale.

Il citato art. 2475-ter c.c. non prevede alcun obbligo di comunicazione né di astensione volti a prevenire abusi da parte degli amministratori, con una indiscutibile lacuna in punto di trasparenza sulla natura e

sulla qualificazione dell'interesse. Tale ulteriore differenza tra discipline può spiegarsi con la circostanza che generalmente nella s.r.l. si riscontra sostanziale coincidenza tra le persone dei soci e quelle degli amministratori. Ad ogni buon conto, al netto di eventuali valutazioni relative all'applicazione analogica delle disposizioni recate dall'art. 2391 c.c. in ordine agli obblighi di informazione e di astensione, ogni volta in cui le dette lacune siano state colmate con previsioni di statuto che ricalchino le previsioni di cui all'art. 2391 c.c., gli amministratori si potranno attenere alle indicazioni fornite in precedenza.

Il richiamo operato dall'art. 2475 c.c. all'art. 2381 c.c., peraltro, impone di effettuare una riflessione circa un generale obbligo di informazione degli amministratori delegati verso i deleganti e il collegio sindacale ove presente.

2.5. L'informazione e la trasparenza. Operazioni con parti correlate

Stando al disposto dell'art. 2391-*bis* c.c., inoltre, gli amministratori (anche privi di deleghe) di s.p.a. che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio sono tenuti ad adottare, nell'ambito del CdA, regole che assicurano la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate, secondo i principi individuati nel Regolamento Operazioni con parti correlate, emanato dalla Consob con delibera n. 17221 del 12 marzo 2010, successivamente aggiornato e modificato con delibera n. 19974 del 27 aprile 2017.

Pur trattandosi di normativa e di procedure previste unicamente per le società per azioni che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio (con azioni quotate o diffuse), è utile rammentare che l'art. 2427, primo comma, n. 22-*bis*, c.c. impone a tutte le società di capitali di indicare in nota integrativa le operazioni realizzate con parti correlate, precisando l'importo, la natura del rapporto e ogni altra informazione necessaria per la comprensione del bilancio relativa a tali operazioni qualora le stesse non siano state concluse a normali condizioni di mercato.

Inoltre, in un sistema come quello delineato dall'art. 2381 c.c. – applicabile a tutte le s.p.a. ed oggi richiamato dall'art. 2475 anche per le s.r.l. – può ritenersi che gli obblighi di informativa preconsigliare posti in capo ai deleganti, unitamente al dovere del presidente del consiglio di amministrazione, quale garante dell'efficiente funzionamento dell'organo, di fare in modo che tutti gli amministratori ricevano informazioni adeguate rispetto ai diversi punti all'ordine del giorno, impongano di fornire comunque una piena *disclosure* in ordine all'esistenza di eventuali rapporti di correlazione nell'operazione. E allo stesso modo pare corrispondente, se non ai principi generali ora richiamati, quanto meno alla *best practice*, l'invio di una informativa dettagliata, e congruamente anticipata, sulle caratteristiche dell'operazione, sulle ragioni che la rendono imprenditorialmente opportuna e sulle implicazioni che essa può avere per i soci minoritari, sulla falsariga di quella previsto dall'articolo 5 del Regolamento OPC.

Infine, laddove un regolamento sulle operazioni con parti correlate sia stato volontariamente adottato dalla società (anche s.r.l.) o la società sia sottoposta ad attività di direzione e coordinamento, le considerazioni qui svolte conservano sicura e diretta valenza.

In linea di principio, il CdA potrà essere destinatario di ogni informazione utile all' esatta definizione e qualificazione dell'operazione nonché di ogni informazione sulla convenienza e sulla correttezza sostanziale delle condizioni, oltre che del parere reso dal comitato OPC, appositamente istituito. Al riguardo, non va trascurata la circostanza per cui è buona prassi che i verbali delle deliberazioni del CdA, quando l'operazione debba essere approvata dal consiglio, rechino adeguate motivazioni in merito all'interesse della società al compimento dell'operazione nonché alla convenienza e alla correttezza sostanziale delle relative condizioni.

La posizione degli amministratori privi di deleghe può apparire particolarmente delicata, sia quando alcuni di essi, in possesso dei requisiti richiesti dalla normativa, facciano parte del comitato OPC nominato dalla società, sia quando essi si trovino a vagliare il parere rilasciato dal comitato OPC, alla luce delle previsioni di cui all'art. 2392 c.c.

Nel primo caso, la normativa enfatizza il potere di agire in modo informato di cui all'art. 2381, sesto comma, c.c. dei componenti del comitato OPC, loro attribuendo, sia il diritto di ottenere informazioni complete e adeguate in congruo anticipo circa le operazioni di minore rilevanza, sia il diritto ad essere coinvolti nella fase delle trattative come anche nella fase dell'istruttoria attraverso la ricezione di un flusso informativo completo e esaustivo e con facoltà di richiedere informazioni e formulare osservazioni in relazione alle operazioni di maggiore rilevanza.

Nella restante prospettiva, qualora il comitato OPC abbia espresso un parere positivo in merito all'operazione di minore rilevanza di competenza consiliare o in merito a tutte le operazioni di maggiore rilevanza, è convincimento diffuso che i restanti amministratori privi di deleghe potranno legittimamente fare affidamento sulle valutazioni rese dal comitato OPC, in quanto componente qualificata del CdA.

Nel caso in cui, invece, il comitato OPC abbia dato parere negativo all'operazione, in occasione di operazioni di minor rilevanza, le criticità eccepite dovranno essere necessariamente vagliate dall'organo competente alla deliberazione dell'operazione, che potrà discostarsene fornendo adeguata giustificazione. Se tale parere negativo sia reso in occasione di operazioni di maggior rilevanza, l'approvazione dell'operazione da parte del CdA sarà preclusa, salva restando la possibilità prevista nel regolamento e nello statuto di poter approvare ugualmente l'operazione previa autorizzazione dell'assemblea ai sensi dell'art. 2464, comma 1, n. 5, c.c., con deliberazione approvata senza il voto dei soci correlati all'operazione.

2.6. L' iniziativa e l'intervento. I poteri - doveri degli amministratori privi di deleghe. I segnali di allarme

Come avremo modo di precisare, la responsabilità degli amministratori privi di deleghe operative non può discendere da una generica condotta di omessa vigilanza, così da trasmodare in responsabilità sostanzialmente oggettiva, ma deve necessariamente ricollegarsi a comprovati inadempimenti degli obblighi al cui rispetto son tenuti.

Si è chiarito, peraltro, che sussiste stretta correlazione tra il dovere di agire in modo informato richiamato dall'art. 2381, sesto comma, c.c., e l'obbligo di intervenire per impedire o attenuare le conseguenze dannose che potrebbero derivare da un fatto di gestione pregiudizievole, obbligo descritto nell'art. 2392, secondo comma, c.c.

Occorre soffermarsi, pertanto, sul dovere di iniziativa e sul dovere di intervento previsti nelle dette disposizioni.

