

Anno 11 – Numero 4

20 febbraio 2013

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

IN QUESTO NUMERO:

- AMMINISTRATORI E SINDACI DI SOCIETÀ QUOTATE
- *TRUST* E LIQUIDAZIONE D'IMPRESA
- CONCORRENZA SLEALE

ItaliaOggi



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto
degli Ordini dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili
di:

Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato,
Crema, Cremona, Lecco, Mantova, Monza e Brianza,
Verbania



NDS collabora con la rivista:



VÍA CRISIS
Revista Electrónica de Derecho Concursal

SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Anna Paola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Matthias Casper, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Toni M. Fine, Patrizia Grosso, Javier Juste, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Alberto Musy, Gabriele Racugno, Paolo Reviglionio, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

COMITATO DI INDIRIZZO

Carlo Luigi Brambilla, Alberto Carrara, Paola Castiglioni, Luigi Gualerzi, Stefano Noro, Carlo Pessina, Ernesto Quinto, Mario Rovetti, Michele Stefanoni, Mario Tagliaferri, Maria Rachele Vigani, Ermanno Werthhammer

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Paola Balzarini, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Alessandra Del Sole, Massimiliano Desalvi, Elena Fregonara, Sebastiano Garufi, Stefano Graidì, Alessandro Monteverde, Enrico Rossi, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO

Enrico Aina, Giuseppe Antonio Policaro,
Andrea Sergiacomo, Giordano Viglietti, Federico Tallia.

INDICE

	<i>Pag.</i>
RELAZIONI A CONVEGNI	
<i>Amministratori e sindaci di società quotate: profili introduttivi</i> di Oreste Cagnasso	7
STUDI E OPINIONI	
<i>Il dovere di diligenza e la business judgment rule</i> di Federico Tallia	14
<i>Trust: istituito da imprese in fase liquidatoria</i> di Andrea Sergiacomo e Giordano Viglietti	40
COMMENTI A SENTENZE	
<i>Lucro cessante, riversione dei profitti e danno non patrimoniale nella concorrenza sleale</i> di Enrico Aina e Giuseppe Antonio Policaro	48
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	59
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	62

SOMMARIO

RELAZIONI A CONVEGNI

Amministratori e sindaci di società quotate: profili introduttivi

La relazione offre un panorama dell'evoluzione normativa nonché una sintesi della disciplina della governance delle società quotate.

di **Oreste Cagnasso**

STUDI E OPINIONI

Il dovere di diligenza e la business judgment rule

Con la riforma del 2003 il legislatore ha risolto l'annosa questione dello standard di diligenza dovuta dall'amministratore individuando quale parametro di riferimento quella professionale. La discussione attorno a tale argomento acquista maggiore vitalità laddove sia collegata al tema della responsabilità, pertanto si farà riferimento all'insindacabilità nel merito delle scelte gestorie, ossia alla regola giurisprudenziale nota come business judgment rule.

di **Federico Tallia**

Trust: istituito da imprese in fase liquidatoria

A seguito dello studio n.161-2011/I effettuato dal Consiglio nazionale del notariato, vengono forniti alcuni chiarimenti in merito all'utilizzo del trust quale istituto giuridico utilizzabile da quelle società che versano in uno stato di crisi aziendale.

di **Andrea Sergiacomo e Giordano Viglietti**

COMMENTI A SENTENZE

Lucro cessante, riversione dei profitti e danno non patrimoniale nella concorrenza sleale

Gli autori analizzano la disciplina della concorrenza sleale con particolare riferimento al tema del risarcimento del danno.

di **Enrico Aina e Giuseppe Antonio Policaro**

INDEX-ABSTRACT

	<i>Pag.</i>
REPORT ON CONFERENCE	
Directors and Auditors of Listed Companies: Introductory Reliefs	7
<i>The report provides an overview of regulatory changes, as well as a summary of the rules of governance of listed companies.</i>	
by Oreste Cagnasso	
STUDIES AND OPINIONS	
Duty of care & Business judgment rule	14
<i>By the 2003 Reform the lawmaker has solved the issue about the standard of due care. This issue is strictly related to the directors liability; consequentially the Author has focused his attention on the case law derived concept known as business judgment rule.</i>	
Trust Set Up by Companies under Liquidation	40
<i>Following the study No. 161-2011/I carried out by the National Council of Notaries, some clarifications about the use of trust as a legal instrument adoptable by those companies that are facing an economic crisis are provided.</i>	
COMMENTS ON JUDGMENT	
Loss of Profits, Reversion of Profits and Non-pecuniary Damages in Unfair Competition	48
<i>The Authors analyze the discipline of unfair competition, focusing in particular on the issue of the recovery of damages.</i>	
by Enrico Aina and Giuseppe Antonio Policaro	

RELAZIONI A CONVEGNI

AMMINISTRATORI E SINDACI DI SOCIETA' QUOTATE: PROFILI INTRODUTTIVI*

La relazione offre un panorama dell'evoluzione normativa nonché una sintesi della disciplina della governance delle società quotate.

di **ORESTE CAGNASSO**

1. L'evoluzione normativa: s.p.a., s.p.a. quotate, s.r.l. a confronto

1.1. Premessa

Prendendo in considerazione il profilo della *governance* ed il periodo dal 2003 al 2012 e quindi dalla riforma societaria ai decreti Monti, la disciplina delle società di capitali è stata oggetto di numerosi interventi, che negli ultimi tempi si sono accavallati ad un ritmo molto intenso.

Le occasioni, le ragioni e gli obiettivi di essi sono stati molto eterogenei: dalla tutela dei risparmiatori in presenza dei grandi scandali finanziari stranieri e italiani, all'attuazione delle direttive comunitarie; da innovazioni di carattere interno e a volte del tutto episodiche a quelle derivanti dall'impatto di riforme in altri settori, come quella fallimentare; in tempi recentissimi dagli intenti di semplificazione e liberalizzazione a quelli della crescita.

Una sintetica ricostruzione dei rapporti tra tipi e sottotipi all'interno delle società di capitali nell'evoluzione della relativa disciplina dalla riforma societaria ad oggi permette di cogliere le linee di fondo e di tendenza in un quadro assai complesso e in continuo movimento.

1. 2. La riforma societaria

La riforma societaria ha sicuramente modificato, nell'ambito delle società di capitali, il rapporto preesistente tra s.p.a. quotate e non quotate e tra s.p.a. ed s.r.l..

Sotto il primo profilo, non c'è dubbio che varie norme proprie delle società per azioni quotate sono state estese alle non quotate e quindi la riforma ha in qualche misura, rispetto al passato, avvicinato quotate e non quotate. Con una felice ed efficace

* Relazione tenuta a Monza il 25 gennaio 2013 all'interno del corso per la formazione per i componenti di Cda e collegi sindacali organizzato dall'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Monza e Brianza in collaborazione con i Comitati Pari Opportunità.

RELAZIONI A CONVEGNI

AMMINISTRATORI E SINDACI DI SOCIETÀ QUOTATE

espressione, si è sottolineato come le società quotate abbiano svolto il ruolo di laboratorio del diritto comune (Montalenti).

Per contro, per effetto della riforma societaria, si è di gran lunga ampliato il “solco” tra società per azioni e società a responsabilità limitata, con la creazione di un tipo autonomo e dai connotati peculiari. Come è stato sottolineato fin dai primi commenti, la nuova s.r.l. si presenta con un volto del tutto differente rispetto al tipo anteriormente disciplinato.

1. 3. L'evoluzione successiva

Esaminando l'evoluzione dei rapporti tra i vari modelli all'interno delle società di capitali negli anni successivi alla riforma e naturalmente con riferimento alla *governance*, mi pare che si possa individuare una linea di fondo che vede un “allontanamento” della quotata dalla non quotata e un “avvicinamento” della s.r.l. alla s.p.a..

Sotto il primo profilo può essere sufficiente il richiamo ai vari interventi legislativi in tema di tutela del risparmio, di principi contabili internazionali, di *Record date*. La presenza di norme peculiari in tema di assemblea, amministratori, organi di controllo, *governance*, bilanci rende la s.p.a. quotata quasi un tipo autonomo rispetto alla non quotata.

Sotto il secondo profilo, una parte della dottrina e della giurisprudenza ha sostanzialmente ridotto gli “spazi vuoti” lasciati dal legislatore in tema di *governance* della s.r.l. con l'applicazione di regole tratte dal tipo società per azioni.

Occorre aggiungere che è lo stesso legislatore ad aver avvicinato s.p.a. e s.r.l., estendendo regole proprie delle prime alle seconde. Ciò è avvenuto a volte in modo quasi automatico, altre volte con una presa di posizione netta e “consapevole”.

La legittimazione attribuita ai sindaci di s.p.a. all'esperienza dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori in virtù delle leggi di tutela del risparmio si estende automaticamente ai sindaci di s.r.l. per effetto del rinvio, contenuto nell'art. 2477 c.c., alle norme dettate in tema di s.p.a. nei casi di nomina obbligatoria dell'organo di controllo.

La nuova disciplina della revisione legale dei conti introdotta nel 2010 in attuazione della direttiva comunitaria abbraccia s.p.a. ed s.r.l. ed anzi in tale occasione il legislatore ha introdotto nuovi casi di nomina obbligatoria del collegio sindacale.

1. 4. La legislazione più recente

Venendo ai tempi più recenti, dalla Legge di stabilità del 2012 ai decreti Monti, la tendenza sembra in qualche misura invertirsi, con un allontanarsi della s.r.l. rispetto alla s.p.a..

RELAZIONI A CONVEGNI

AMMINISTRATORI E SINDACI DI SOCIETÀ QUOTATE

Gli esempi offerti dal legislatore sono numerosi. Quello sicuramente più significativo è costituito dalla nuova disciplina del controllo, che prevede, almeno stando alla lettera della medesima, non solo la possibilità di scelta, pur trattandosi di società “sopra soglia” che richiedono la presenza obbligatoria del controllo, tra sindaco unico e collegio sindacale, ma anche tra organo di controllo monocratico o collegiale e revisore o società di revisione.

Anche la stessa disciplina dell’organo di vigilanza appare o può apparire differente tra i due tipi, dal momento che, almeno stando alla lettera della norma, può essere costituito solo dal collegio sindacale e non dal sindaco unico.

Non c’è dubbio che la riforma societaria abbia disciplinato in modo differente s.p.a. ed s.r.l. e che tale scelta sia molto opportuna e coerente con i modelli applicati all’estero. Ma le differenze di disciplina debbono trovare una giustificazione nei caratteri dei due tipi. A mio avviso, occorre un’uniformità o almeno una sostanziale uniformità di regole sotto due profili. In primo luogo, con riferimento a quegli elementi che costituiscono presupposto necessario del regime di responsabilità limitata. Inoltre l’uniformità di disciplina deve necessariamente concernere le regole di *governance* applicabili alle imprese societarie di medio - grandi dimensioni, qualora comunque non riferibili al carattere aperto o chiuso della compagine societaria.

2. Profili della disciplina della *governance*

2. 1. Il dato normativo

La disciplina delle società quotate contenuta nel Testo Unico della Finanza del 1998 è stata via via modificata, in particolare in attuazione di direttive comunitarie, ed “integrata” da numerosi regolamenti emessi dalla Consob.

Al proposito si può ricordare il d. lgs. 6 febbraio 2004, n. 37, che ha introdotto le modificazioni rese necessarie dal coordinamento con la riforma delle società di capitali entrata in vigore il 1° gennaio 2004.

La legge 28 dicembre 2005, n. 262 ha introdotto ulteriori disposizioni “per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari”.

Ed ancora il d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 22 ha recepito la direttiva 2007/36 c.d. *Record date*.

Successivamente è intervenuto, in tempi recenti, un decreto correttivo rispetto a tale disciplina, il d. lgs. 18 giugno 2012, n. 91.

Ancora più recentemente sono state introdotte ulteriori innovazioni dal d. lgs. 11 ottobre 2012, n. 184.

Occorre infine ricordare l’attuazione della direttiva c.d. *Transparency* con il d. lgs. 6 novembre 2007, n. 95 sull’armonizzazione degli obblighi di trasparenza

RELAZIONI A CONVEGNI

AMMINISTRATORI E SINDACI DI SOCIETÀ QUOTATE

riguardanti le informazioni sugli emittenti i cui valori mobiliari sono ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato.

Come già si ricordava, numerosi sono i regolamenti emanati dalla Consob, in particolare quello c.d. Emittenti, variamente modificato, e quello relativo alle operazioni con parti correlate.

2. 2. L'attuazione della direttiva *Record date*

Il d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 27, che, come si è ricordato, ha dato attuazione alla direttiva n. 2007/36 relativa “*all'esercizio di alcuni diritti da parte degli azionisti delle società quotate*” trova applicazione per le società italiane con azioni quotate nei mercati regolamentati italiani o di altri Paesi dell'Unione Europea.

La disciplina così introdotta ha profondamente innovato la *governance* della s.p.a. quotata e in particolare le norme in tema di assemblea, introducendo modificazioni sia al codice civile, sia al T.U.F..