Gli amministratori privi di deleghe, ai fini della circoscrizione della propria responsabilità, devono:

- agire in modo informato, come disposto dall'art. 2381, sesto comma, c.c., esercitando tutte le prerogative che siano correlate all'adempimento di tale dovere, valutando l'adeguatezza delle informazioni ricevute e, ove non le ritengano adeguate, richiedendo informazioni relative alla gestione della società agli organi delegati. Il potere-dovere di iniziativa, in cui si esplica, *inter alia*, il dovere di "agire in modo informato", è strettamente collegato alla natura della responsabilità e al grado di diligenza richiesta all'amministratore dall'art. 2392 c.c. e presuppone che gli amministratori siano in grado di effettuare scelte che siano meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato (sebbene non venga richiesto un livello di adeguata perizia in ogni settore dell'attività della società);
- intervenire, come previsto dall'art. 2392, secondo comma, c.c., assumendo un atteggiamento proattivo, per impedire il compimento di fatti pregiudizievoli o attenuarne le conseguenze dannose, quando ne siano a conoscenza. Il potere-dovere di intervento è condizionato alla circostanza che l'amministratore privo di deleghe sia effettivamente a conoscenza dei fatti illeciti dannosi: la conoscenza può derivare da qualsiasi fonte – non solo da notizie apprese in CdA – così come può essere dedotta da segnali di allarme, purché ricorrano i presupposti di cui all'art. 2729, primo comma, c.c.³
- annotare senza ritardo il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del CdA e dare immediata notizia per iscritto di tale dissenso al presidente del collegio sindacale, come stabilito dall'art. 2392, terzo comma, c.c.

È auspicabile che il dissenso del componente privo di deleghe sia adeguatamente motivato.

Come accennato, il dovere di intervento di cui all'art. 2392, secondo comma, c.c. può discendere dal riscontro di segnali di allarme. Diversamente, il riscontro di segnali che ingenerino il semplice sospetto del compimento di fatti pregiudizievoli, se non implica un dovere di intervento quale è quello previsto nell'art. 2392, secondo comma, c.c., obbliga gli amministratori privi di deleghe a richiedere informazioni ai sensi dell'art. 2381, sesto comma, c.c.: si tratta del c.d. potere di iniziativa.

Il potere di iniziativa si sostanzia nella richiesta di informazioni e chiarimenti relativi, sia alla gestione in generale, sia al singolo affare, anche con riferimento all'ambito oggettivo della delega.

³ Segnali desunti da fatti gravi, precisi e concordanti.

Si tratta, come già osservato, di un potere-dovere riconosciuto al singolo amministratore in quanto componente del CdA per attenuare, *inter alia*, le proprie responsabilità rispetto alla gestione dei delegati. In particolare, l'amministratore privo di deleghe non può ritenere soddisfatto l'obbligo imposto dall'art. 2381, sesto comma, c.c. dalla semplice ricezione dei report fatti pervenire dai delegati, bensì deve attivarsi, maggiormente al cospetto di segnali di allarme, ogniqualvolta sulla base delle informazioni ricevute in CdA o della relazione degli organi delegati ravvisi, secondo il suo diligente apprezzamento, l'esigenza di arginare e impedire le condotte potenzialmente pregiudizievoli per la società.

In tali ipotesi, gli amministratori privi di delega possono:

- monitorare costantemente l'attività dei delegati e inviare richieste scritte all'organo delegato con l'invito a desistere dalle iniziative intraprese reputate pregiudizievoli per la società;
- richiedere al presidente la convocazione del CdA per ulteriori approfondimenti;
- chiedere informazioni suppletive agli organi delegati.

Quanto al potere ad esercizio doveroso di intervento fissato nell'art. 2392 secondo comma c.c., gli stessi amministratori, in ossequio alla regola legale che loro impone di intervenire per impedire il compimento del fatto pregiudizievole per la società o per eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose, in presenza di effettivi riscontri sulla pericolosità delle scelte di gestione, possono:

- far annotare il proprio dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del CdA;
- sollecitare la revoca della deliberazione illegittima;
- sollecitare la convocazione dell'assemblea da parte del CdA;
- sollecitare un intervento del CdA volto a impartire direttive ai delegati, revocare o modificare la delega (ad esempio limitandola ai soli atti di ordinaria amministrazione) ovvero ad avocare allo stesso CdA singole operazioni rientranti nella delega;
- impugnare le deliberazioni assunte;
- segnalare durante le riunioni del CdA i fatti al collegio sindacale, sollecitandone un intervento in relazione ai poteri che l'ordinamento riconosce a quest'organo;
- segnalare i fatti al PM sollecitandone un intervento ai sensi dell'art. 2409 c.c. nelle società aperte.

L'attivazione dei poteri-doveri di iniziativa e di intervento, seppur con differente gradualità e incisività, è subordinata alla presenza di indici rivelatori di fatti pregiudizievoli, rapportati al caso concreto.

A tal riguardo, la giurisprudenza, in particolar modo penale, che in varie occasioni è tornata ad occuparsi della responsabilità degli amministratori privi di deleghe, ha chiarito come si debba trattare di segnali perspicui e peculiari in relazione all'evento illecito.

Occorre precisare che la responsabilità penale dell'amministratore privo di deleghe emerge, oltre che nei casi di un concorso attivo nella commissione del reato, qualora egli abbia avuto piena ed effettiva conoscenza del reato commesso dagli altri, reato che l'amministratore avrebbe dovuto impedire (ex

artt. 2392, secondo comma, c.c. e 40, secondo comma, c.p.); differentemente, la responsabilità civile dell'amministratore privo di deleghe è stata accertata, come accennato, anche in presenza di indici rivelatori di anomalie nella gestione o carenze di informazioni che dovevano ingenerare nel amministratore il sospetto del compimento dell'illecito. In tali ipotesi, emerge la responsabilità dell'amministratore privo di deleghe quando non avendo adempiuto costui all'obbligo di agire in modo informato, si sia prodotto per la società il pregiudizio, pregiudizio che un suo intervento tempestivo, diligente e aderente alle previsioni di legge, avrebbe potuto evitare.

A titolo esemplificativo, segnali di allarme sono stati ravvisati alla giurisprudenza quando si sono riscontrati:

- informative carenti e/o contraddittorie;
- compimenti di atti estranei all'oggetto sociale (c.d. *ultra vires*);
- irregolare tenuta delle scritture contabili;
- gestione personalistica;
- indebitamento irrazionale in presenza di liquidità disponibili (Altra fattispecie che dovrebbe spingere gli amministratori a chiedere informazioni è l'ipotesi del ricorso al debito bancario pur in presenza di liquidità dell'impresa);
- spoliazione di risorse aziendali posta in essere attraverso prelievi dalle casse sociali;
- finanziamenti a favore di società in dissesto;
- dimissioni degli amministratori e del collegio sindacale;
- formali richiami rivolti all'organo di amministrazione da parte del collegio sindacale circa le perdite rilevate e l'erosione del capitale sociale;
- parere negativo del collegio sindacale con riguardo al bilancio di esercizio, espresso nella relazione ai soci ex art. 2429 c.c.;
- mancato rispetto delle disposizioni in materia di forme tecniche con riferimento ai bilanci, anche consolidati;
- carenze nell'esercizio delle funzioni della capogruppo.

È di tutta evidenza che la rilevanza che è destinata ad assumere, in relazione alla limitazione della responsabilità ascrivibile all'amministratore privo di deleghe, la predisposizione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato. Il protocollo organizzativo, al pari del protocollo istruttorio-informativo, costituiscono infatti i due presupposti di applicazione del principio della insindacabilità del merito delle scelte gestorie (c.d. *business judgement rule*).

CAPITOLO III. GLI ASSETTI ORGANIZZATIVI, AMMINISTRATIVI, CONTABILI ADEGUATI. RUOLI DEGLI AMMINISTRATORI

All'art. 2381 c.c. che, a seguito della riforma organica del diritto societario, ha codificato per le s.p.a. anche non esercenti la propria attività in settori vigilati l'obbligo di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alla dimensione dell'impresa, hanno fatto seguito le recenti novità introdotte dal Codice della crisi.

Si tratta di interventi normativi di una certa rilevanza, dal momento che, per un verso, principi e regole previste in passato unicamente per le s.p.a. sono stati estesi a tutte le società e che, per altro verso, l'ordinamento impone a queste ultime di dotarsi di protocolli organizzativi e informativi che risultino idonei a rilevare tempestivamente la crisi e la perdita della continuità aziendale.

3.1. L'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e la sua adeguatezza

L'art. 2086 c.c., modificato dall'art. 375 del Codice della crisi anche nella relativa rubricazione e in vigore dal 16 marzo 2019⁴, sancisce la regola in base alla quale tutti gli imprenditori che operano in forma societaria o collettiva hanno il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale⁵.

Per quanto attiene all'organizzazione delle società, dalla menzionata disposizione sono originati gli interventi emendativi degli artt. 2257, 2380-*bis*, 2409-*novies*, 2475 c.c. effettuati tramite l'art. 377 del Codice della crisi⁶ con cui il legislatore ha precisato che l'istituzione degli assetti spetta esclusivamente agli amministratori o al consiglio di gestione quando la società adotti il sistema di amministrazione e controllo dualistico. Per quanto di diretto interesse rispetto alle tematiche affrontate, occorre mettere nella dovuta evidenza l'ulteriore opportuno raccordo tra discipline effettuato dal sesto comma dell'art. 2475 c.c. in forza del quale nella s.r.l. trova applicazione, se compatibile, l'art. 2381 c.c., con conseguente riconoscimento dell'ammissibilità anche nella s.r.l. della delega del potere gestorio, previa autorizzazione contenuta nello statuto o in una decisione dei soci: ne restano escluse l'approvazione del progetto di bilancio e dei progetti di fusione e di scissione, nonché le decisioni di aumento del capitale sociale ai sensi dell'art. 2481 c.c. che sono attribuzioni del consiglio di amministrazione (*cf.* art. 2475, quarto comma, c.c.).

L'ordinamento non fornisce una definizione univoca di assetto organizzativo, amministrativo e contabile. A parte le indicazioni diffuse dalle autorità di vigilanza per le società che esercitano la propria

⁴ La rubrica della disposizione è "Gestione dell'impresa" e non più "Direzione e gerarchia nell'impresa".

⁵ Si tratta delle previsioni di cui al secondo comma dell'art. 2086 c.c.

⁶ L'art. 377 del Codice della crisi è rubricato "Assetti organizzativi societari" ed è entrato in vigore lo scorso 16 marzo 2019.

attività in specifici settori in relazione al sistema di controllo interno, una fonte attendibile è rappresentata dalle Norme di comportamento del collegio sindacale, pubblicate dal CNDCEC.

Più partitamente, le Norme indirizzate all'attività svolta dal collegio sindacale di s.p.a. chiuse, chiariscono che per assetto organizzativo si intende il complesso di regole e direttive di procedure e funzioni prefissate al fine di garantire che il potere decisionale sia assegnato ed esercitato con modalità corrette e conformi allo scopo programmato dalla società⁷. Un adeguato assetto organizzativo deve contemplare un efficace sistema di controllo interno che verrà adottato secondo principi di proporzionalità.

Le stesse Norme, precisano, a tal riguardo, che per sistema di controllo interno si intende l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative adottate dall'impresa allo scopo di raggiungere, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, obiettivi strategici, operativi, di reporting e di conformità⁸.

Il sistema amministrativo-contabile, inoltre, può definirsi come l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di una informativa societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa⁹.

I principi contenuti nel codice civile vengono riproposti all'interno del Codice della crisi nelle previsioni relative alla regolazione della crisi e, più partitamente, nelle previsioni della procedura di allerta: queste ultime, come è noto, a seguito della pubblicazione del d.l. n. 23/2020, troveranno applicazione solo a partire dal 1° settembre 2021; per tal motivo se ne effettua di seguito una rassegna di sintesi.

Tra i principi generali del Codice della crisi, l'art. 3 "Doveri del debitore" enuncia, al secondo comma, che le società, *rectius* gli imprenditori collettivi, devono adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'art. 2086 c.c., ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione delle idonee iniziative; nel capo I del titolo II, specificatamente dedicato agli "Strumenti di allerta", l'art. 12 precisa che gli obblighi organizzativi posti a carico degli amministratori dal codice civile finalizzati alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa e alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione costituiscono strumenti di allerta, al pari degli obblighi di segnalazione imposti all'organo di controllo, al revisore legale e ai creditori pubblici qualificati; infine, l'art. 14 "Obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari", pone a carico dell'organo di controllo e del revisore legale, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, l'obbligo di verificare che l'organo di amministrazione valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione.

⁷ CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, Norma 3.4., settembre 2015. Il documento è in fase di revisione.

⁸ CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, cit., Norma 3.5.

⁹ Definizione fornita da CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, cit., 3.6.

3.2. La ripartizione delle competenze. Attivazione senza indugio degli amministratori per il superamento della crisi e il recupero della continuità

L'ordinamento prevede la ripartizione di competenze tra differenti organi al fine di garantire l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili. In questa prospettiva, sugli organi delegati ricadono gli obblighi di istituire e curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile risulti adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa; al CDA, sulla base delle informazioni ricevute dai delegati, spetta la valutazione dell'adeguatezza e al collegio sindacale spetta la vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Una corrispondente ripartizione di competenze verrà mantenuta nell'ambito delle realtà di gruppo dove gli organi delegati della capogruppo sono tenuti alla predisposizione di assetti adeguati rispetto alla natura e alla dimensione del gruppo complessivamente considerato, anche in funzione di tempestiva rilevazione di indicatori di crisi ovvero segnali di discontinuità delle imprese eterodirette. A questo fine, gli organi delegati della società capogruppo curano la formalizzazione di procedure che garantiscano adeguati flussi informativi dalle società controllate alla holding come peraltro prevede l'art. 2381, quinto comma, c.c., e dalla holding alle società controllate.

Dalla combinazione delle disposizioni di cui agli artt. 2086 e 2381 c.c. – nonché degli artt. 12 e 14 del Codice della crisi, con la loro entrata in vigore – può generalmente affermarsi che rientra tra le attribuzioni degli organi delegati la concreta adozione e la cura di assetti organizzativi amministrativi e contabili, mentre al consiglio di amministrazione, nella sua totalità, spetta la valutazione generale di tale adeguatezza sulla base delle informazioni ricevute dai delegati, valutazione che *de futuro* verrà effettuata anche al fine dell'osservanza delle disposizioni del Codice della crisi.

L'organo delegato, pertanto, deve predisporre procedure che possano garantire l'efficacia e l'efficienza della gestione dei rischi e del sistema di controllo interno, nonché la completezza, la tempestività e l'attendibilità dei flussi informativi tra le differenti funzioni e con le funzioni di altre società del gruppo (se esistenti), nonché individuare indici e parametri segnaletici che consentano di evidenziare segnali di allarme, in considerazione anche di quanto previsto negli indici elaborati con cadenza triennale dal CNDCEC. Si è dell'opinione, infatti, che pur non trovando immediata applicazione, tali indici possono sin da ora essere un valido parametro di riferimento nella predisposizione degli assetti da parte delle società.

Per quanto attiene alla disciplina del gruppo di imprese¹⁰, è il caso di mettere in luce che gli strumenti di allerta, per espressa definizione dell'art. 12, comma quarto, del Codice della crisi non troveranno applicazione nei gruppi di rilevante dimensione¹¹: in questo caso, pur non esistendo obblighi di segnalazione a carico dei soggetti individuati negli artt. 14 e 15 del Codice della crisi, gli assetti devono

¹⁰ La definizione del gruppo di imprese è fornita dall'art. 2, lett. h) del Codice della crisi.