In sintesi i profili oggetto di intervento concernano:

- l'avviso di convocazione dell'assemblea, che deve contenere numerose informazioni per consentire agli azionisti di partecipare all'assemblea e di esercitare il diritto di voto in modo informato;
- le modalità di pubblicazione dell'avviso di convocazione, in particolare sul sito internet della società;
- il termine di pubblicazione dell'avviso di convocazione, di trenta giorni, con la previsione però di termini speciali per determinate deliberazioni;
- la possibilità di convocazione unica;
- la disciplina delle convocazioni successive alla prima;
- la convocazione su richiesta dei soci;
- le relazioni illustrative su punti all'ordine del giorno;
- il sito internet della società;
- il deposito e la pubblicità delle liste per la nomina degli organi sociali;
- il diritto dei soci di minoranza di richiedere l'integrazione dell'ordine del giorno;
- il diritto dei soci di porre domande prima dell'assemblea;
- la previsione dell'identificazione della legittimazione all'intervento in assemblea ed al voto attraverso la registrazione ad una certa data (*Record date*) quale titolare del conto su cui sono depositate le azioni;
- la legittimazione all'impugnazione ed al recesso;
- la possibilità per lo statuto di prevedere il voto in via elettronica;
- la nuova disciplina della rappresentanza in assemblea, che esclude la possibilità per gli statuti di vietarla e che si estende anche a soggetti che fanno parte

RELAZIONI A CONVEGNI

AMMINISTRATORI E SINDACI DI SOCIETÀ QUOTATE

dell'organizzazione societaria ed anche in conflitto di interessi e senza limiti quantitativi;

- la nuova figura del rappresentato designato dalla società affinché i soci possano conferirgli, senza spesa, delega con istruzioni di voto;
- il conferimento della delega in via elettronica;
- la nuova disciplina della sollecitazione di deleghe;
- la pubblicazione delle relazioni finanziarie annuali;
- la possibilità della previsione statutaria di un dividendo maggiorato a favore degli azionisti che detengano le azioni per un periodo continuativo non inferiore ad un anno.

2. 3. Il decreto “correttivo”

Il successivo d. lgs. del 18 giugno 2012, n. 91 ha introdotto alcuni correttivi alla normativa ora richiamata, in particolare estendendo il meccanismo della *Record date* alla legittimazione, all'intervento e al voto nelle assemblee speciali e modificando la disciplina del diritto di porre domande prima dell'assemblea e della pubblicazione della relazione finanziaria annuale.

2. 4. Le ulteriori innovazioni

Infine il d. lgs. n. 184 dell'11 ottobre 2012 ha introdotto alcune ulteriori modificazioni al Testo Unico della Finanza e al codice civile, in particolare in tema di prospetto e di aumento del capitale sociale.

Con riferimento a quest'ultimo il periodo di offerta dell'importo può essere inferiore a cinque giorni se è totalmente venduto prima della scadenza; sono stati eliminati i *quorum* deliberativi rafforzati per gli aumenti di capitale sociale con esclusione del diritto di opzione; il relativo parere di congruità può essere rilasciato anche da revisori esterni rispetto a quelli incaricati della revisione periodica.

3. Il d. lgs. n. 231/2001

Il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 reca, come è noto, disposizioni in tema di disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica. La punibilità dell'ente in presenza di determinati reati viene esclusa quando quest'ultimo si sia dotato di un adeguato modello organizzativo, attuato efficacemente. Inoltre gli enti debbono istituire l'Organismo di Vigilanza - OdV - con il compito di verificare l'attuazione e l'adeguatezza del modello di organizzazione e di gestione per la prevenzione dei reati.

Con un recente intervento legislativo, attuato dalla legge di stabilità del 2012 (legge 12 novembre 2012, n. 183), si prevede che nelle società di capitali il collegio

RELAZIONI A CONVEGNI

AMMINISTRATORI E SINDACI DI SOCIETÀ QUOTATE

sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'Organismo di Vigilanza.

Una delle più significative innovazioni introdotte dalla riforma societaria per tutte le società per azioni è quella che prevede l'obbligo per gli amministratori di adottare modelli organizzativi adeguati.

Qual'è il rapporto tra questa norma di carattere generale e la previsione di modelli organizzativi per la prevenzione dei reati?

Come si è osservato in dottrina (IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 113), “quanto agli obiettivi ed alle finalità dei due sistemi, i modelli di organizzazione e gestione sono previsti con l'intento di prevenire la commissione di (determinati) reati e, nel caso che il fatto delittuoso venga comunque commesso, con il fine di evitare la responsabilità amministrativa (patrimoniale) dell'ente, mentre la creazione di assetti adeguati è sancita allo scopo di assicurare un'efficace gestione aziendale e quindi un corretto svolgimento delle operazioni sociali, il mantenimento di un equilibrio economico, finanziario e patrimoniale, nonché l'individuazione di andamenti o rischi anomali. L'area degli assetti adeguati è, dunque, più ampia di quella dei modelli di organizzazione e gestione che appare in essa ricompresa”.

4. Il codice di autodisciplina

L'art. 89 *ter* del Regolamento Emittenti redatto dalla Consob prevede che le società di gestione dei mercati trasmettono alla Consob una sintetica descrizione del contenuto dei codici di autodisciplina redatti dagli stessi.

Come risulta dall'edizione più recente di tale sintetica descrizione, il codice di autodisciplina, approvato nel marzo 2006 e successivamente aggiornato nel marzo 2010 e nel dicembre 2011 si propone in particolare i seguenti obiettivi:

- “dopo aver identificato nello shareholders' value in un orizzonte di medio-lungo periodo l'obiettivo prioritario dell'azione degli amministratori degli emittenti quotati e riaffermata la centralità del Consiglio di Amministrazione nel sistema di governo societario”, l'opportunità di identificare “gli ambiti valutativi/decisionali che dovrebbero restare di competenza del plenum e non essere delegati a singoli consiglieri o a comitati interni”;

- i limiti al cumulo degli incarichi;
- l'opportunità di auto-valutazione periodica della composizione e del funzionamento dell'organo di amministrazione;
- la tempestività e completezza dell'informativa consiliare e pre-consiliare;
- la presenza di amministratori indipendenti;
- la previsione di comitati consuntivi;

RELAZIONI A CONVEGNI

AMMINISTRATORI E SINDACI DI SOCIETÀ QUOTATE

- la struttura e le finalità della remunerazione degli amministratori;
- il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi;
- le garanzie di indipendenza dei sindaci;
- i rapporti tra organo gestionale e azionisti.

IL DOVERE DI DILIGENZA E LA *BUSINNES JUDGMENT RULE*

Con la riforma del 2003 il legislatore ha risolto l'annosa questione dello standard di diligenza dovuta dall'amministratore individuando quale parametro di riferimento quella professionale. La discussione attorno a tale argomento acquista maggiore vitalità laddove sia collegata al tema della responsabilità, pertanto si farà riferimento all'insindacabilità nel merito delle scelte gestorie, ossia alla regola giurisprudenziale nota come business judgment rule.

di **FEDERICO TALLIA**

1. Introduzione

L'obbligo di diligenza e la *business judgment rule*¹ rappresentano temi tra i più stimolanti e controversi del diritto societario. In particolare il dibattito ruota attorno ai doveri degli amministratori e alle loro conseguenti responsabilità. Infatti, da un lato, la diligenza opera come criterio di valutazione della responsabilità; dall'altro, l'applicazione della *business judgment rule* comporta l'insindacabilità nel merito delle scelte gestorie compiute dagli amministratori. Se da un punto di vista teorico i termini della questione appaiono chiari, nella pratica le difficoltà aumentano. Così, ad esempio, la distinzione tra errore inevitabile² ed errore che con l'utilizzo dell'ordinaria diligenza si sarebbe potuto evitare appare di non facile lettura³. Il *discrimen*, pertanto, è

¹ A. DE NICOLA, Commento sub Art. 2392 c.c., in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2005, p. 557, nota 45, specifica che “*Business Judgment Rule è un'espressione di derivazione statunitense ove vige la regola giurisprudenziale secondo la quale i giudici non potranno ritenere gli amministratori responsabili dei danni provocati da una loro delibera se questa è stata assunta in buona fede, nell'onesto convincimento che fosse nel miglior interesse della società e dopo aver assunto adeguate informazioni (Aronson v. Lewis, 472 A.2d, 805, Del. 1984). Le corti del Delaware (Stato guida del diritto societario negli USA e ove hanno la loro sede sociale circa un terzo di tutte le società quotate) presumono sia la buona fede che la sufficiente informazione*”.

² Si pensi alla scelta gestoria razionale, accuratamente valutata e poi rivelatasi erronea.

³ Si veda A. GAMBINO, *La valutazione del rischio della responsabilità civile di amministratori e manager nelle società per azioni*, in *Assicurazioni*, I, 1994, p. 131 ss.

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA BUSINESS JUDGMENT RULE

sicuramente sottile e labile, ma le soluzioni proposte dalla dottrina⁴ e dalla giurisprudenza⁵ consentono di superare l'iniziale *empasse*.

Prima di trattare il tema nello specifico occorre, brevemente, indicare due aspetti che la dottrina⁶ italiana e straniera considerano fondamentali, ossia l'organizzazione

⁴ Sul tema M. IRRERA, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 48 ss.; A. DE NICOLA, *Soci di minoranza e amministratori: un rapporto difficile*, Bologna, 2006, p. 21 ss.; ID., *Commento sub Art. 2392 c.c.*, cit., p. 557 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. : dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 183 ss.; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di S.P.A.*, Milano, 2008, p. 53 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni in tema di controllo*, in *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi, Omaggio a Piergaetano Marchetti*, Milano, 2010, p. 309 ss.; BLOCK-BARTON-RABIN, *The Business Judgment Rule; Fiduciary Duties of Corporate Directors*, in 49, *Business Lawyer*, 1994, 1977 ss.; P. BOLTON, M. DEWATRIPONT, *Contract Theory*, MIT Press, 2005; K. HOPT, E. WYMEERSCH, H. KANADA, H. BAUM, *Corporate Governance in Context: Corporation, States, and Markets in Europe, Japan, and the U.S.*, Oxford University Press, 2005; J. TIROLE, *The Theory of Corporate Finance*, University Press of California, Columbia and Princeton, 2006; J. ARMOUR, J. McCAHERY, *After Enron: Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the U.S.*, Hart Publishing, 2006; J. MACEY, *Corporate Governance: Promises Kept, Promises Broken*, University Press of California, Columbia and Princeton, 2008; R. KRAAKMAN, J. ARMOUR, P. DAVIES, L. ENRIQUES, K. HOPT, H. KANADA, H. HANSMANN, G. HERTIG, E. B. ROCK, *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach (2nd Revised edition)*, Oxford University Press, 2009.

⁵ Si vedano, Cassazione, 12 novembre 1965, n. 2359, in *Foro pad.*, 1965, I, 1820; Tribunale di Milano, 10 febbraio 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 334 ss.; la Sentenza 23 marzo 2004, n. 5718, in *Società*, 2004, p. 1517 ss., con nota di A. FUSI, *Valutazione della responsabilità dell'amministratore*; Cassazione 24 agosto 2004, n. 16707, *Fiorini c. Scotti Finanziaria*, in *Giur. comm.*, II, 2005, p. 246 ss., con nota di D. MONACI; Cassazione, 12 agosto 2009, n. 18231, in *Diritto & Giustizia*, 2009. Si vedano anche le pronunce statunitensi: *Cramer v. General Telephone & Electronics Corp.* (N582 F.2d 259, 274), *Smith v. Van Gorkom* (N488 A.2d 858), *Joy v. North* (N692 F.2d 880, 885), analizzate da C. HANSEN, *The ALI Corporate Governance Project. I: of the Duty of Due Care and the Business Judgment Rule, a Commentary*, in 41, *Business Lawyer*, 1986, p. 1240 ss.; *Selheimer v. Manganese Corp. Of America* (224 A.2d 634); *In re Caremark Inc. International Derivative Litigation* (698 A.2d 959); *Stone v. Ritter* (911 A.2d 362); *Aronson v. Lewis* (A.2d 805); *Kaplan v. Centex Corp.* (A.2d 119).

⁶ M. IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2010, p. 561 ss.; F. GHEZZI, *I «doveri fiduciari» degli amministratori nei «Principles of corporate Governance»*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 465 ss.; M.A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel*

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

interna al consiglio di amministrazione ed i rapporti tra *executives* e *non executives* che possono ripercuotersi fortemente sugli obblighi fiduciari⁷. Pertanto, la presenza di adeguate strutture di monitoraggio, quali i comitati ristretti⁸, e la presenza di *outside directors* effettivamente indipendenti costituiscono uno strumento essenziale per garantire la corretta gestione dell'impresa e limitare l'estrazione dei benefici privati da parte dei *manager*. Si pensi alla supervisione esercitata dal consiglio di amministrazione in merito alla nomina e sostituzione del *management* ed alla vigilanza sull'attività esercitata sull'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sulla eventuale revisione dei piani strategici, finanziari e di investimento. In dottrina, al riguardo, si sottolinea la rilevanza del "ruolo esercitato dagli *outside directors* nelle *public companies* in relazione al *duty to monitor* e al *duty to inquiry*. Mentre infatti gli *inside directors* dipendono solitamente dal *Chief Executive Officer* e possono trovare qualche imbarazzo nel criticare le sue opinioni e nel votare in modo difforme dalle sue indicazioni, la maggior indipendenza degli *outside directors* può garantire una più diretta verifica ed un controllo più intenso sull'andamento della gestione da parte del *management*"⁹. Con ciò concludendo che la funzione prioritaria degli *outside directors* sia quella di "monitor these (amministratori esecutivi) who direct"¹⁰. Una tale configurazione della società dovrebbe consentire di ridurre notevolmente, *ex ante*, la possibilità che gli amministratori esecutivi perseguano i propri interessi anziché quelli dell'impresa.

Terminata tale doverosa premessa appare opportuno richiamare le norme del codice civile così come riformulate nel 2003. Ricordando che nelle intenzioni del legislatore vi era l'eliminazione dall'art. 2392 c.c. della responsabilità per omessa

diritto americano, in *Giur. Comm.*, 1992, I, p. 617 ss., nell'ambito delle conferenze tenute all'Università Statale di Milano il 25 e 26 febbraio 1992; P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali*, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, II, Milanofiori Assago (Mi), 2006, p. 838 ss. Si pensi anche all'*American Law Institute (A.L.I.)*, l'associazione privata a cui dobbiamo la stesura dei *Principles of corporate governance*.

⁷ Cfr. F. GHEZZI, *I «doveri fiduciari» degli amministratori nei «Principles of corporate Governance»*, cit., p. 479 ss., ribadisce l'importanza della composizione del *board* e dei vari comitati che devono o possono essere costituiti al suo interno.