¹¹ Ai sensi dell'art. 2, primo comma, lett. i), per gruppi di imprese di rilevante dimensione si intendono quelli composti da un'impresa madre e dalle imprese figlie da includere nel bilancio consolidato che rispettano i limiti numerici di cui all'art. 3, paragrafi 6 e 7, della Direttiva 2013/34/ UE del Parlamento europeo e del Consiglio d'Europa del 26 giugno 2013.

comunque essere istituiti anche in funzione di rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale, stante il disposto di cui all'art. 2086 c.c. Con mero intento compilativo e per quanto di interesse, occorre rilevare che anche i gruppi di rilevante dimensione saranno ammessi a fruire delle misure premiali di cui all'art. 25 del Codice della crisi, quando avranno assunto tempestivamente, vale a dire nei termini indicati nell'art. 24 del Codice della crisi, iniziative idonee a evitare l'aggravarsi della crisi¹² e, dunque, nei casi in cui l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile si dimostri adeguato rispetto al prefigurato obiettivo.

Precisato il quadro normativo di riferimento, con riguardo alle competenze del CdA e in relazione ai poteri – e corrispondenti doveri – che ricadono sugli amministratori privi di deleghe, occorre richiamare l'attenzione sul generale obbligo di agire in modo informato previsto dall'art. 2381, sesto comma, c.c. oggi applicabile anche nei CdA delle s.r.l.¹³. In questa prospettiva, la responsabilità degli amministratori privi di delega emerge se gli assetti non consentano un adeguato flusso di informazioni e dunque rispetto alle modalità con cui tali assetti sono stati predisposti e utilizzati.

Sembrerebbe, pertanto, che l'organo nell'espletamento della propria attività di supervisione e valutazione, così come individuate dagli artt. 2086, secondo comma, primo periodo, c.c. e 2381, terzo comma, c.c. possa:

- sin dalla fase istitutiva, impartire direttive;
- valutare la correttezza delle procedure che consentono adeguati flussi informativi dai delegati al CdA;
- valutare se la struttura organizzativa aziendale complessivamente intesa sia idonea rispetto alle esigenze che si intende perseguire;
- valutare se la struttura organizzativa aziendale sia stata predisposta in modo coerente e proporzionale alla realtà aziendale;
- valutare che la struttura organizzativa sia predisposta in modo da intercettare e rilevare segnali di discontinuità ovvero indizi di crisi;
- quando CdA della holding, nelle realtà di gruppo, effettuare una valutazione complessiva della struttura organizzativa del gruppo che tenga in considerazione i fattori sopra elencati e una valutazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile delle società controllate con rilevanza strategica;
- quando CdA di società eterodiretta, nelle realtà di gruppo, valutare l'adeguatezza degli assetti in relazione alla natura e alla dimensione del gruppo di cui la stessa società fa parte e l'efficienza dei protocolli informativi verso la holding.

La valutazione degli assetti è competenza attribuita inderogabilmente dall'ordinamento al CdA.

Ne consegue che nelle ipotesi di assenza di deleghe rilasciate dal Cda agli amministratori, ovvero in

¹² Cfr. art. 12, comma sesto, Codice della crisi.

¹³ Come messo in evidenza nel testo, l'art. 2475 c.c., a seguito delle modifiche apportate dal Codice della crisi, è stato integrato di un ulteriore comma in forza del quale "Si applica, in quanto compatibile, l'art. 2381".

presenza di deleghe atipiche, vale a dire di deleghe con mera valenza interna ma non autorizzate dall'assemblea o da una previsione di statuto, la ripartizione delle competenze enunciata nell'art. 2381, terzo comma, c.c. non potrà essere invocata e il CdA sarà tenuto anche a curare l'adozione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

Agli obblighi a contenuto specifico individuati nell'art. 2381 c.c. vanno associati quelli ora enunciati nell'art. 2086, secondo comma, ultimo periodo, c.c., qualificabili come veri e propri obblighi di attivazione ricadenti sugli amministratori quando si renda necessario adottare e attuare uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità.

Tali obblighi, come accennato, sono richiamati anche nelle previsioni del Codice della crisi la cui entrata in vigore è ora prevista per il settembre del 2021.

Posto quanto sopra, gli amministratori devono attivarsi qualora le procedure di cui la società si è dotata si siano rivelate insufficienti, *rectius* inadeguate, a rilevare tempestivamente rischi per la perdita di continuità o indizi di crisi.

Al fine di una corretta comprensione degli ambiti in cui le su menzionate disposizioni vanno a calarsi, appare utile richiamare la definizione di crisi fornita dal Codice della crisi, intesa come lo squilibrio economico e finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate¹⁴. Diversamente, il Codice della crisi non contiene una definizione di continuità aziendale, per la quale potranno soccorrere le indicazioni di prassi emanate nei principi di revisione e nei principi contabili¹⁵.

In questa prospettiva, anche utilizzando quale parametro di riferimento il contenuto dell'art. 13, primo comma, del Codice della crisi, minacce alla continuità aziendale, tra cui va annoverata la non sostenibilità dei debiti per almeno sei mesi, sono ravvisabili in eventi che minano le prospettive di continuità per l'esercizio in corso, o quando la durata dell'esercizio è inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi¹⁶. Gli assetti della società, dunque, dovranno intercettare e "palesare" tali eventi e, in tal modo assicurando un efficiente sistema di flussi informativi, consentire al CdA di esprimere una tempestiva valutazione.

Inoltre, l'assetto adottato dalla società apparirà adeguato quando sarà in grado di intercettare quantomeno gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario o i ritardi nei pagamenti

¹⁴ Si tratta della definizione contenuta nell'art. 2 lett. a) del Codice della crisi come modificata dallo schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'art. 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20 al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155". Si precisa che l'art. 2 del Codice della crisi non è vigente.

¹⁵ IAS 1, OIC 11, ISA Italia n. 570, ricordando che ai sensi dell'art. 2423-*bis* c.c. la valutazione delle voci di bilancio deve essere effettuata secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività. La valutazione prospettica della capacità dell'azienda a operare come entità in funzionamento deve essere condotta rispetto ad un arco temporale relativo a dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio.

¹⁶ Per una esemplificazione degli eventi e delle circostanze che considerati individualmente o nel complesso possono far sorgere dubbi significativi sul presupposto della continuità aziendale, si può ricorrere all'individuazione degli indicatori finanziari, gestionali e di altra natura contenuta nel Principio di revisione (ISA Italia) n. 570.

reiterati e significativi che, ai sensi dell'art. 13 del Codice della crisi, costituiscono indicatori di crisi. È considerato che il CNDCEC elabora, con le modalità e le tempistiche individuate nell'art. 13, comma 2, del Codice della crisi, appositi indici che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi, l'assetto dovrà consentire la formazione e la valutazione di tali indici¹⁷.

Nello specifico, laddove sulla base delle informazioni ricevute, si dovessero evidenziare situazioni in cui la continuità aziendale è messa in pericolo, come impone l'art. 2086, secondo comma c.c., il CdA deve:

- deliberare, senza indugio, le soluzioni da intraprendere per il recupero della continuità aziendale, di modo che la società continui a operare come entità in funzionamento nei sei mesi successivi¹⁸;
- monitorare il generale andamento della gestione anche a seguito delle azioni correttive o dei provvedimenti adottati per il recupero della continuità.

Al verificarsi di situazioni di crisi, l'art. 2086 c.c. impone al CdA di attivarsi senza indugio per l'adozione di uno degli strumenti previsti per il superamento della crisi. In base al quadro normativo vigente, l'attivazione del CdA è dovuta nei casi in cui le procedure adottate (*rectius*, gli assetti) abbiano rilevato per tempo tali indizi di crisi.

De futuro, quando tutte le disposizioni del Codice della crisi saranno definitivamente entrate in vigore, il CdA potrà attivarsi anche su segnalazione dell'organo di controllo o del revisore legale – come stabilisce l'art. 14 del Codice della crisi – ovvero previa segnalazione di uno dei creditori pubblici qualificati, al verificarsi di situazioni in cui l'esposizione debitoria della società abbia superato un importo definito rilevante secondo le indicazioni di cui all'art. 15 del Codice della crisi¹⁹.

Il CdA, pertanto:

- nel primo caso, è tenuto a deliberare, senza indugio, le soluzioni da intraprendere per il superamento della crisi, a seconda delle esigenze concretamente riscontrate, attuando un'adeguata pianificazione volta al risanamento²⁰, anche ricorrendo a uno degli strumenti attualmente previsti dalla legge fallimentare ancora in vigore.

Quando il Codice della crisi sarà definitivamente vigente, il CdA potrà ricorrere a uno degli strumenti di regolazione della crisi ivi disciplinati;

¹⁷ Sull'aspetto si rinvia a CNDCEC, *Crisi d'impresa. Gli indici dell'allerta*, 29 ottobre 2019, rinvenibile su www.commercialisti.it. Il documento è stato trasmesso al MISE per l'approvazione.

¹⁸ Si pensi alla situazione in cui l'indice del patrimonio netto sia negativo, ovvero al di sotto del limite previsto dalla legge. In questi casi, la società in alternativa alla ricapitalizzazione o allo scioglimento ovvero alla trasformazione (già previste nell'art. 2447 c.c.) potrà deliberare di accedere a uno degli strumenti di regolazione della crisi previsti nel Codice della crisi.

¹⁹ Occorre a tal proposito evidenziare che il d. l. 17 marzo 2020 n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020 n. 27, ha abrogato il d. l. 2 marzo 2020 n. 9, in forza del quale l'operatività delle segnalazioni di cui agli artt. 14, comma 2, e 15 del Codice della crisi era fatta slittare al 15 febbraio 2021. L'art. 5 del d. l. n. 23 dell'8 aprile 2020, come accennato nel testo, differisce l'entrata in vigore del Codice della crisi al 1° settembre 2021.

²⁰ Si dovrebbe trattare di situazioni in cui l'organo amministrativo non abbia adottato per tempo soluzioni finalizzate a ripristinare la continuità con possibile pregiudizio per gli interessi coinvolti.

-
- nel secondo caso, vale a dire quando sarà stato destinatario delle segnalazioni effettuate dall'organo di controllo o dall'incaricato della revisione legale ex art. 14 del Codice della crisi, sarà tenuto a:
 - rispondere entro trenta giorni motivando e fornendo informazioni complete ed esaustive circa le soluzioni individuate – vale a dire gli strumenti ritenuti maggiormente appropriati rispetto al caso concreto – e alle iniziative che si intende intraprendere o già intraprese;
 - successivamente, ma non oltre sessanta giorni dalla ricezione della segnalazione, deliberare l'adozione di misure ritenute necessarie per il superamento della crisi;
 - nel terzo caso, in forza di quanto previsto dall'art. 15 del Codice della crisi, sarà tenuto a monitorare l'avvenuta estinzione o la regolarizzazione per l'intero ovvero la rateizzazione del pagamento, secondo le modalità stabilite dalla legge, oppure a presentare istanza per la composizione assistita della crisi presso l'OCRI ovvero domanda per l'accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

In ogni caso, ai sensi dell'art. 2381, terzo comma, c.c., il CdA è tenuto – e a maggior ragione sarà tenuto in occasione dell'entrata in vigore del Codice della crisi²¹ – a monitorare il generale andamento della gestione anche a seguito dell'esecuzione dei provvedimenti e delle misure necessarie per il superamento della crisi.

L'obbligo di tempestiva attivazione da parte del CdA – nonché gli obblighi di monitoraggio e valutazione dei rimedi approntati – rappresentano uno snodo cruciale per la gestione dell'impresa da parte degli amministratori.

A tal proposito, vale la pena mettere in evidenza che, quando le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi saranno definitivamente applicabili, in caso di omessa risposta da parte del CdA, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni dei provvedimenti opportuni, ovvero in caso di risposte ritenute inadeguate circa la ragionevolezza delle scelte in relazione ai generali criteri di razionalità economica, o alla legittimità e alla correttezza del procedimento decisionale concretamente assunto dall'organo di amministrazione, l'autore della segnalazione sarà tenuto a informare senza indugio l'OCRI: con l'OCRI l'organo di amministrazione sarà tenuto a condividere eventuali strumenti risolutivi della crisi²².

Tanto in una logica di “prevenzione avanzata”, tale da prevenire lo stesso ricorso all'OCRI, quanto nella definizione delle opzioni perseguibili nell'ambito della procedura di allerta, restano comunque ferme le conclusioni cui era giunta sino a ieri la dottrina in ordine ai margini di discrezionalità degli amministratori in ordine alla individuazione dello strumento più idoneo ad affrontare e superare la crisi. Tale scelta resta affidata alla discrezionalità tecnica dell'imprenditore, assistita dalla valutazione qualificata del professionista, prima, e dell'OCRI, poi: con il duplice corollario che, da un lato, le scelte tra le diverse soluzioni operative non sono del tutto discrezionali, restando pur sempre scrutinabili secondo parametri di correttezza, fondati appunto, sulla “ragionevolezza” del piano, sulla “attuabilità”

²¹ Cfr. art. 14 del Codice della crisi.

²² Cfr. artt. 18 e 19 Codice della crisi.

dell'accordo, sulla "fattibilità" del piano; dall'altro, però, proprio in quanto si fondano pur sempre su attestazioni di professionisti (e sulla interlocuzione con l'OCRI), restano in linea generale presidiate dalla regola della *business judgement rule*.

Con riferimento alle realtà di gruppo, infine, mette conto rilevare che l'organo amministrativo della società holding, in ossequio ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, è tenuto a valutare la situazione di crisi in cui versa la società controllata e individuare le soluzioni più appropriate per il suo superamento, potendo fruire degli istituti disciplinati nel Titolo VI del Codice della crisi, una volta che tale disciplina sarà entrata definitivamente in vigore²³.

²³ Il Titolo VI del Codice della crisi reca le Disposizioni relative ai gruppi di imprese.

CAPITOLO IV. LE RESPONSABILITÀ

Le responsabilità degli amministratori privi di deleghe devono essere indagate in relazione al mutato quadro normativo di riferimento e alla luce dei parametri individuati nell'art. 2392 c.c.

4.1. Le responsabilità degli amministratori privi di delega

Come accennato, il sistema delle responsabilità degli amministratori è differentemente articolato rispetto al passato in funzione di una più netta e accentuata articolazione e graduazione delle responsabilità a seconda del ruolo effettivamente svolto nell'organizzazione societaria, dove solitamente sono gli organi delegati a lavorare a tempo pieno acquisendo, per tal motivo, piena e completa conoscenza delle dinamiche aziendali.