⁸ Si pensi al comitato audit, al comitato per la remunerazione e al comitato per le nomine. Previsti dal Codice di autodisciplina di Borsa Italiana s.p.a. Costituiti all'interno del consiglio di amministrazione con funzioni prevalentemente consultive e propositive. Sul tema si veda P. MONTALENTI e S. BALZOLA, *La società per azioni quotata*, Bologna, 2010, p. 117 ss.

⁹ Testualmente F. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 482.

¹⁰ M.A. EISENBERG, *The structure of the corporation*, 1976, p. 375.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 4/2013

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

vigilanza¹¹ attraverso l'attribuzione, in capo ai consiglieri di amministrazione, di specifici obblighi di monitoraggio (*ex art. 2381, terzo comma, c.c.*) e di agire informato (*ex art. 2381, sesto comma, c.c.*), ferma restando la responsabilità solidale (*ex art. 2392, secondo comma, c.c.*) se essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli non abbiano fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose. Ne risulta, perciò, una complessiva mitigazione delle responsabilità civili degli amministratori che è in linea con l'attuale indirizzo internazionale¹². Le ragioni che si collocano alla base di tale scelta sono comprensibili. In primo luogo, alla materia si applica la regola del giudizio imprenditoriale o *business judgment rule* in base alla quale i giudici non possono sostituirsi agli amministratori nella valutazione delle scelte gestorie¹³. In caso contrario le decisioni imprenditoriali potrebbero essere influenzate dal rischio di una revisione giudiziale nel merito¹⁴. In secondo luogo, di fronte ad un

¹¹ A favore G. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale. 2. Diritto delle società*, 6^a ed. a cura di Campobasso, Torino, 2008, p. 378; *contra* F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. : dopo la riforma delle società*, cit., p. 159, che lamenta l'eliminazione dell'obbligo di vigilanza. Si veda Cass. penale, 4 maggio-19 giugno 2007, n. 23838, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 369 ss., con nota di R. SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 380 ss. Secondo l'A. l'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione sarebbe stato sostituito dal dovere di agire in modo informato.

¹² Cfr. G. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in AA. VV., a cura di Assonime, *I controlli societari. Molte regole nessun sistema*, Milano, 2009, p. 60.

¹³ Si veda la sentenza del giudice Rordorf, Cassazione 24 agosto 2004, n. 16707, *Fiorini c. Scotti Finanziaria*, in *Giur. comm.*, II, 2005, p. 246, con nota di D. MONACI. La dottrina nord-americana è molto rigorosa, in particolare R. BALOTTI – J. HANKS, *Rejudging the Business Judgment rule*, in 48, *Business Lawyer*, 1993, p. 1340, ritengono che la *business judgment rule* possa essere considerata “*as a statement of the circumstances (informed basis, good faith, honest belief) under which a court will not substitute its judgment for that of directors, either to hold them liable or to invalidate a transaction they have approved. It is the procedural aspect of the rule that contains the «presumption» that in arriving a decision the directors acted on an informed basis, in good faith and in honest belief that the action taken was in the best interest of the company*”.

¹⁴ Occorre ricercare un equilibrio ottimale tra esigenze di controllo sugli amministratori e gestione efficiente per non mortificare la propensione al rischio del *management*. Pone in evidenza tale problema F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. : dopo la riforma delle società*, Milano, cit., p. 185, il quale sostiene che “*a priori (...) prima di conoscerne l'esito, molte iniziative 'disusuali' potrebbero valutarsi come frutto di imperizia o eccessivamente rischiose, erronee ed inopportune, oppure al contrario come coraggiose, lungimiranti o frutto di geniale intuizione. E sarebbe intrinsecamente incongruo un sistema che consentisse agli azionisti di conseguire benefici o guadagni in caso di esito positivo dell'iniziativa e, in caso*

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

elevato rischio di incorrere in responsabilità sarebbe difficile individuare amministratori non esecutivi qualificati, anche perché la remunerazione ad essi corrisposta non compenserebbe l'assunzione del rischio¹⁵ e, pertanto, l'amministratore sarebbe portato a gestire l'impresa in modo burocratico¹⁶.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, sarà opportuno avanzare alcune ipotesi riguardo a due fondamentali questioni: da un lato, verificare se la natura (apparentemente) inderogabile della responsabilità trovi un effettivo riscontro nella prassi giurisprudenziale e, dall'altro, accertare l'effettiva conflittualità tra il sistema delineato dall'intervento riformatore ed eventuali meccanismi di esonero (o limitazione) della responsabilità¹⁷.

2. Il dovere di diligenza nell'ordinamento italiano

Secondo la più recente dottrina la diligenza, in generale, può essere definita come *“la sintesi di una serie di massime di esperienza, basata essenzialmente sulla valutazione delle soluzioni e dei comportamenti precedentemente adottati in ogni settore dell'agire umano: il modello tipico di comportamento viene ricavato da un numero indefinito di casi, attraverso un'operazione di astrazione che dal caso particolare conduce alla norme generale (la diligenza)”*¹⁸.

Così descritta la diligenza, la dottrina si impegna a definire il dovere di diligenza o *duty of care* quale dovere di adempiere con diligenza ai propri obblighi¹⁹.

Nell'analizzare tale dovere si possono prendere le mosse da una pronuncia della Corte di Cassazione²⁰ che distingue tra diligenza nelle obbligazioni degli amministratori a contenuto specifico e quella richiesta dalle obbligazioni a contenuto generico²¹. Nel

contrario, di chiedere i danni all'amministratore. Questi diventerebbe quasi un garante del successo dell'impresa sociale”.

¹⁵ La remunerazione che spetta agli amministratori non esecutivi è di solito stabilita in misura fissa, ed è inferiore a quella spettante agli amministratori esecutivi.

¹⁶ Cfr. G. FERRARINI, *op. ult. cit.*, p. 61.

¹⁷ A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori*, cit., p. 11.

¹⁸ Testualmente A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori*, cit., p. 45, nota 97.

¹⁹ Così F. GHEZZI, *I «doveri fiduciari» degli amministratori nei «Principles of corporate Governance»*, cit., p. 486; M.A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 617.

²⁰ Si veda, la Sentenza 23 marzo 2004, n. 5718, in *Società*, 2004, p. 1517, con nota di A. FUSI, *Valutazione della responsabilità dell'amministratore*.

²¹ Sul tema F. BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1985, p. 162; ID., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 2 ss.; M. FRANZONI, *Le responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, in *Trattato dir. comm. Dir. pubbl.*, diretto da F. Galgano, XIX, Padova, 1994, p. 9; C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, I, Milano, 2003, p. 203 ss.; A. DE

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

primo caso²² la diligenza rappresenta il livello dell'impegno richiesto agli amministratori, i quali andranno esenti da responsabilità solo se il mancato adempimento è diretta conseguenza dell'impossibilità della prestazione per causa loro non imputabile (*ex art. 1218 c.c.*). Nel secondo caso²³, invece, la responsabilità si lega ad un obbligo generico, da cui deriva che l'agire diligente dell'amministratore esclude l'inadempimento ed allo stesso tempo fa venir meno il fondamento della responsabilità *ex art. 1218 c.c.*, cioè l'inesattezza della prestazione²⁴. Inoltre, la Suprema Corte ha collegato tali considerazioni al giudizio imprenditoriale, ossia al principio dell'insindacabilità delle scelte gestorie, in concreto, operate e si è spinta sino alla fondamentale distinzione tra controllo di legittimità e controllo di merito. Pertanto, gli amministratori saranno certamente liberi di compiere le scelte gestionali che ritengono più opportune e qualora tali scelte dovessero rivelarsi errate, le stesse non potranno essere loro contestate. Questo non significa che l'amministratore non sia tenuto ad osservare il dovere di diligenza, anzi sarà considerato responsabile nel caso in cui la decisione sia stata assunta senza il compimento di adeguate verifiche o l'assunzione di informazioni preventive richieste dalla diligenza professionale (artt. 2392, 1° comma, e

NICOLA, Commento sub *Art. 2392 c.c.*, cit., p. 548 ss.; A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 12, sostiene “*che gli obblighi posti in capo agli amministratori rappresentano, in realtà, una articolazione e una specificazione del più generale dovere di gestire la società (artt. 2380-bis, 2409-novies, 2409-septiesdecies c.c.)*”.

²² Si pensi, ad esempio, agli obblighi relativi alla regolare tenuta dei libri contabili, a quelli che incombono *ex artt. 2446 e 2447 c.c.* sugli amministratori in caso di perdite, al divieto di intraprendere nuove operazioni quando la società è in liquidazione.

²³ A. DE NICOLA, Commento sub *Art. 2392 c.c.*, cit., p. 550, con riferimento agli obblighi generali di amministrare con diligenza (art. 2392, 1° e 2° comma, c.c.) e senza conflitto di interessi (art. 2391, 1° e 2° comma, c.c.) precisa che “*trattandosi di due clausole generali, che non specificano il comportamento che gli amministratori devono tenere, spetterà al giudice determinare se, sulla base delle circostanze concrete del singolo caso di specie, gli amministratori abbiano violato uno o entrambi tali loro doveri*”.

²⁴ Cfr. M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., p. 49; A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 14 ss., l'Autore aggiunge che gli amministratori incorrono “*in responsabilità (verso la società) non solo per le perdite arrecate al patrimonio sociale, ma anche per il conseguimento di risultati insoddisfacenti, qualora siano direttamente riconducibili al loro operato (art. 1223 c.c.). Il dato è confermato sia dal generale principio in base al quale nei rapporti obbligatori l'attività del debitore deve essere valutata in funzione (e tendere alla realizzazione) dell'interesse del creditore (art. 1174 c.c.), sia dal ricorso ai doveri di correttezza e buona fede (oggettiva) (artt. 1175 e 1375 c.c.), quali principi, a seconda della tesi accolta, di integrazione e/o di valutazione della condotta del debitore (e del creditore). Il comportamento degli amministratori non deve così uniformarsi al solo criterio di diligenza, ma, dovendosi ispirare ad una diligenza qualificata dalla buona fede oggettiva, deve invece tendere al miglior risultato possibile*”.

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA BUSINESS JUDGMENT RULE

2381, 6° comma, c.c.)²⁵. Dunque, appare del tutto evidente che il giudizio sulla diligenza riguardi il modo in cui la scelta gestoria è stata adottata, ossia il giudizio ricade sul processo di *decision-making*²⁶. La dottrina nord-americana è molto chiara sulla questione ed afferma che “*the due care standard in corporate law is applied to the decision-making process and not to its result. Even though a decision made or a result reached is not that of the hypothetical ordinarily prudent person, no liability will attach as long as the decision-making process meets the standard*”²⁷. In sostanza, non saranno considerati responsabili gli amministratori per gli eventuali errori commessi nella gestione dell’impresa, errori che devono essere considerati inevitabili in qualsiasi attività umana, a patto che questi abbiano agito nel rispetto del dovere di diligenza. Inoltre, ed è questo l’aspetto fondamentale, non sarà possibile sostituire la valutazione soggettiva ed *ex post* del giudice con quella espressa *ex ante* dall’organo amministrativo²⁸.

²⁵ Così M. IRRERA, *op. ult. cit.*, p. 50. Inoltre, si veda F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. : dopo la riforma delle società*, cit., p. 184 ss., il quale precisa che “*la legge «perdona» agli amministratori gli errori commessi nell’esercizio diligente dei loro poteri discrezionali, anche se si tratta di errori gravi ed evitabili da altri amministratori; «non perdona», invece, ed impone il risarcimento di quei danni che gli amministratori abbiano causato per negligenza o per aver agito in conflitto di interessi, o per violazione di altri loro obblighi*”.

²⁶ Cfr. C. HANSEN, *The ALI Corporate Governance Project. I: of the Duty of Due Care and the Business Judgment Rule*, cit., p. 1237 ss.; si veda anche M. IRRERA, *L’obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, cit., p. 564; L. NAZZICONE, *Commento sub Art. 2392 c.c.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, p. 184, sottolinea che “*se è vero che il giudice non ha il controllo di merito sulle scelte gestorie, l’agire amministrativo è tuttora discrezionale e non libero: il giudice, dunque, non controlla l’opportunità della scelta, ma la modalità del percorso decisionale seguito dagli amministratori, la completezza degli accertamenti di fatto preventivi da essi espletati e delle cautele poste in essere, al fine di accertarne la correttezza nella situazione di fatto*”.

²⁷ Testualmente C. HANSEN, *op. ult. cit.*, p. 1241.

²⁸ Si veda anche Cassazione, 12 novembre 1965, n. 2359, cit., da cui emerge con chiarezza come questo principio fosse già consolidato. La Suprema Corte, infatti, afferma che “*il giudice investito di un’azione sociale di responsabilità non può sindacare il merito degli atti o dei fatti compiuti dagli amministratori e dai sindaci nell’esercizio del loro ufficio; non può, cioè, giudicare sulla base di criteri discrezionali di opportunità o di convenienza, poiché in tal modo sostituirebbe ‘ex post’ il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall’organo all’uopo legittimato; deve, invece, accertare e valutare se gli amministratori abbiano violato l’obbligo di adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall’atto costitutivo con la diligenza del mandatario*”.

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA BUSINESS JUDGMENT RULE

Anche se alle questioni emerse sembrano corrispondere adeguate soluzioni, tuttavia, si sollevano numerosi interrogativi²⁹. Qual è il grado di diligenza che viene richiesto agli amministratori? Gli amministratori devono avere conoscenze tecniche specifiche? Possono farsi assistere da esperti o consulenti? Dove si colloca il confine tra giudizio di merito e giudizio di legittimità?

La diligenza, inoltre, nel sancire la responsabilità degli amministratori sembra giocare un ruolo differente a seconda che si tratti di obbligazioni a contenuto specifico o a contenuto generico³⁰. Secondo alcuni studiosi, non rappresenta più un semplice criterio tramite cui monitorare l'adempimento della prestazione, ma diventa clausola generale dell'ordinamento, elemento integrativo della condotta degli amministratori³¹. Tuttavia, parte della dottrina civilistica giunge ad una conclusione opposta in base alla quale la diligenza, anche nelle obbligazioni di mezzi³², opererebbe come semplice criterio di condotta³³ rimanendo, in questo modo, estranea al contenuto dell'obbligazione a differenza di quanto accade per i principi di correttezza e buona fede che integrano il contenuto della prestazione³⁴. La riforma del 2003 ha permesso di superare le difficoltà interpretative consentendo di attribuire alla diligenza un significato univoco³⁵. Infatti, il legislatore enuncia indirettamente attraverso l'art. 2403 c.c. l'obbligo per eccellenza degli amministratori, ossia il rispetto dei principi di corretta

²⁹ Cfr. M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., p. 50.

³⁰ Si veda G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra «obbligazioni di mezzi» e «di risultato»*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999, p. 146 ss.

³¹ In questi termini M. DELLACASA, *Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l'attività di gestione degli amministratori*, in *Contr. e imprese*, 1999, p. 209 ss.

³² A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 26, precisa che si dovrebbe parlare di obbligazioni «di comportamento» più che di mezzi; si veda anche L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 188; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, 1974, p. 166.

³³ L. MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 205, precisa che la diligenza opererebbe come “parametro per stabilire se l'attività di prestazione, svolta dal debitore, corrisponda o meno all'(esatto) adempimento dell'obbligazione”.

³⁴ Cfr. S. RODOTA', voce “Diligenza”, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 539 ss.; G. D'AMICO, voce “Negligenza”, in *Digesto, Disc. Priv., Sez. Civ.*, XII, Torino, 1995, p. 24 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, 1988, p. 298, conclude che la diligenza costituirebbe la misura del contenuto dell'obbligo, ma senza una funzione integrativa o correttiva, semplicemente delimitativa dell'area dei possibili comportamenti diligenti, di ciò che costituisce l'esatta prestazione.

³⁵ Secondo M. IRRERA, *op. ult. cit.*, p. 53, la difficoltà ad attribuire un significato univoco alla diligenza dipenderebbe “dalla povertà del dato normativo del codice civile del 1942, in ordine al contenuto generale dell'obbligo di amministrazione”.

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA BUSINESS JUDGMENT RULE

amministrazione. In questo modo la diligenza torna ad essere un criterio di valutazione dell'operato del debitore (gli amministratori) nell'adempimento delle prestazioni dovute³⁶.

Altro elemento su cui porre l'attenzione è sicuramente l'art. 2392 c.c. opportunamente riformato nel 2003 dal legislatore³⁷. Il *restyling* normativo consente di risolvere l'annoso problema dello standard di diligenza dovuto degli amministratori che la norma previgente ancorava al buon padre di famiglia³⁸. La disposizione, infatti, individuava quale criterio di valutazione della responsabilità la "diligenza del mandatario" (ex art. 1710 c.c.) che rinviava alla diligenza del buon padre di famiglia³⁹ (ex art. 1176, 1° comma, c.c.) la quale operava come parametro di valutazione della condotta del debitore⁴⁰. La riforma, viceversa, ha imposto agli amministratori di

³⁶ Cfr. M. IRRERA, *op. ult. cit.*, p. 53 ss., che aggiunge "la diligenza rientra così nel suo alveo naturale e potrà essere impiegata al fine di appurare l'adempimento da parte dell'organo amministrativo sia degli obblighi specifici, sia di quelli generici". Molto chiaro anche F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, in *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, a cura di G. Scognamiglio, Milano, 2003, p. 23, che afferma che "la diligenza non può mai costituire oggetto di un obbligo o peggio il contenuto della prestazione dedotta nell'obbligazione, bensì soltanto il modo di adempiere esattamente all'obbligazione". Interessante la posizione di A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 27, per cui "la diligenza non conduce ad una individuazione univoca della condotta dovuta, ma realizza soltanto un giudizio in termini di esatto o inesatto adempimento".

³⁷ Sul tema P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali*, cit., p. 838; ID., *La società quotata*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, IV, 2, Padova, 2004, p. 215; L. NAZZICONE, *Commento sub Art. 2392 c.c.*, cit., p. 181 ss.; A. DE NICOLA, *Commento sub Art. 2392 c.c.*, cit., p. 545 ss.; F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, cit., p. 23 ss.

³⁸ L. NAZZICONE, *op. ult. cit.*, p. 182, ribadisce che "amministrare società per azioni è mestiere che richiede un tipo ed un grado di diligenza specifiche di tale ruolo, che sono diversi da quelli comuni del buon padre di famiglia, di cui all'art. 1176, 1° comma, c.c. ed ai quali anche l'art. 1170 c.c. fa riferimento". Secondo A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 30, "con il richiamo alla diligenza del buon padre di famiglia, il legislatore ha voluto fissare un criterio astratto e tipico di valutazione (per cui è possibile parlare di oggettivizzazione della prestazione), che prescinde dalle capacità soggettive del debitore. Al concetto di uomo medio ricavabile dalla pratica della media statistica si contrappone [ora] un concetto deontologico frutto di una valutazione espressa dalla coscienza generale".

³⁹ A. DE NICOLA, *Commento sub Art. 2392 c.c.*, cit., p. 547, precisa che "la diligenza del mandatario è, a norma dell'art. 1710, quella del «buon padre di famiglia», quale criterio astratto e tipico di valutazione, che prescinde dal grado di diligenza del particolare debitore".

⁴⁰ Così A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 30 ss., il quale, in controtendenza, sostiene che già "nel vigore della precedente disciplina, gli amministratori di società, tuttavia, non erano tenuti semplicemente alla normale diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176, primo comma, c.c.)

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA BUSINESS JUDGMENT RULE

adempiere ai propri doveri con la “*diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze*”, così facendo riferimento alla diligenza professionale da valutarsi (ex art. 1176, 2° comma, c.c.) “*con riguardo alla natura dell’attività esercitata*”⁴¹. Prima dell’ intervento riformatore la nozione di diligenza non era del tutto chiara⁴², infatti la dottrina trovava un generale consenso nella figura dell’ amministratore normalmente diligente in relazione alla particolare natura dell’ attività da esso prestata⁴³. Pertanto, si era sviluppato un interessante dibattito sulla nozione di diligenza. Secondo parte della dottrina, la diligenza presupponeva la perizia: si riteneva necessario il possesso di nozioni tecniche per poter organizzare e gestire l’ attività societaria⁴⁴. Secondo altra parte, la diligenza non richiedeva la perizia. Tale tesi si basava sulla semplice considerazione di come non fosse possibile per l’ amministratore essere esperto contemporaneamente in materia contabile, legale, finanziaria e nei settori di attività dell’ impresa⁴⁵. Più semplicemente, secondo autorevole dottrina ciò che si richiedeva

ma, conformemente a quanto previsto dal secondo comma dell’ art. 1176 c.c., alla diligenza che utilizzerebbe un amministratore normalmente diligente nelle medesime circostanze, in relazione alla particolare natura dell’ attività prestata”. Giungono a conclusioni simili F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 49; A. DE NICOLA, *Commento sub Art. 2392 c.c.*, cit., p. 548. *Contra* P. MONTALENTI, *L’ amministrazione sociale dal testis unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 422 ss.

⁴¹ Cfr. P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali*, cit., p. 838.

⁴² M. IRRERA, *op. ult. cit.*, p. 55, sostiene che “*da un lato, vi era il canone della diligenza del buon padre di famiglia, sancita dall’ art. 1170 c.c. in tema di mandato, applicabile alla fattispecie considerato il dato letterale che faceva riferimento, appunto, alla diligenza del mandatario; dall’ altro, l’ art. 1176, 2° comma, c.c. secondo cui la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’ attività esercitata, quando – come per gli amministratori di società – si tratta di un’ attività professionale*”.

⁴³ Si veda A. TINA, *Insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori e rinuncia all’ azione sociale di responsabilità (art. 2343, ultimo comma, c.c.)*, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 334 ss.

⁴⁴ Sul tema, Tribunale di Milano, 10 febbraio 2000, in *Giur. comm.*, 2001, II, p. 326, con nota di A. TINA, *Insindacabilità*, cit.; R. WEIGMANN, *Responsabilità*, p. 148, il quale sottolinea l’ importanza dell’ uso “*di cognizioni tecniche che tendono vieppiù a codificarsi in apposite discipline aziendalistiche*”.

⁴⁵ P. MONTALENTI, *op. ult. cit.*, p. 839, sostiene che “*il legislatore non richiede la perizia, ma (...) è difficile ipotizzare il rispetto dello standard di diligenza in assenza di un’ adeguata se pur sommaria preparazione allo svolgimento dell’ incarico, senza la quale il grado professionale della diligenza diviene irraggiungibile. Il legislatore (...) precisa che la diligenza degli amministratori deve essere parametrata «alle loro specifiche competenze». Con il che lo standard si avvicina significativamente alla perizia, nel senso che là dove l’ amministratore abbia delle competenze attinenti a profili significativi del contenuto di deliberazioni,*

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 4/2013

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA BUSINESS JUDGMENT RULE

all'amministratore è che "ponderi le sue decisioni e che, se mai, di fronte alle inevitabili lacune delle sue conoscenze tecniche, si avvalga di collaboratori ed eventualmente di consulenze, affinché le scelte ed iniziative che egli in definitiva dovrà decidere siano meditate e frutto di un rischio calcolato, e non già di irresponsabile e negligente improvvisazione"⁴⁶.

Ad ogni modo, il novellato art. 2392 c.c. pone fine ad ogni questione interpretativa stabilendo che la diligenza richiesta agli amministratori dipende "dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze"⁴⁷. Molto chiara sul punto la Relazione governativa alla riforma che intende evitare indebite estensioni della responsabilità solidale degli amministratori. Dunque, il legislatore ha voluto evitare che la responsabilità solidale fosse trasformata in una responsabilità sostanzialmente oggettiva "allontanando le persone più consapevoli dall'accettare o mantenere incarichi in società o in situazioni in cui il rischio di una procedura concorsuale le esponeva a responsabilità praticamente inevitabili"⁴⁸. Illustre dottrina conclude che gli amministratori non dovranno essere periti in ogni settore di attività dell'impresa, ma che le scelte da essi compiute dovranno essere informate e attentamente ponderate⁴⁹. In sintesi, dovranno essere il risultato di un rischio calcolato e non frutto di mera improvvisazione. Tale contesto conduce alla valorizzazione del ruolo e delle specifiche competenze di ciascun amministratore⁵⁰.

operazioni, attività gestionali in genere da cui possa insorgere la loro responsabilità – si pensi ai profili legali, finanziari o tecnici –, la valutazione della diligenza dovrà essere effettuata con criteri differenziati per l'amministratore esperto giuridico oppure per l'amministratore esperto di finanza oppure ancora per l'amministratore esperto nel settore di attività della società".

⁴⁶ Testualmente F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 62.

⁴⁷ Molto critica la posizione di A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 34, per cui "può ritenersi che la (presenta) portata innovativa – segnalata da parte della dottrina – del nuovo testo dell'art. 2392, primo comma, c.c. resti confinata su un piano meramente semantico, che nulla aggiunge ai risultati già ottenuti in sede interpretativa e applicativa, rispettivamente, dalla dottrina e dalla giurisprudenza". *Contra* P. MONTALENTI, *L'amministrazione sociale dal testi unico alla riforma del diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 429; ID., *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali*, cit., p. 835 ss.; F. VASSALLI, *L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori*, cit., p. 29.

⁴⁸ Si veda il paragrafo 6.III.4.

⁴⁹ F. BONELLI, *op. ult. cit.*, p. 62.

⁵⁰ Questa caratteristica è tipica del diritto inglese. Si veda M. IRRERA, *op. ult. cit.*, p. 43 ss., che sottolinea come "con riguardo agli standard di diligenza non è richiesto che i directors esercitino le loro attribuzioni con un grado di diligenza particolarmente elevato a meno che essi siano stati nominati proprio in relazione alle loro capacità".

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA BUSINESS JUDGMENT RULE

Ciò precisato, occorre analizzare analiticamente due espressioni che caratterizzano l'art. 2392 c.c., ossia “*natura dell'incarico*” e “*specifiche competenze*”⁵¹. Con riguardo alla prima va segnalato un acceso dibattito in dottrina. Secondo alcuni autori, l'espressione corrisponderebbe a ‘natura dell'attività esercitata’ cioè ad un'attività di carattere professionale⁵². Al contrario, altra dottrina ritiene che “*natura dell'incarico*” non significhi soltanto gestione professionale di un'impresa altrui, in quanto tale impostazione perderebbe di vista uno degli intenti della riforma, ossia valutare la responsabilità degli amministratori in base alle funzioni, in concreto, svolte⁵³. Alla luce di questo argomento pare ragionevole propendere per questa seconda e più rigorosa lettura⁵⁴.

Si pone, poi, un secondo interrogativo che emerge dalla considerazione che la formula in discorso è stata inserita dal legislatore per favorire l'aggancio all'art. 1176, secondo comma, c.c. Ossia, è lecito domandarsi se possa operare, a favore degli amministratori, la limitazione di responsabilità del prestatore d'opera intellettuale ai soli casi di dolo o colpa grave quando debbano essere risolti problemi tecnici di particolare

⁵¹ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 36, sostiene che la “*nuova formulazione dell'art. 2392, primo comma, c.c., (...) alludendo alle competenze tecniche e professionali eventualmente possedute dagli amministratori, non sembra, in realtà, modificare sensibilmente le conclusioni raggiunte in merito al livello di diligenza richiesto agli amministratori sulla base della precedente disciplina*”.

⁵² U. DE CRESCIENZO, *Le azioni di responsabilità*, Milano, 2003, p. 39; V. SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria*, in *Società*, 2002, p. 1465 ss.; M. SPIOTTA, Commento sub Art. 2392 c.c., in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bofante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, I, 2004, p. 764 ss.

⁵³ Cfr. L. NAZZICONE, Commento sub Art. 2392 c.c., cit., p. 182, precisa che “*si tratta della diligenza tipica del gestore professionale di impresa altrui, (...) e caratterizzata pure dalla perizia, quale prudenza ed avvedutezza richiesta per il compimento delle attività tipiche gestorie ed anche per il controllo sull'agire degli altri amministratori*”.