L'attuale formulazione dell'art. 2392, primo comma, c.c., pur richiamando la responsabilità solidale degli amministratori, ne limita l'incidenza nei casi in cui si tratti di funzioni attribuite ad uno o più amministratori o di attribuzioni del comitato esecutivo. Venendo meno l'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, gli amministratori sono tenuti al rispetto di obblighi specifici, quali sono quelli richiamati dallo stesso art. 2392, secondo comma, c.c., quelli previsti in punto di interesse degli amministratori e quelli individuati nell'art. 2086 c.c. e che nei paragrafi precedenti si è tentato di individuare.

Come oramai chiarito anche dalla giurisprudenza di legittimità, la responsabilità degli amministratori privi di deleghe operative non può discendere da una generica condotta di omessa vigilanza, così da trasmodare in responsabilità sostanzialmente oggettiva, ma deve necessariamente ricollegarsi a comprovati inadempimenti di tali obblighi.

Nella qualificazione della responsabilità degli amministratori, inoltre, assume un certo rilievo la circostanza che la legge impone loro di agire con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze, competenze richieste, per l'appunto, per lo svolgimento di tale incarico, così da garantire che le scelte poste in essere dagli amministratori siano informate, meditate e basate sulle rispettive conoscenze. Ai fini della delimitazione delle responsabilità, ciò implica che occorra opportunamente considerare, oltre alle caratteristiche dell'attività di impresa, le tipologie di incarichi affidati ai singoli amministratori e le competenze proprie di ciascun amministratore determinate rispetto all'operazione, alla delibera, all'affare concretamente posti in essere. Pur non prevedendo la legge un generale criterio di perizia per lo svolgimento degli incarichi, occorre comunque mettere in evidenza come, gli obblighi e le conseguenti responsabilità ricadenti sugli amministratori, accentuate dalla recente riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza, possano indurre a suggerire di subordinare l'accettazione dell'incarico al possesso di adeguate competenze per lo svolgimento del medesimo.

Quanto ora sostenuto in ordine alla diligenza dell'amministratore di s.p.a. può trovare concreta applicazione anche per l'amministratore di s.r.l., pur nel silenzio dell'art. 2476 c.c. Con riferimento ai poteri-doveri di iniziativa e di intervento degli amministratori, è il caso di mettere in evidenza che l'art. 2476, primo comma, c.c. precisa che la responsabilità degli amministratori non si estende a quelli che

dimostrino di essere esenti da colpa e che, essendo a cognizione che l'atto si stava per compiere, abbiano fatto annotare il proprio dissenso. La disposizione, unitamente alla recente modifica dell'art. 2475 c.c. che rende applicabili, nei limiti di compatibilità le disposizioni dell'art. 2381 c.c. anche alla s.r.l., sembra legittimare l'opinione di quanti ritengono che i principi generali relativi all'amministrazione e al buon governo della s.p.a. trovino applicazione anche alla s.r.l., compatibilmente con la struttura, la dimensione e la natura dell'attività esercitata.

4.2. Le disposizioni del Capo IX in materia di direzione e coordinamento di società. Il ruolo degli amministratori privi di deleghe in caso di delibere imposte dalla capogruppo

Un supplemento di indagine va dedicato alle realtà di gruppo.

Posto quanto sopra, in relazione agli obblighi gravanti sull'organo di amministrazione, occorre rammentare che l'organo di amministrazione della holding è responsabile, da un lato nei confronti della holding medesima secondo i generali canoni declinati nell'art. 2392 c.c., e dall'altro lato, in solido con la capogruppo ai sensi dell'art. 2497, primo comma, c.c., nei confronti della società eterodiretta, dei soci e dei creditori di quest'ultima laddove siano stati violati i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette, in assenza per queste ultime della realizzazione di alcun vantaggio compensativo.

Per quanto attiene gli amministratori della società eterodiretta, ferme restando specifiche indicazioni contenute nei regolamenti di gruppo e attenendosi alla cornice normativa entro cui gli amministratori di quest'ultima devono muoversi, su questi ultimi ricade la gestione della società controllata di cui rispondono sia per i pregiudizi arrecati in via autonoma per aver svolto il proprio incarico in dispregio dei canoni di diligenza espressi nell'art. 2392 c.c., sia per i danni derivanti dall'esercizio abusivo dell'attività di coordinamento vale a dire quando siano violati i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società eterodirette senza che per esse il danno possa essere compensato da alcun vantaggio(ex art. 2497, secondo comma, c.c.).

Ciò implica, pertanto, che l'organo di amministrazione della società eterodiretta ponga in essere una attenta attività di valutazione circa la legalità, la ragionevolezza e la congruità delle operazioni compiute a livello di gruppo nell'ottica dell'individuazione, sia delle ricadute negative per gli interessi per la società eterodiretta, sia dei riflessi positivi che a quest'ultima possano derivare dalla partecipazione al gruppo.

I doverosi poteri degli amministratori privi di deleghe rispetto alle operazioni compiute dai delegati, pertanto, non subiranno significative alterazioni quando la società faccia parte di un gruppo.

Particolare attenzione da parte degli amministratori privi di deleghe della società eterodiretta andrà prestata e supplementi di informazioni potranno essere da questi ultimi richieste agli organi delegati in occasione dell'assunzione di delibere relative a operazioni di maggior rilievo strategico per il gruppo

unitariamente inteso rispetto alle quali l'organo di amministrazione della holding abbia impartito direttive, istruzioni o atti di indirizzo vincolanti.

Al riguardo, va ricordato quanto previsto nell'art. 2497-ter c.c., in forza del quale le decisioni delle società soggette ad attività di direzione e coordinamento, quando influenzate dalla *holding*, e dunque assunte al fine della realizzazione del disegno imprenditoriale e strategico del gruppo, devono essere analiticamente motivate e recare puntuale indicazione delle ragioni e degli interessi la cui valutazione ha inciso sulla decisione.

In buona sostanza, nell'espone analiticamente le ragioni dell'operazione, gli amministratori dovranno dimostrare la corrispondenza dell'operazione alle ragioni imprenditoriali e agli interessi della controllata, anche in una logica di gruppo, segnalando l'eventuale esistenza di vantaggi compensativi rispetto alla probabile emersione di un futuro danno per la società.

A tale regola devono attenersi i delegati della società eterodiretta quando la decisione sia influenzata dall'attività di direzione e coordinamento, considerando altresì che, come ha rilevato la giurisprudenza, l'autonomia gestionale della società eterodiretta non è annullata dalla partecipazione al gruppo e dalla realizzazione del programma comune e che, per tal motivo, gli amministratori della società eterodiretta possono pur sempre disattendere le direttive impartite dalla capogruppo quando esse siano potenzialmente lesive degli interessi tutelati dall'ordinamento.

Anche in questo caso, occorrerà intensificare il flusso informativo tra holding e società eterodiretta di modo che gli amministratori di quest'ultima possano effettuare specifiche valutazioni circa i motivi (di fatto e di diritto) posti alla base della decisione influenzata.

4.3. La responsabilità per la predisposizione di assetti inadeguati e la responsabilità per mancata attivazione

La novellata formulazione dell'art. 2086 c.c. rafforza l'obbligo di predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alla dimensione dell'impresa.

Occorre dedicare alcuni cenni alle ricadute sul fronte delle responsabilità degli amministratori in caso di mancata predisposizione degli assetti ovvero, più verosimilmente, in caso di predisposizione di assetti che si dimostrino inadeguati in relazione agli interessi che l'ordinamento intende tutelare. La questione è direttamente correlata all'altra, di maggior respiro, inerente all'ambito applicativo della *business judgement rule* in siffatte specifiche ipotesi.

Trattandosi di obblighi a contenuto specifico, pur con le precisazioni di seguito effettuate, la decisione di non strutturare assetti organizzativi, amministrativi e contabili ex art. 2086 c.c. perché ritenuti non necessari rispetto alla reale struttura organizzativa della società e dunque sulla base di una valutazione negativa assunta con riferimento alle dimensioni e alla natura dell'attività esercitata, non sembra trovare plausibile giustificazione invocando la citata BJR, visto che, in base alle regole generali, gli amministratori devono adempiere ai doveri loro imposti dalla legge. Tale violazione, peraltro, è sanzionabile di per sé, vale a dire senza necessità che vengano posti in essere ulteriori inadempimenti.

La violazione dell'obbligo, inoltre, potrà integrare il presupposto della grave irregolarità nella gestione, produttivo di possibili danni alla società ai sensi dell'art. 2409 c.c., o motivare il collegio sindacale (o il sindaco unico²⁴) a procedere con la convocazione dell'assemblea ex art. 2406, secondo comma, c.c., ovvero configurare una giusta causa di revoca degli amministratori ai sensi dell'art. 2383, terzo comma, c.c.

Le responsabilità per mancata istituzione degli assetti, ovviamente, ricadranno sul CDA e, dunque, anche sugli amministratori privi di delega che non si siano prontamente attivati, impartendo direttive in tal senso.

L'ipotesi della predisposizione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili che si dimostrino inadeguati rispetto alle finalità dedotte nell'art. 2086 c.c. potrebbe condurre a esiti parzialmente differenti.

Occorre ribadire come l'art. 2086 c.c. chiarisce, da un lato, che gli assetti rappresentano l'esplicazione dell'obbligo di corretta gestione imprenditoriale, come del resto è dato evincere dall'art. 2381 c.c., e, dall'altro lato, che l'adeguatezza degli assetti deve essere valutata anche in funzione della tempestiva rilevazione della crisi e della perdita della continuità.

Ne discende il corollario che, a partire dal 16 marzo 2019, tutte le società sono tenute a curare l'istituzione di regole e procedure che consentano, oltre una gestione efficace, di identificare e misurare, per tempo, i rischi di crisi o l'assenza di prospettive di continuità, dimostrandosi con ciò adeguati. Come messo in evidenza dal CNDCEC, una volta che le restanti disposizioni del Codice della crisi sull'allerta degli organi di controllo e del revisore legale saranno entrate in vigore, si tratterà di istituire un adeguato assetto organizzativo che consenta un frequente calcolo di indicatori di crisi²⁵.

L'adeguatezza degli assetti, come più volte chiarito, deve essere misurata in relazione alla natura dell'attività esercitata e alle dimensioni dell'impresa: le società, pertanto, sono tenute a dotarsi di procedure che siano proporzionate alle caratteristiche, alla complessità dell'attività svolta e alle dimensioni dell'impresa. Nelle realtà minori, nonostante l'ineludibile esigenza di predisposizione di un assetto amministrativo, organizzativo e contabile, le dimensioni della società possono consentirne una minore formalizzazione in ragione della semplicità dei processi da attivare, sia in termini di numero degli stessi, sia con riferimento alla tipologia delle attività e al numero dei soggetti e delle funzioni coinvolti²⁶.

Fatte queste premesse, la predisposizione di regole e procedure adeguate ad assicurare tempestivamente i flussi informativi tra funzioni aziendali e organi di governance è funzionale, in primo

²⁴ Stante il rinvio effettuato nell'art. 2477, quarto comma, c.c. alla disciplina del collegio sindacale di s.p.a.

²⁵ CNDCEC, *Crisi d'impresa. Gli indici di allerta*, par. 6.2., 29 ottobre 2019.

²⁶ CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, cit., Norma 3.4.

luogo, a impedire l'assunzione di decisioni o il compimento di operazioni pregiudizievoli per la società²⁷.

Se la predisposizione degli assetti, come chiarisce l'art. 2381, quinto comma, c.c., rientra tra le tipiche funzioni dei consiglieri esecutivi, la valutazione sull'adeguatezza, alla quale il CDA è chiamato dal terzo comma dell'art. 2381 c.c., andrà effettuata periodicamente, sulla base di informazioni fornite dai delegati. A tal fine, assumono rilievo le previsioni di cui all'art. 2381, quinto comma, c.c. in forza delle quali le procedure istituite dovrebbero assicurare un proficuo scambio di informazioni tra gli organi della società e, nelle realtà di gruppo, tra gli organi della holding e delle società eterodirette, con cadenza almeno semestrale – e nelle società aperte con cadenza trimestrale – rispetto al generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione così come dare evidenza di una pianificazione – seppur minima – della gestione atta a garantire l'equilibrio economico, finanziario e patrimoniale della società.

In tale prospettiva, un utile indice normativo circa la cadenza temporale dello scambio informativo, potrebbe rinvenirsi anche nelle previsioni del Codice della crisi. Stando a quanto prevede l'art. 24 del Codice della crisi, in punto di tempestività dell'iniziativa, i termini per presentare domanda di composizione assistita della crisi presso l'OCRI ovvero domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi o di insolvenza decorreranno dalla data in cui si sarà verificato il superamento nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati dal CNDCEC²⁸. Considerato quanto sopra, tenuto conto della specificità della realtà aziendale in cui è predisposto, un assetto potrebbe considerarsi adeguato se consentirà di valutare almeno trimestralmente gli indici elaborati ai sensi dell'art. 13, comma 2, ovvero, per analogia, gli indici che l'impresa autonomamente avrà individuato ai sensi dell'art. 13, comma 3, del Codice della crisi²⁹.

²⁷ Sul tema, può essere di utilità richiamare le Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate ove si precisa che un assetto organizzativo può definirsi adeguato quando presenta i seguenti requisiti, in relazione alle dimensioni e alla complessità della società, alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale:

- redazione di un organigramma aziendale con chiara identificazione delle funzioni, dei compiti e delle linee di responsabilità;
- esercizio dell'attività decisionale e direttiva della società da parte dei soggetti ai quali sono attribuiti i relativi poteri;
- sussistenza di procedure che assicurano l'efficienza e l'efficacia della gestione dei rischi e del sistema di controllo, nonché la completezza, la tempestività, l'attendibilità e l'efficacia dei flussi informativi generati anche con riferimento alle società controllate;
- esistenza di procedure che assicurino la presenza di personale con adeguata competenza a svolgere le funzioni assegnate;
- presenza di direttive e di procedure aziendali, loro aggiornamento ed effettiva diffusione.

Le stesse Norme di comportamento aggiungono che un sistema di controllo interno risulta adeguato se permette la chiara e precisa indicazione dei principali fattori di rischio aziendale e ne consente il costante monitoraggio e la corretta gestione. Le Norme di comportamento chiariscono, infine, che un sistema amministrativo-contabile risulta adeguato se permette:

- la completa, tempestiva e attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione;
- la produzione di informazioni valide e utili per le scelte di gestione e per la salvaguardia del patrimonio aziendale;
- la produzione di dati attendibili per la formazione del bilancio d'esercizio.

²⁸ CNDCEC, *Crisi d'impresa. Gli indici di allerta*, cit., par. 6.2.

²⁹ Si tratta dei casi in cui l'impresa, non ritenendo adeguati gli indici elaborati dal CNDCEC, in considerazione delle proprie caratteristiche, individua indici differenti, motivandone la scelta nella nota integrativa del bilancio di esercizio.