⁵⁴ Così M. IRRERA, *op. ult. cit.*, p. 59; Si veda anche A. DE NICOLA, Commento sub Art. 2392 c.c., cit., p. 555 ss., che ribadisce che “*l'accertamento della responsabilità presuppone il riferimento sia alle caratteristiche della società, sia alla posizione concretamente assunta da ciascun amministratore nell'ambito dell'organo collegiale, ossia se si tratti di un amministratore con funzioni di presidente, di amministratore con deleghe, con deleghe ma membro di un organo collegiale ovvero di amministratore senza deleghe o non esecutivo e, in quest'ultimo caso, se costui sia componente di un comitato consultivo costituito ad hoc quale il comitato per il controllo interno, quello nomine o quello remunerazioni previsti dal Codice di autodisciplina della Borsa Italiana. Ad esempio, (...) l'amministratore membro del comitato di controllo interno potrà esser ritenuto responsabile se la società ha subito un danno in quanto egli ha omesso di esercitare le specifiche funzioni di controllo ad egli attribuite*”.

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

complessità (*ex art. 2236 c.c.*)⁵⁵. A tale quesito si può dare risposta negativa perché se il legislatore avesse voluto introdurre un principio così innovativo lo avrebbe esplicitato ed inoltre perché l'art. 2236 c.c. è norma eccezionale e, quindi, insuscettibile di applicazione analogica⁵⁶.

L'espressione "*specifiche competenze*" opera, invece, come strumento di valutazione dipendente dal rapporto tra attività esercitata dall'impresa e specifiche competenze dei consiglieri⁵⁷. Di fronte ad una scelta rivelatasi dannosa per la società vi sarà un'indagine volta ad accertare le specifiche competenze dei consiglieri di amministrazione. In altre parole, si dovrà valutare il comportamento degli amministratori coinvolti in base alle competenze da essi, in concreto, possedute⁵⁸. Inoltre, secondo parte della dottrina⁵⁹, l'espressione in esame comporterebbe una soggettivizzazione della diligenza dovuta, così determinando un giudizio di responsabilità più rigoroso per gli amministratori dotati di particolari conoscenze, e, di conseguenza, una loro maggiore esposizione debitoria. Altra dottrina⁶⁰, invece, tende a ridimensionare la portata innovativa dell'espressione. Infatti, sostiene che se sul piano operativo è evidente che la riforma abbia condotto ad una differente distribuzione della responsabilità a seconda delle specifiche capacità possedute dagli amministratori, sul piano giuridico-formale non sembrava potersi escludere analogo risultato già *ante* riforma⁶¹.

Il riferimento legislativo alle specifiche competenze pone un ulteriore quesito, ossia se gli amministratori debbano essere periti nel relativo settore di conoscenze. Al

⁵⁵ L. PANZANI, *L'azione di responsabilità ed il coinvolgimento del gruppo di imprese dopo la riforma*, in *Società*, 2002, p. 1477; M. SPIOTTA, Commento sub Art. 2392 c.c., cit., p. 765.

⁵⁶ In questi termini A. DE NICOLA, Commento sub Art. 2392 c.c., cit., p. 556.

⁵⁷ M. IRRERA, *op. ult. cit.*, p. 59, precisa che i termini "competenze" e "funzioni" non si equivalgono. Infatti, secondo l'autore il termine "funzioni" è già ricompreso nell'espressione "*natura dell'incarico*".

⁵⁸ A. TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in AA. VV., *Diritto delle società. Manuale breve*, Milano, 2008, p. 225; L. NAZZICONE, *op. ult. cit.*, p. 182.

⁵⁹ Cfr. A. DACCO', *Sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in AGE, 2003, p. 183 ss.; C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, I, 2003, p. 369; M. RABITTI, *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori*, Milano, 2004, p. 142 ss.

⁶⁰ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 38 ss.

⁶¹ C. ANGELICI, voce «Società per azioni e in accomandita per azioni», in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano 1990, p. 1007, sostiene che già *ante* riforma il consiglio di amministrazione poteva scegliere "*di avvalersi di specifiche e distinte competenze professionali*" e pertanto, sarebbe stato contraddittorio ignorarne la rilevanza per "*definirne l'ambito di responsabilità: ciò, se non altro, in quanto l'utilizzazione di tali competenze vale a ad individuare la prestazione che in concreto da essi ci si aspetta*".

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA BUSINESS JUDGMENT RULE

riguardo si individuano due posizioni differenti. Secondo autorevole dottrina con l'espressione in oggetto si intende precisare che qualora un amministratore compia scelte non informate e meditate che non siano frutto di un rischio calcolato sarà considerato negligente, esattamente com'è negligente l'amministratore che assuma decisioni senza utilizzare le proprie specifiche competenze⁶². Secondo altra parte della dottrina, invece, la risposta al quesito non può che essere positiva. Pertanto, sugli amministratori graverà l'obbligo della perizia nel campo delle loro conoscenze tecniche⁶³. Si è portati a propendere per quest'ultima soluzione in base alla semplice considerazione che qualora in consiglio sieda un avvocato, un commercialista o un altro professionista senza dubbio essi dovranno sfruttare le loro competenze e mostrarsi periti almeno nel settore delle loro conoscenze specifiche⁶⁴.

Occorre precisare che l'ipotizzata esigibilità della competenza gestoria non comporta l'impossibilità di integrarla, qualora se ne ravvisi la necessità, con pareri e consulenze di esperti⁶⁵. In tali casi gli amministratori non andranno esenti da

⁶² F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. : dopo la riforma delle società*, cit., p. 180. *Contra* A. DE NICOLA, *Commento sub Art. 2392 c.c.*, cit., p. 557, che sostiene che “*le «specifiche competenze» costituiscono insomma un parametro di valutazione della diligenza con la quale l'amministratore svolge il proprio compito. (...) In concreto, ai fini della ripartizione della responsabilità in sede di azione di regresso tra gli amministratori, la posizione di chi, ad esempio, sia un esperto fiscale verrà valutata più criticamente rispetto a chi non abbia tali specifiche competenze qualora il consiglio di amministrazione, sulla base di una raccomandazione degli amministratori delegati, pur supportati da pareri esterni, abbia deliberato un'operazione le cui negative implicazioni fiscali avrebbero dovuto essere evidenti prima facie ad un esperto della materia*”.

⁶³ M. SPIOTTA, *Commento sub Art. 2392 c.c.*, cit., p. 767.

⁶⁴ Così M. IRRERA, *op. ult. cit.*, p. 60; L. NAZZICONE, *op. ult. cit.*, p. 182, precisa che “*i doveri imposti dalla legge in capo all'amministratore vanno da questi adempiuti non soltanto con la diligenza propria del buon gestore professionale, ma anche con la diligenza esigibile dalla specifica competenza di quell'amministratore: nominato, ad esempio, perché esperto legale o tributario, oppure perché avente esperienza in un certo settore industriale o finanziario, e così via*”. Sul punto si veda A. DE NICOLA, *Commento sub Art. 2392 c.c.*, cit., p. 557, che evidenzia una criticità. Infatti, sostiene che “*è innegabile che determinare sia l'ambito della «specifico competenza» (si può presumere che un avvocato conosca il diritto tributario?) che la percentuale di responsabilità del singolo amministratore rientra in quell'area di difficile discrezionalità tecnica del giudice che potrebbe portare a delle incoerenze giurisprudenziali*”.

⁶⁵ A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 37 aggiunge che “*il nuovo art. 2392 c.c., (...) riconosce implicitamente non solo che non tutti i membri del consiglio di amministrazione devono necessariamente essere forniti di specifiche competenze, ma anche che l'intero consiglio di amministrazione può essere privo di quelle particolari cognizioni tecniche e professionali richieste per la gestione dell'impresa sociale, confermando, in tal caso, il dovere di far ricorso a esperti o consulenti, anche esterni all'organico sociale*”.

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA BUSINESS JUDGMENT RULE

responsabilità per le decisioni assunte, salva la verifica della ragionevolezza dell'affidamento riposto nel terzo⁶⁶. Pertanto, se l'apparente natura inderogabile della responsabilità gestoria costituisce un limite alla soggettivizzazione verso il basso della diligenza dovuta, la stessa natura inderogabile e indisponibile non rappresenta un ostacolo per l'innalzamento della responsabilità che faccia capo ad un criterio di diligenza modellato in base alle peculiari conoscenze e competenze di ogni singolo amministratore⁶⁷. Questo comporta, in concreto, una differente distribuzione della responsabilità tra gli amministratori. Infatti, posto che la gestione societaria richiede specifiche cognizioni tecniche e professionali, ne consegue che l'eventuale giudizio di responsabilità dovrà tener conto dell'esercizio diretto o indiretto di tali competenze⁶⁸.

Si può concludere richiamando illustre dottrina che ha evidenziato come le modifiche introdotte dalla riforma alla diligenza e alla responsabilità degli amministratori *“non intaccano la regola dottrinal-giurisprudenziale della business judgment rule, nel senso che la responsabilità dell'amministratore potrà sorgere ove sia ravvisabile l'elemento soggettivo dell'illecito, contrattuale o extracontrattuale, e cioè il dolo o la colpa, ma non gli si potrà imputare il risultato negativo della gestione se non nel caso di operazioni assolutamente irrazionali”*⁶⁹.

3. Duty of care e Business Judgment Rule nel dibattito nord-americano

Esaminato il dovere di diligenza all'interno dell'ordinamento italiano sembra opportuna una riflessione sul dibattito sviluppatosi nell'ordinamento nord-americano.

Come in precedenza segnalato, il dovere di diligenza o *duty of care* rappresenta il dovere di adempiere con diligenza ai propri obblighi⁷⁰. Esso riguarda in primo luogo

⁶⁶ L. NAZZICONE, *op. ult. cit.*, p. 183; si aggiunga che il tema del debitore dotato di particolare capacità è stato affrontato in dottrina, si veda P. TRIMARCHI, voce «Illecito (dir. priv.)», in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 111, per cui se l'amministratore risulta essere dotato di particolari conoscenze *“di queste si tiene conto per inasprire il criterio di valutazione della colpa”*; G. SBISA', *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza di presupposto e di scopi?*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, p. 723 ss.; G. VISINTINI, voce «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991.

⁶⁷ In questi termini A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 42.

⁶⁸ Cfr. A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 37.

⁶⁹ Testualmente, P. MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali*, cit., p. 839.

⁷⁰ Si veda M.A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori*, cit., p. 617; secondo F. GHEZZI, *I «doveri fiduciari» degli amministratori nei «Principles of corporate Governance»*, cit., p. 486, il *duty of care* *“rientra nel più generale dovere di agire con diligenza che informa tutto il diritto statunitense e che deriva dai principi generali della negligence”*; cfr. C. HANSEN, *The Duty of Care, the Business Judgment Rule and The American Law Institute*

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

gli amministratori, ma si estende anche ai dirigenti⁷¹. Tale dovere risulta essere composto da specifici obblighi e conseguenti responsabilità:

- a) il dovere di controllare ragionevolmente la conduzione dell'attività di gestione della società;
- b) il dovere di informarsi: ossia controllare l'attendibilità delle informazioni che sono state acquisite;
- c) il dovere di comportarsi ragionevolmente nell'*iter* di formazione di una decisione;
- d) il dovere di prendere decisioni ragionevoli⁷².

Il primo di questi quattro obblighi è rappresentato dal dovere di vigilanza o *duty to monitor*. Il secondo obbligo è il dovere di indagine o *duty to inquiry*, che consiste nel verificare l'attendibilità delle informazioni acquisite⁷³. Gli ultimi due doveri, difficilmente definibili da un punto di vista giuridico, attengono alla diligenza nell'assumere decisioni.

In particolare, è interessante soffermarsi sul dovere di diligenza nell'assumere decisioni. Esso è caratterizzato da due aspetti: un aspetto formale ed uno sostanziale. Dal primo deriva che gli amministratori e i dirigenti, prima di assumere una decisione, acquisiscano informazioni utilizzando la ragionevole diligenza richiesta. Le informazioni (*rectius*, un numero di informazioni ragionevole) costituiscono l'oggetto dell'obbligo e l'amministratore o il dirigente saranno responsabili se dalla decisione assunta derivi un danno che non si sarebbe verificato qualora avessero adempiuto all'obbligo con diligenza⁷⁴. Il secondo aspetto è caratterizzato da una maggior

Corporate Governance Project, in 48, *Business Lawyer*, 1992-1993, p. 1355 ss., che sostiene che gli amministratori sono ritenuti responsabili per la violazione degli obblighi di diligenza “only upon an express abdication of responsibility or upon obvious and prolonged failure to exercise oversight or supervision. Put another way, the courts find liability only if the conduct of the directors, in one way or another, reflects an abdication of responsibility”.

⁷¹ F. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 487, cita le preziose parole di Eisenberg, il quale sostiene che “in base alla law of negligence, non è richiesto semplicemente che taluno agisca al meglio delle proprie capacità, bensì che questi conformi la propria condotta ad un modello di comportamento accettato dalla collettività. Gli amministratori e i funzionari – al pari di chiunque altro eserciti un'attività professionale – sono soggetti al dovere di agire con diligenza nell'adempimento delle proprie funzioni”.

⁷² Testualmente M.A. EISENBERG, *op. ult. cit.*, p. 618 ss.

⁷³ Si pensi alle informazioni che possono destare qualche preoccupazione, ad esempio un'improvvisa perdita di capitale sociale. In questo caso l'amministratore dovrà verificare se l'evento può imputarsi ad una circostanza imprevedibile (una recessione) o ad una cattiva gestione della società.