Ciò posto, tornando alle responsabilità degli organi di amministrazione, ferma restando la prova del nesso di causalità tra danno sofferto e inadeguatezza dell'assetto, è opinione diffusa che l'adozione e la valutazione di assetti inadeguati non trovi copertura nella *business judgement rule*: come precisato da una parte della dottrina, infatti, non si tratta di vere e proprie scelte imprenditoriali, bensì di un protocollo organizzativo imposto da norme cogenti sul rispetto delle quali insiste la vigilanza del collegio sindacale (o del sindaco unico)³⁰; ciò naturalmente nel quadro di quella declinazione relativa dell'obbligo in esame che va pur sempre parametrato alla natura, alla dimensione e all'oggetto dell'attività d'impresa, declinazione che non potrà essere trascurata nell'ottica di possibili interpretazioni in chiave evolutiva da parte della giurisprudenza.

Le responsabilità per danni derivanti da deficit organizzativo si estenderanno, qualora dovesse prevalere in concreto l'opinione richiamata, agli amministratori privi di deleghe quando questi ultimi, sulla base delle informazioni ricevute e dei riscontri effettuati, non si siano attivati, in ossequio ai precetti di cui all'art. 2381, sesto comma, c.c., con richieste di informazioni e di dati aggiuntivi per far sì che, a seguito della implementazione delle procedure esistenti da parte dei delegati, l'adeguatezza venga garantita o ripristinata.

Pur con le precisazioni effettuate, anche in questo specifico caso, è consentita un'interpretazione che si basi sulla graduazione delle responsabilità degli amministratori, a seconda del contributo di ognuno al verificarsi dell'evento dannoso, tenendo in considerazione, oltre alle deleghe assegnate, i comportamenti e le iniziative effettivamente assunti, con conseguente disattivazione del meccanismo della solidarietà. Parimenti rilevanti risultano essere i parametri di cui all'art. 2392 c.c. in punto di specifiche competenze richieste dalla natura dell'incarico.

Abbiamo esaminato nel par. 3.2. gli obblighi di attivazione tempestiva ricadenti sugli amministratori allorché gli assetti, o, con l'entrata in vigore del Codice della crisi, la segnalazione dei soggetti tenuti in base al Codice della crisi, rivelino fondati indizi di crisi.

In questo caso, ferma restando la discrezionalità nella scelta dei rimedi da approntare – scelta che risulterà attratta nell'ambito applicativo e di copertura della *business judgement rule*, come peraltro si evince anche dalla formulazione letterale dell'art. 14 del Codice della crisi, – trattandosi di obblighi *ex lege* che integrano i generali contenuti dell'art. 2392 c.c., gli amministratori, dovendo adempiere ai doveri loro imposti dalla legge, devono attivarsi senza indugio in ossequio alla normativa³¹.

³⁰ Come prevede l'art. 2403, primo comma, c.c. e del consiglio di sorveglianza, come prevede l'art. 2409-*terdecies*, comma primo, lett. c), c.c. Nelle s.r.l. dotate di organo monocratico, trovano applicazione le disposizioni sul collegio sindacale previste per le s.p.a., come previsto dall'art. 2477, quarto comma, c.c. Quando l'art. 14 del Codice della crisi sarà vigente, il revisore legale, nell'ambito delle proprie funzioni, sarà tenuto a verificare che l'organo di amministrazione effettui la continua valutazione dell'adeguatezza degli assetti.

³¹ L'art. 14 del Codice della crisi individua anche i termini di attivazione, dal momento che gli amministratori sono tenuti a fornire risposta entro trenta giorni dalla segnalazione e ad attivarsi nei sessanta giorni successivi. In questa fase della procedura, pertanto, sembra non aver perso attualità quanto previsto dalle Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate, pubblicate a settembre 2015. La Norma 11.1., infatti, ha precisato che: "Quando l'assetto organizzativo avrà tempestivamente e – adeguatamente- rilevato situazioni di crisi o di perdita della continuità gli amministratori saranno tenuti a intervenire adottando i provvedimenti e le misure che ritengano maggiormente appropriate rispetto alla situazione

concretamente in essere e presumibilmente differenziate a seconda che ricorrano situazioni di crisi o sintomi di assenza di continuità. La scelta dello strumento essendo atto di gestione non potrà essere giudicata (e dunque sarà coperta dalla BJR) se non quando si riveli manifestamente irragionevole o non sorretta da un corretto processo decisionale”.



CONCLUSIONI

Nel presente documento sono stati esaminati i compiti e le responsabilità, secondo la normativa vigente e peraltro senza trascurare le future disposizioni del Codice della crisi, a carico degli amministratori ai quali non sono state attribuite deleghe e che quindi partecipano agli organi di amministrazione societaria quali semplici componenti del consiglio di amministrazione.

Si è cercato di tracciare un quadro organico delle attività che essi sono chiamati a svolgere aggiornato altresì alle recenti modifiche introdotte dal codice della crisi in termini di assetti organizzativi e procedure di allerta, con l'obiettivo di definire una figura attuale dell'amministratore senza deleghe che sia di riferimento per tutti coloro che operano nell'ambito dei meccanismi collegiali di governance societaria.

La definizione positiva e anche puntuale, dei compiti attribuiti e la conseguente osservanza degli stessi, rappresentano un contributo di conformità allo spirito della norma codicistica che si pone come obiettivo, è evidente, il buon funzionamento degli organi societari nell'ambito del mercato e quindi la legalità delle operazioni finalizzate al raggiungimento degli obiettivi dell'oggetto sociale sottese alla creazione di valore aggiunto e di sana ricchezza economica per la collettività.

In questo quadro appare evidente che le funzioni dell'amministratore senza deleghe, in assenza di specifici requisiti di professionalità previsti dalla legge – nella normativa di riferimento, infatti, non ve ne sono – e fatti salvi ancora i casi in cui sia lo statuto societario a prevederli, richiedano comunque una conoscenza adeguata delle attività svolte nello specifico dalla società e, più in generale, un'adeguata professionalità funzionale al corretto svolgimento dell'incarico.

Non è tuttavia questa la sola conoscenza necessaria per lo svolgimento del ruolo esaminato nel presente lavoro. Si è visto, infatti, che la vita di un'azienda si snoda attraverso attività di amministrazione, procedure complesse a rilevanza esterna quali la redazione e pubblicazione del bilancio di esercizio, funzioni di controllo ove sia prevista l'esistenza di tale organo ed infine funzioni deliberative proprie dell'assemblea dei soci

Seppur chiamato a compiti non esecutivi, come genericamente si definiscono quelli dell'amministratore senza deleghe, egli deve necessariamente conoscere in maniera adeguata la normativa che sovrintende al rito societario dell'impresa collettiva, non potendo esimersi dall'applicazione puntuale della medesima per il rispetto del già citato principio di legalità, interesse primario del mercato e della società civile ed altresì, e non ultimo, con lo scopo di qualificare come soggettiva la propria responsabilità – in quanto derivazione diretta del proprio operato – piuttosto che oggettiva – per il solo fatto di ricoprire un ruolo cui la legge necessariamente attribuisce doveri e responsabilità.

Non vi è, e non vi deve essere, responsabilità quando si è operato nel rispetto della legge.

I principi enunciati nelle conclusioni del presente documento devono porsi alla base di un meccanismo di "autovalutazione" non obbligatorio a livello societario, tranne nei differenti casi di società soggette

a vigilanza e non trattati da questo documento, bensì individuale e necessario da parte dell'amministratore nella fase valutativa dell'accettazione della carica conferita.