⁷⁴ F. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 502, sottolinea che “il grado di diligenza (e dunque la ragionevolezza del processo decisionale) dell'amministratore dipende da una serie di fattori,

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 4/2013

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA BUSINESS JUDGMENT RULE

complessità e riguarda la valutazione del giudice circa l'opportunità di una scelta gestoria. Pertanto, non è sufficiente che gli amministratori abbiano acquisito un numero ragionevole di informazioni, ma la decisione stessa deve risultare "ragionevole" e "opportuna"⁷⁵. La giurisprudenza americana ha elaborato, a tal riguardo, una regola di giudizio nota come *business judgment rule*⁷⁶. Tale regola fornisce all'amministratore un ampio scudo di protezione dalla responsabilità anche qualora la scelta gestoria si sia rivelata inopportuna⁷⁷. La *business judgment rule* ha alcuni caratteri tipici. Intanto, opera se e solo se una decisione sia stata assunta⁷⁸. Inoltre, trova applicazione se l'amministratore o il dirigente non si trovino in conflitto di interessi e, quindi, non abbiano un personale interesse di natura economica in merito alla scelta operata. Infine, deve essere stato rispettato quanto detto circa l'aspetto formale, perciò l'amministratore deve essersi ragionevolmente informato prima di aver assunto una decisione⁷⁹. Qualora

quali l'importanza della decisione che deve essere assunta; il tempo disponibile per ottenere informazioni; i costi delle informazioni; la fiducia degli amministratori in coloro che hanno esaminato la materia e l'hanno presentata in consiglio; lo stato d'attività dell'impresa in quel momento ed il numero di altre decisioni da assumere nello stesso periodo".

⁷⁵ Così M.A. EISENBERG, *op. ult. cit.*, p. 621; F. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 496.

⁷⁶ Illuminanti le considerazioni di M.A. EISENBERG, *op. ult. cit.*, p. 626, il quale afferma che "nel diritto americano vi sono tre livelli (o «tipi») di valutazione dei comportamenti degli amministratori e dei funzionari. Questi «tipi» vengono poi espressi in vario modo, sicché io mi limiterò ad offrirvene un'idea generale. Il primo livello di valutazione è il livello più «ampio»: per esempio la valutazione della «ragionevolezza», che è il modello di comportamento più severo e si presenta in una pluralità di manifestazioni, una delle quali è il criterio tipico della «ragionevolezza» nell'ambito dei doveri di diligenza. All'estremo opposto troviamo i modelli di valutazione più «limitati» ossia più «permissivi»; che possono essere soddisfatti più facilmente: ne è un esempio la *business judgment rule*. In pratica, un numero sempre crescente di corti adotta – in determinate situazioni – ciò che io definirei un criterio di valutazione «intermedio» tra i due sopracitati".

⁷⁷ Sul tema si veda R. BALOTTI – J. HANKS, *Rejudging the Business Judgment rule*, in 48, *Business Lawyer*, 1993, p. 1337, in cui si legge che la *business judgment rule* "is a presumption that in making a business decision the director of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in honest belief that the action taken was in the best interest of the company. Absent an abuse of discretion, the judgment will be respected by the Courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption".

⁷⁸ Cfr. *Kaplan v. Centex Corp.*, 284 (A.2d 119) in cui emerge che "application of the (business judgment) rule of necessity depends upon a showing that informed directors did, in fact, make a business judgment authorizing the transaction under review (...) (it must be shown) that director judgment was bought to bear with specificity on the transactions".

⁷⁹ Secondo B. MANNING, *Reflections and Practical tips on Life in the Boardroom after Van Gorkom*, in 41, *Business Lawyer*, 1985, p. 1 ss., affinché l'amministratore sia condannato occorre provare il mancato rispetto del dovere di diligenza nel processo di assunzione delle

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

queste tre condizioni⁸⁰ siano state rispettate il giudice valuterà il merito della questione non in base al criterio della ragionevolezza, ma in base ad un modello di valutazione eccezionale⁸¹. Pertanto, secondo la regola del giudizio imprenditoriale la responsabilità sussisterà solo nel caso in cui la decisione sia stata irrazionale⁸². Perciò, risulta chiaro che la *business judgment rule* si applica solo alle *business decision*⁸³ e che costituisce non solo una deviazione, ma anche e soprattutto una limitazione dello *standard of care* normalmente utilizzato⁸⁴.

La dottrina⁸⁵ ha, poi, comparato la *business judgment rule* ad un altro modello di imputazione della responsabilità appartenente alla *law of negligence*. Il modello di valutazione a cui si allude è quello utilizzato di fronte alle ipotesi di negligenza dei professionisti⁸⁶. In tali casi il professionista non è responsabile se il danno sia derivato da errori di giudizio in cui è incorso onestamente. Sulla base di tali considerazioni si può sostenere che la *business judgment rule* rappresenti una speciale applicazione della *honest error of judgment rule* caratterizzata, però, dalla *malpractice* degli amministratori⁸⁷. Dunque, sorge spontaneo domandarsi quali differenze vi siano tra queste due regole. Innanzitutto, occorre sottolineare che la *ratio* della *honest error of judgment rule* è quella di tutelare i professionisti che abbiano assunto decisioni difficili,

informazioni. Pertanto, l'amministratore sarà condannato qualora non si sia informato in modo ragionevole.

⁸⁰ F. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 488, nell'analizzare le condizioni necessarie all'applicazione della *business judgment rule* fa riferimento anche al requisito della buona fede. Infatti l'A., p. 497, nota 76, afferma che "*the decision must have been made in good faith*".

⁸¹ F. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 488 ss., precisa che "*nell'ambito di tutto quanto non costituisca un business judgment non può applicarsi la business judgment rule e il comportamento degli amministratori viene giudicato sulla base del più severo standard della prudent person due care. (...) Un amministratore può invece assumere una decisione che non sarebbe stata presa da un ordinarily prudent person e sfuggire ciononostante da ogni responsabilità se ha rispettato le condizioni imposte dalla business judgment rule*".

⁸² Si vuole sottolineare come l'irragionevolezza rappresenti un criterio di imputazione della responsabilità molto più severo rispetto all'irrazionalità. Inoltre, nei *Principles of Corporate Governance, Comment to Section 4.01(c).3*, si ritiene sufficiente che chi assume la decisione "*rationally believes that the business judgment is in the best interest of the corporation*".

⁸³ Occorre precisare, come si legge nei *Principles of Corporate Governance (Comment to Section 4.01(c), p. 174 ss.)*, che "*it is important to recognize that a business decision may involve a judgment either to act or to abstain from action*".

⁸⁴ In questi termini F. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 488.

⁸⁵ Si veda M.A. EISENBERG, *op. ult. cit.*, p. 622.

⁸⁶ In questi casi la dottrina parla di *malpractice* e la regola a cui si fa riferimento è quella della *honest error of judgment rule*.

⁸⁷ Così M.A. EISENBERG, *op. ult. cit.*, p. 622.

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

particolarmente complesse, in virtù di scarse informazioni e che comportino notevoli rischi⁸⁸. La regola consente di affermare che una decisione può essere corretta anche quando abbia prodotto risultati cattivi. Nella *honest error of judgment rule* il professionista dovrà dimostrare la propria diligenza nella decisione, eventuali risultati negativi non saranno sufficienti a comportarne la responsabilità. Invece, nella *business judgment rule* l'amministratore non sarà responsabile neanche di fronte ad una scelta irragionevole, ma solo qualora si riveli del tutto irrazionale⁸⁹.

Alla luce del quadro appena delineato ci si può chiedere quali siano le ragioni che giustificano questa differenza di trattamento. La risposta è complessa e riguarda sia ragioni di natura politica che di giustizia sostanziale. In primo luogo, se si applicasse il modello ordinario di valutazione della responsabilità amministratori e dirigenti correrebbero il rischio di inique imputazioni di responsabilità. In altre parole, vi sarebbe il fondato timore che il giudice potesse confondere decisioni non corrette e risultati negativi⁹⁰. Inoltre, a differenza di altri professionisti, gli amministratori non dispongono di protocolli di comportamento universalmente riconosciuti e da poter invocare per giustificare le scelte compiute e dimostrarne la ragionevolezza⁹¹. Ancora, proteggere gli

⁸⁸ Ad esempio, il caso del chirurgo che durante un'operazione si trovi a dover fronteggiare una complicazione che porti a dover scegliere tra due differenti tipi di intervento, entrambi caratterizzati un rischio diverso ed equiparabile. Il chirurgo dovrà dimostrare che la sua scelta rientra nel novero di quelle ritenute corrette dalla comunità scientifica.

⁸⁹ Così M.A. EISENBERG, *op. ult. cit.*, p. 623, precisa che “*la business judgment rule è un modello di valutazione giuridica, non morale, il che comporta che un amministratore che abbia compiuto una decisione «irragionevole» possa aver tenuto un comportamento moralmente riprovevole; in questo caso, grazie alla business judgment rule, l'amministratore viene protetto dalla responsabilità giuridica*”.

⁹⁰ In dottrina, D. BLOCK, *Business Judgment Rule: Fiduciary Duties of Corporate Directors*, 1989, p. 6 ss., ritiene fondamentale evitare che le corti si trasformino in un consiglio di amministrazione di ultima istanza.

⁹¹ Si fa riferimento a modelli di comportamento accettati dalla collettività di cui dispongono, ad esempio, medici e ingegneri. Interessanti le considerazioni di J. HANKS, *Evaluating recent state Legislation on Director and Officer Liability Limitation and Indemnification*, in 43, *Business Lawyer*, 1988, p. 1232, per cui “*Often a better result may appear, especially with hindsight, to have been attainable, but the conclusion does not necessarily mean a director decision's was wrong when made. Even if it were wrong by some measure, that fact does not mean that a director should be liable for money damages. Directors are not purveyors of a good or a service in a commercial sense; acting for owners, they make decisions that the owners would otherwise have to make. Unless they engage in conduct in which no reasonable owner would be likely to engage, directors should not expect to be monetarily liable. No owners is likely to steal from itself – a meaningless act – or intentionally inflict harm on his business – an*

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

amministratori da iniqui addebiti di responsabilità consente di tutelare indirettamente l'interesse dei soci⁹². Sarebbe poco produttivo, in sostanza, assoggettare a responsabilità gli amministratori a seconda dell'opportunità od inopportunità delle scelte compiute⁹³. Infatti, questi ultimi sarebbero incentivati ad evitare rischi con possibili conseguenze negative sull'andamento della gestione⁹⁴. In sintesi, si ricerca un costante equilibrio per non scoraggiare le scelte intraprendenti degli amministratori, ma, allo stesso tempo, li si incentiva al rispetto dei propri doveri⁹⁵. Infine, in dottrina c'è chi valuta la *business judgment rule* dal punto di vista dell'efficienza, considerandola un importante strumento teso a proteggere l'autorità e la reputazione del consiglio di amministrazione⁹⁶.

In ultimo, bisogna brevemente ritornare su una questione di grande importanza, ossia il modello di imputazione della responsabilità applicabile ad amministratori e dirigenti. Si è già fatto riferimento al criterio utilizzato dai giudici e consistente nell'accertamento dell'oggettiva irrazionalità della decisione⁹⁷. In conclusione ed in

irrational act. Except for such egregious situations, it is difficult to justify imposing monetary liability on a directors for the result of his decision".

⁹² L'applicazione di un criterio di valutazione più permissivo assolve allo scopo di aumentare le possibilità di profitto della società e, nondimeno, il valore delle azioni.

⁹³ Sul punto è molto chiaro F. GHEZZI, *op. ult. cit.*, p. 499 ss., per il quale è “socialmente desiderabile incoraggiare i «decisionmakers» a prendere decisioni coraggiose. Non vi è, tuttavia, alcuna ragione per disporre una speciale protezione quando non vi sia stato alcun processo decisionale (...) Si ritiene infatti preferibile incentivare Directors e Officers a scelta audaci, incoraggiandoli però a fare il proprio dovere nell'iter di formazione delle decisioni. Così, ad esempio, nella nota sentenza Van Gorkom, il fatto di non avere raccolto e soppesato un sufficiente volume di informazioni e di aver agito con una fretta non dovuta ha comportato che gli amministratori fossero ritenuti responsabili per i danni arrecati al patrimonio sociale”.

⁹⁴ In sostanza, si vuole evitare una gestione eccessivamente prudente e, quindi, inefficiente. Cfr. M.A. EISENBERG, *op. ult. cit.*, p. 624.

⁹⁵ Come più volte ripetuto, occorre ricercare un equilibrio ottimale per non mortificare la propensione al rischio del *management*. La società gestita da *manager risk adverse* sarebbe destinata ad una gestione non intraprendente e, quindi, a risultati poco brillanti.

⁹⁶ Secondo M. DOOLEY, *Two models of Corporate Governance*, in 47, *Business Lawyer*, p. 470, che a sua volta richiama K. ARROW, *The limits of organization*, 1974, p. 78, “if the board is never made accountable for its decision, it is liable to exercise its power irresponsibly vis-à-vis the shareholders. On the other hand, the power to hold a party accountable is the power to interfere and, ultimately, the power to decide. Thus, affording shareholders the right to demand frequent judicial review of board decision has the effect of transferring decision-making authority from the board to shareholders. As Arrow has observed, if every decision of A is to be reviewed by B, then all we have really is a shift in the locus of authority from A to B and hence no solution to the original problem”.

⁹⁷ Si deve trattare, in concreto, di una decisione priva di alcun fondamento, sostanzialmente incomprensibile. Il caso *Selheimer v. Manganese Corp. Of America* (224 A.2d 634) rappresenta

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

estrema sintesi, occorre dire che il criterio dell'«irrazionalità», pur essendo permissivo, ha l'indubbio vantaggio di essere oggettivo permettendo di valutare in modo chiaro il comportamento dei soggetti coinvolti⁹⁸.

4. Il sindacato del giudice e business judgment rule: ambito di applicazione e limiti

Dopo aver analizzato i tratti essenziali del dovere di diligenza occorre, a questo punto, esaminare le difficoltà che può incontrare il giudice durante il percorso decisionale.

Per avviare la riflessione si possono prendere le mosse dalla considerazione che l'obiettivo fondamentale degli amministratori è il perseguimento dell'interesse sociale⁹⁹. Tale obiettivo si basa su due presupposti: aver agito con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze ed aver compiuto decisioni e operazioni volte, appunto, alla massimizzazione dell'interesse sociale. Tuttavia, la valutazione dell'operato degli amministratori risulta tutt'altro che agevole. In primo luogo, perché il contesto in cui sono chiamati ad operare è caratterizzato da grande incertezza che non sempre consente di inquadrare “*la gestione sociale in un modello di condotta standard predefinito (la diligenza)*”¹⁰⁰. In secondo luogo, perché non sempre è possibile ricondurre gli atti di gestione a modelli di comportamento tipizzati e, pertanto, non è possibile individuare un preciso criterio di valutazione a cui far riferimento nel corso del giudizio di responsabilità¹⁰¹. Dunque, le difficoltà che emergono nel valutare le scelte gestorie durante il giudizio di responsabilità dipendono non solo dalle

un chiaro esempio di quanto sostenuto. Infatti, la Corte condanna gli amministratori della società che avevano destinato tutte le risorse disponibili alla costruzione di un singolo impianto, pur essendo consapevoli che esso non avrebbe potuto operare in modo produttivo.

⁹⁸ E' per questo motivo che è stato preferito ad altri modelli si pensi, in particolare, al criterio soggettivo della buona fede. Al riguardo M.A. EISENBERG, *op. ult. cit.*, p. 625, sostiene che il “*motivo per cui viene applicato il criterio dell'«irrazionalità» piuttosto che quello della buona fede, è in gran parte dovuto al fatto che è opinione corrente che l'applicazione di quest'ultimo criterio porterebbe troppo lontani dal principio che chiunque svolge una funzione deve farlo con diligenza, e quindi sollevarebbe l'amministratore o il funzionario dalla responsabilità delle proprie decisioni*”.

⁹⁹ Sul tema si veda P. MONTALENTI, *Interesse sociale e amministratori*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, Milano, 2010, p. 81 ss.; P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1965; ID., *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in *Giur. comm.*, 2000, I, p. 795 ss.

¹⁰⁰ Testualmente A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori*, cit., p. 45.

¹⁰¹ Si veda R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo*, cit., p. 297.

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

numerose variabili presenti, ma anche dal livello di informazione posseduto dagli amministratori¹⁰² e dal grado di propensione al rischio della società¹⁰³.

Quanto detto rappresenta la logica premessa di quello che autorevole dottrina definisce “*disagio*” del giudice¹⁰⁴, disagio che deriva dall’incertezza che accompagna il giudizio di responsabilità sulle scelte gestionali degli amministratori. Infatti, le difficoltà nell’individuare la condotta dovuta e il rischio di responsabilizzare eccessivamente gli amministratori possono condurre, da un lato, ad una gestione oltremodo prudente e, tendenzialmente, inefficiente¹⁰⁵ con il risultato di scoraggiare gli amministratori dall’assumere o mantenere il proprio incarico; dall’altro, a sostituire le decisioni degli amministratori con le valutazioni discrezionali del giudice. Dunque, data la necessità di pervenire ad una soluzione che tenga conto del necessario equilibrio tra responsabilità ed autorità degli amministratori sia in dottrina¹⁰⁶ che in giurisprudenza¹⁰⁷ si è

¹⁰² Le informazioni possedute dagli amministratori sono spesso incomplete rendendo, così, la valutazione imprecisa. Sul tema B. MANNING, *The business judgment rule and the director’s duty of attention: time for reality*, 39 *Bus. law.*, 1988, 1207.

¹⁰³ Questo elemento risulta, sicuramente, fondamentale in quanto nell’adempimento delle obbligazioni contrattuali bisogna considerare l’interesse del creditore (*ex art. 1174 c.c.*). Si vedano R. KRAAKMAN, *Corporate liability strategies and the costs of legal controls*, 93 *Yale l. j.*, 1984, 857; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, p. 141 ss.; ID., *L’Abuso della regola di maggioranza nelle deliberazioni assembleari delle società per azioni*, Milano, 1992, p. 25; A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 51, nota 108, che precisa che “*la società esercita un’attività di impresa che presenta un ineliminabile fattore di rischio (c.d. rischio di impresa). Ogni soggetto fortemente avverso al rischio non effettuerebbe (razionalmente) un investimento in capitale di rischio, ma piuttosto in capitale di debito, in considerazione delle maggiori garanzie che assistono quest’ultimo tipo di investimento*”; ed infine G. M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005, p. 286 ss., che, invece, fa riferimento all’interesse dell’amministratore.

¹⁰⁴ Così R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo*, cit., p. 378.

¹⁰⁵ Cfr. A. GALASSO, *Profili di responsabilità di amministratori e sindaci. Natura della responsabilità*, in *Società*, 1988, p. 1005 ss.; P. MONTALENTI, *Corporate Governance: la tutela delle minoranze nella riforma delle società quotate*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 329 ss.; F. DENOZZA, *Nome efficienti. L’analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, p. 93.

¹⁰⁶ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 47 ss.; M. DELLACASA, *Dalla diligenza*, cit., p. 209 ss.; R. RORDORF, *La irregolare amministrazione della società*, in *Società*, 1990, p. 1200 ss.; M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., p. 48 ss.; C. ANGELICI, *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007, p. 279 ss.

¹⁰⁷ Trib. Milano, 7 febbraio 2003, in *Società*, 2003, p.1385; Trib. Milano, 29 maggio 2003, in *Foro pad.*, 2003, I, 653; Trib. Napoli, 28 aprile 2004, in *Fallimento*, 2005, p. 681; Trib. Milano, 17 giugno 2004, in *Corr. Merito*, 2005, p. 23; Trib. Milano, 2 maggio 2007, *ivi*, 2007, p. 1116.

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA BUSINESS JUDGMENT RULE

consolidato un preciso orientamento. In base ad esso il giudice non potrà valutare le scelte gestorie attraverso criteri di opportunità e convenienza poiché, altrimenti, andrebbe a “sostituire, ex post, il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall’organo amministrativo a ciò legittimato”¹⁰⁸. Nel corso del giudizio di responsabilità, pertanto, non potrà essere valutata la decisione degli amministratori di compiere o non compiere una determinata operazione¹⁰⁹, ma il giudice dovrà concentrarsi sul c.d. *decision making process*¹¹⁰. Alla luce di quanto detto emerge che solo l’eventuale omissione di “quelle cautele, verifiche e informazioni preventive richieste dalla diligenza professionale”¹¹¹ potrà determinare la responsabilità contrattuale degli amministratori verso la società.

Si ritiene utile volgere, brevemente, l’attenzione sulla fase informativa che costituisce un punto estremamente delicato della questione¹¹². Infatti, si sottolinea la mancanza di una regola che possa definire il livello di informazione che si ritiene adeguato. Inoltre, l’individuazione del livello ottimale di informazione, fase fondamentale del *decision making process*, potrebbe condurre il giudice a valutazioni di

¹⁰⁸ Testualmente A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 59.

¹⁰⁹ Altrimenti la valutazione del giudice ricadrebbe sulla fase decisoria, ossia sul merito.

¹¹⁰ C. HANSEN, *The ALI Corporate Governance Project. I: of the Duty of Due Care and the Business Judgment Rule*, cit., p. 1237 ss.; si veda anche M. IRRERA, *L’obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, cit., p. 564; L. NAZZICONE, *Commento sub Art. 2392 c.c.*, cit., p. 184.

¹¹¹ Così F. BONELLI, *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, in AA.VV., a cura di S. Ambrosini, Milano, 2007, p. XIV (*Prefazione*).

¹¹² Le difficoltà derivano dal fatto che il procedimento informativo necessita di due risorse limitate: il tempo ed il denaro. Secondo A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 64 ss., “considerando i costi di informazione quali costi (di produzione o comunque) di prevenzione, potrebbe ritenersi che, secondo la diligenza richiesta dal caso concreto, l’investimento in tempo e in denaro da parte dei gestori sia conseguito (e dovuto) finché i costi complessivi di informazione non eguagliano il vantaggio atteso dall’operazione (oltre questo valore, infatti, l’operazione sarebbe certamente pregiudizievole per la società). E’ tuttavia evidente che quello ora tracciato non è un limite ottimale. (...) Ne consegue che non è possibile procedere ad un’efficiente allocazione dei costi di informazione soltanto in base alla regola per cui questi sono consentiti finché il valore atteso dell’operazione sia superiore. La riduzione del margine di errore nella valutazione delle variabili di riferimento, conseguente all’incremento delle informazioni a disposizione, può comportare una variazione del valore atteso dell’operazione non solo in positivo, ma anche in negativo. L’assunzione di ulteriori informazioni potrebbe, cioè, rendere la stessa operazione inefficiente, nel caso in cui il quantum di informazione aggiuntiva riveli un valore atteso inferiore a quello precedentemente disponibile, eventualmente compensato o superato dai costi complessivamente sostenuti”.

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

opportunità¹¹³, rendendo ancora più incerta la distinzione tra sindacato di merito e sindacato di legittimità individuata dalla giurisprudenza¹¹⁴. Pertanto, date le difficoltà che caratterizzano il giudizio sulla fase procedurale e, in particolare, sull'aspetto informativo,¹¹⁵ si rinnova la ricerca di un delicato equilibrio tra responsabilità e discrezionalità. Al riguardo, si segnala una sostanziale differenza tra il nostro ordinamento e quello statunitense. Nel primo caso, la verifica sul procedimento informativo viene effettuata in relazione al criterio dell'ordinaria diligenza del buon amministratore. Nell'ordinamento statunitense, invece, si ricorre ad un parametro di valutazione meno severo. In concreto, l'amministratore non dovrà essere in possesso di tutte le informazioni che riguardano una certa operazione, ma "*solo quelle rilevanti e ragionevolmente disponibili*"¹¹⁶. In estrema sintesi, il criterio adottato dalla giurisprudenza nord-americana è quello della grave negligenza¹¹⁷, ne consegue che l'ampio scudo rappresentato dalla *business judgment rule* offre riparo anche agli amministratori che si siano rivelati lievemente negligenti durante il processo di acquisizione delle informazioni rilevanti.

A questo punto, occorre considerare il processo decisionale seguito dal giudice che, come già sostenuto, è caratterizzato dalla ricerca di un delicato equilibrio tra responsabilità ed autorità¹¹⁸. Infatti, come si sottolinea in dottrina, un controllo penetrante da parte del giudice condurrebbe ad una gestione eccessivamente prudente comportando, inoltre, il rischio di 'falsi positivi'¹¹⁹. Allo stesso modo, un'applicazione troppo ampia del giudizio imprenditoriale porterebbe alla deresponsabilizzazione degli amministratori e, quindi, al rischio di 'falsi negativi'. Dunque, il giudice chiamato a decidere nel merito il giudizio di responsabilità non farà ricorso all'ordinaria diligenza o

¹¹³ Valutazioni, in sostanza, di merito. Cfr. M. DELLACASA, *Dalla diligenza*, cit., p. 927; V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, I, 2006, p. 5 ss.

¹¹⁴ Si veda Cassazione, 28 aprile 1997, n. 3652, in *Giur.it*, 1998, p. 287 ss., in cui si sottolinea come non sempre "*risulta agevole distinguere in concreto tra valutazioni di mera opportunità (non censurabili) e la deduzione della violazione dell'obbligo di agire con diligenza*".

¹¹⁵ Si può distinguere tra fase procedurale e fase sostanziale. Alla prima fase può, sicuramente, essere ricondotto il momento informativo che è sottoposto al controllo di legittimità.

¹¹⁶ Testualmente A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 69.

¹¹⁷ Si vedano, *ex multis*, *Aronson v. Lewis* (A.2d 805); *Smith v. Van Gorkom* (N488 A.2d 858).

¹¹⁸ Cfr. F. DENOZZA, *Norme efficienti*, cit., p. 93; R. COSTI, *Il governo delle società quotate: tra ordinamento dei mercati e diritto delle società*, in *Dir. comm. Int.*, 1998, 12 (1), p. 66 ss.

¹¹⁹ I falsi positivi si hanno quando decisioni in termini teorici corrette (*ex ante*) da cui siano derivate conseguenze dannose per la società siano considerate fonte di responsabilità per gli amministratori.

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA BUSINESS JUDGMENT RULE

alla ragionevolezza, ma ad un criterio di valutazione più limitato, ossia l'irrazionalità¹²⁰. In questo modo, entra nel merito delle decisioni degli amministratori ed accerta che abbiano agito in buona fede, in assenza di conflitto di interessi ed assumendo un livello di informazioni adeguato¹²¹. Pertanto, la responsabilità sarà ascritta in capo all'organo amministrativo solo qualora le scelte gestorie si siano rivelate del tutto irrazionali¹²². Occorre, tuttavia, sottolineare come la giurisprudenza italiana¹²³ tenda, talora, a confondere e sovrapporre ragionevolezza e razionalità¹²⁴. Un errore sicuramente grave se si pensa che la razionalità conduce ad un criterio di valutazione della responsabilità meno rigoroso rispetto alla ragionevolezza¹²⁵.

¹²⁰ Se si adottasse il criterio di ragionevolezza il sindacato del giudice sarebbe più penetrante. Così G. GALASSO, «Mala gestio» degli amministratori, in *Le Società*, 1989, p. 1192.; M. DELLACASA, *Obblighi e responsabilità del collegio sindacale nell'ipotesi di inadeguatezza dei rimedi endosocietari*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, I, p. 927; A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, p. 246 ss.

¹²¹ Così F. BONELLI, *La responsabilità di amministratori*, cit., p. XIV (Prefazione); F. GHEZZI, *I «doveri fiduciari» degli amministratori*, cit., p. 488.

¹²² Si precisa che la valutazione circa la razionalità/irrazionalità dell'operazione compiuta comporta certamente una valutazione della stessa nel merito. Si segnala, inoltre, che l'onus probandi grava sulla società che dovrà dimostrare la negligenza degli amministratori, ossia dovrà fornire la prova dell'inadempimento. Sulla responsabilità contrattuale e sulla ripartizione dell'onere della prova si vedano S. PATTI, *Delle prove (Artt. 2697-2698)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1987, p. 117 ss.; V. MARICORDA, *Risoluzione per inadempimento ed onere della prova*, in *Corr. giur.*, 1993, p. 569 ss.; U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *Contratti*, 2002, p. 118 ss.; V. CALANDRA BUONAURA – A.L. BONATI, *Società per azioni. Amministrazione e rappresentanza*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 5 ss.; R. WEIGMAN, voce «Società per azioni», in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, XIV, Torino, 1997, p. 392 ss.

¹²³ Cfr. Trib. Padova, 9 febbraio 2002, in *Giur. merito*, 2002, p. 989; Cass., 4 aprile 1998, n. 3483, in *Giur.it*, 1999, p. 324; App. Roma, 14 marzo 2000, in *Le Società*, 2000, p. 969; Trib. Milano, 26 giugno 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 122.

¹²⁴ Per una chiara distinzione dei due concetti si veda S. TRIANO, *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005, p. 33 ss. Interessante la considerazione di A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 74, nota 171, il quale sostiene che «il differente atteggiamento talora assunto dalla giurisprudenza italiana rispetto a quello statunitense, costantemente incentrata su uno standard di razionalità/irrazionalità, può essere riconducibile alla mancanza nel nostro ordinamento della legittimazione all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità da parte del singolo socio (derivative action), fonte nell'ordinamento nord-americano di un rischio maggiore di strike-actions (azioni di mero disturbo) che il parametro della razionalità dovrebbe tendere a contenere».

¹²⁵ L'operazione irragionevole è quella caratterizzata da colpa grave. Discorso diverso per l'operazione irrazionale in cui la negligenza degli amministratori è talmente grave da evocare la

STUDI E OPINIONI

IL DOVERE DI DILEGENZA E LA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

In conclusione, si sottolinea che a seguito di un'analisi empirica e parziale non sembrano esserci pronunce delle corti italiane che vadano nella direzione di una completa differenziazione della responsabilità per violazione del dovere di diligenza rispetto alla violazione del dovere di vigilanza ed inoltre, con riferimento al dovere di diligenza, l'applicazione della *business judgment rule* sembra meno rigorosa rispetto all'ordinamento statunitense¹²⁶. Infine, si vuole segnalare che, secondo parte della dottrina¹²⁷, anche qualora la soluzione individuata dalla giurisprudenza andasse in tale direzione non rappresenterebbe di per sé una soluzione definitiva ed ottimale. Tali autori, infatti, sostengono la possibilità di rimettere la scelta circa i criteri di responsabilità da adottare direttamente in capo ai soci a seconda della loro propensione od avversione al rischio¹²⁸.

mala fede. Sul punto si vedano le pronunce statunitensi *Litwin v. Allen* (25 N.Y.S.2d 667); *Muschel v. W. Union Corp.*, (310 A.2d 904); *Aronoff v. Albanese* (446 N.Y.S.2d 368).

¹²⁶ Sembra giungere a conclusioni opposte A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 76 ss., che afferma che “la divergenza che si ricava dall'analisi giurisprudenziale tra lo standard di condotta (diligenza), cui gli amministratori devono ispirarsi nell'adempimento delle loro obbligazioni, e lo standard di controllo, seguito dal giudice nell'attribuzione della responsabilità, si traduce, di fatto, in una limitazione della responsabilità degli amministratori fino (e forse oltre) la colpa grave, che collide con la natura inderogabile della responsabilità invocata sul piano rigorosamente formale”. Si vedano anche F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, cit., p. 73 ss.; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo*, cit., p. 377, che segnalano come gli amministratori siano stati tendenzialmente condannati, lontano dal contesto concorsuale, nei casi di conflitto di interessi o di grave negligenza.

¹²⁷ Si veda A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 80 ss.; cfr. F. DENOZZA, *Nome efficienti*, cit., p. 95.

¹²⁸ Cfr. A. TINA, *op. ult. cit.*, p. 83, che sottolinea come tale soluzione possa far emergere l'interesse sociale.

TRUST: ISTITUITO DA IMPRESE IN FASE LIQUIDATORIA

A seguito dello studio n.161-2011/I effettuato dal Consiglio nazionale del notariato, forniamo alcuni chiarimenti in merito all'utilizzo del trust quale istituto giuridico utilizzabile da quelle società che versano in uno stato di crisi aziendale.

di **ANDREA SERGIACOMO** e **GIORDANO VIGLIETTI**

1. Premessa

A seguito dello studio n.161-2011/I effettuato dal Consiglio nazionale del notariato, forniamo alcuni chiarimenti in merito all'utilizzo del trust quale istituto giuridico utilizzabile da quelle società che versano in uno stato di crisi aziendale. Il trust (il cui significato letterale vuol dire "affidamento") è un istituto del sistema giuridico anglosassone di common law, che serve a regolare una molteplicità di rapporti giuridici di natura patrimoniale (isolamento e protezione di patrimoni, gestioni patrimoniali controllate ed in materia di successioni, pensionistica, diritto societario e fiscale).

Nel nostro paese tale istituto giuridico entra in vigore nel 1992¹, data a partire dalla quale si sono susseguiti molteplici studi aventi per oggetto la compatibilità di questo istituto con il nostro ordinamento giuridico. In seguito a questi studi sull'istituto del trust, si è consolidata la tesi che ritiene ammissibile, nell'ordinamento italiano, il cosiddetto trust "interno"² che è caratterizzato dalla presenza di elementi significativi rinvenibili all'interno del nostro ordinamento giuridico e da alcuni elementi di internazionalità quali: la legge regolatrice del trust, il luogo dal quale il trust viene amministrato e la residenza abituale del trustee³. Nella nostra disamina evidenzieremo il

¹ L'istituto ha trovato legittimazione all'ingresso nell'ordinamento giuridico italiano a seguito dell'adesione dell'Italia alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, la cui applicabilità e riconoscimento è avvenuta con l. 16 ottobre 1989, n. 364 resa esecutiva ed in vigore dal 1° gennaio 1992.

² Sono numerose le sentenze dei tribunali italiani di vario grado che riconoscono gli effetti del trust interno.

³ In Italia sono riconosciuti tutti i trust cui sia applicabile il diritto di uno Stato che li prevede (art. 1 e11 Convenzione Aja). Caratteristica rilevante di tale istituto è che i beni oggetto del trust rimangono separati sia dal patrimonio del costituente sia da quello del trustee, con la conseguenza che qualsiasi vicenda personale o patrimoniale coinvolga questi soggetti non intacca i beni del trust (art. 2 Convenzione).

STUDI E OPINIONI

TRUST

rapporto esistente tra l'istituzione del trust interno e le imprese in stato di crisi che si trovano nella fase antecedente alla richiesta di ammissione ad una procedura concorsuale o al ricorso ad un qualsiasi strumento offerto dalla legge fallimentare. La disciplina del trust applicata alla crisi d'impresa deve essere rigorosamente studiata in rapporto con l'ordinamento interno evitando di derogare ad alcuni principi normativi inderogabili.

2. L'istituto del Trust

Tra le varie distinzioni che è possibile operare in materia di trusts una particolare rilevanza riveste **la differenza tra trust interno e trust esterno**. Con la prima locuzione si allude a quel trust che deduce beni (la sede, la residenza dei beneficiari e l'amministrazione) localizzati in un Paese diverso (nella fattispecie in Italia) da quello il cui ordinamento è stato scelto ai fini della disciplina. Il trust è esterno ogniqualvolta si verifica una coincidenza tra l'ordinamento la cui legge viene scelta per disciplinare il fenomeno ed il Paese al quale sono strettamente connessi gli altri elementi importanti (cioè la sede, l'amministrazione, etc.). Giova ricordare che in alcune situazioni specifiche si parla di **trust autodichiarato**, che è caratterizzato dalla presenza di un soggetto che assume contemporaneamente la funzione di disponente e trustee. Questa ipotesi di trust è appositamente disciplinata da alcune leggi straniere e, nei limiti in cui ne risulta legittima l'applicazione nel nostro Paese, la si deve reputare parimenti consentita dalla nostra costituzione.

Le caratteristiche del trust istituito dalle imprese in crisi sono le seguenti:

- la società che li istituisce è in crisi;
- possono essere trust auto dichiarati, in cui la figura del disponente è ricoperta dall'impresa, sia trust con trasferimento dei beni ad un trustee;
- la società si trova già in stato di liquidazione ovvero delibera il proprio scioglimento e messa in liquidazione immediatamente dopo l'istituzione del trust;
- il trust è strutturato come un trust di scopo;
- nel caso di trust con beneficiari essi vengono individuati nei creditori dell'impresa;
- è prevista la figura del guardiano;

“(...) Un autorevole dottrina spiega che l'effetto segregativo si verifica perché i beni conferiti in trust non entrano nel patrimonio del trustee se non per la realizzazione dello scopo indicato dal settlor e col fine specifico di restare separati dai suoi averi (pena la mancanza di causa del trasferimento). Pertanto, non può parlarsi di acquisizione al patrimonio del trustee di detti beni (nemmeno come beni futuri): si tratta, insomma, di una proprietà qualificata o finalizzata”
Tribunale di Bologna 1.10.2003.

STUDI E OPINIONI

TRUST

- la durata del trust nel caso di trust di scopo è vincolata al raggiungimento dello stesso, o determinata dalla dichiarazione concorde del guardiano e del trustee nella quale si afferma che lo scopo del trust non è realizzabile, negli altri trust è stabilita da un termine fisso.

Alla luce di quanto su esposto bisogna verificare come le caratteristiche evidenziate nei punti precedenti possano essere conciliate ed integrate con la normativa del nostro paese evitando problematiche di sovrapposizione con le norme di carattere internazionale.

3. Problematiche legate con l'ordinamento interno

Le problematiche relative all'applicazione del trust sono da ricondursi alla compatibilità dello stesso con le regole ed i principi propri del nostro ordinamento. Si sottolinea come con la riforma del diritto societario è stata istituita la possibilità per le S.P.A. di creare i cosiddetti patrimoni destinati, disciplinati dagli articoli 2447-bis e seguenti del c.c., come unica forma di separazione patrimoniale. Pertanto, le norme in materia di patrimoni destinati costituirebbero norme imperative e impeditive alla stipulazione del trust. Da un punto di vista giurisprudenziale l'ordinamento imporrebbe la forma della società di capitali quale modello di separazione patrimoniale, dalla quale deriva la separazione della responsabilità tra socio e società, ma solo laddove si intenda svolgere attività d'impresa. Alla luce di quanto affermato, qualora la società decida di non svolgere più attività d'impresa, l'istituzione del trust sarebbe lecita, in quanto lo stesso non è finalizzato allo svolgimento di attività d'impresa, ma ad un'attività meramente liquidatoria. Tuttavia, emergerebbero delle sovrapposizioni tra le norme che caratterizzano il trust e le norme proprie della liquidazione. In sostanza, occorre porsi la seguente domanda: "Si può costituire un trust avente la funzione liquidatoria oppure il trust è ipotizzabile quando la società è già in uno stato di liquidazione?" A riguardo la dottrina si trova in una posizione completamente opposta evidenziando che nel caso de quo, la finalità del trust si andrebbe a sovrapporre a quello della società disponente, la cui liquidazione è affidata, dalle norme codicistiche, ai liquidatori nell'espletamento del loro mandato.

Pertanto le analogie rispetto al processo di liquidazione possono essere riassunte nel modo seguente:

- Il trust consente di evitare la dispersione dei beni, obbligo esistente anche nella liquidazione, ed è posto a carico del liquidatore;
- L'alienazione dei beni è tipica di entrambi gli strumenti, cambia solo il soggetto deputato ad effettuarla, il trustee nel trust ed il liquidatore nella liquidazione.

Osservando come nella liquidazione si ottengono i medesimi risultati ottenibili con il trust, è ovvio che si tenda a riconoscere un maggior utilizzo della liquidazione

STUDI E OPINIONI

TRUST

piuttosto che del trust, anche se il Tribunale di Milano⁴ ha affermato che il trust potrebbe essere più utile della liquidazione nella misura in cui esso serve a proteggere il patrimonio da iniziative cautelari ed esecutive dei singoli creditori in vista di trattative di salvataggio dell'impresa. Lo stesso Tribunale aggiunge che poiché oggetto del trust è l'intera azienda, l'effetto protettivo non si produce in quanto se è vero quanto stabilito dall'art 2560 comma 2 del c.c., il cessionario - il trustee - risponderà dei debiti risultanti dalle scritture contabili obbligatorie. Alla luce di quanto esposto, il Tribunale conclude stabilendo che il trust non produce alcuna agevolazione rispetto alla liquidazione ordinaria. Se le considerazioni su esposte sono ricche di interpretazione appaiono ancora più delicate e complesse quelle relative ad un trust istituito da **una società che si trovi in stato di crisi**. A tal riguardo il Tribunale di Milano ha ritenuto opportuno disciplinare due diversi momenti in cui una società potrebbe istituire un trust:

- se l'**impresa disponente è già insolvente** il **trust** è da ritenersi **nullo ab origine** in quanto diretto ad eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale;
- se il **trust** è istituito in una fase **antecedente l'insolvenza** dell'impresa potrebbe essere **lecito** in quanto il **sopraggiungere** di un eventuale **fallimento** costituirebbe **causa di scioglimento del trust**.

In senso analogo si è pronunciato il tribunale di Mantova, secondo cui l'unica strada per "salvare" dalla nullità siffatto trust è inserire nell'atto istitutivo una clausola che ne limiti l'operatività in caso di insolvenza, prevedendo la restituzione dei beni in trust agli organi della procedura concorsuale.

4. La posizione dei creditori nel trust liquidatorio

Sia che i trust in oggetto si configurino come trust con beneficiari o che assumano la veste giuridica di trust di scopo, occorre chiedersi quale sia la posizione dei creditori rispetto al momento perfezionativo della fattispecie. Nel caso de quo è necessario porre attenzione su due aspetti:

- occorre il consenso di tutti i creditori affinché si perfezioni la fattispecie e si produca la separazione patrimoniale;

⁴ Trib. Milano - Sez. Dist. Legnano, 8 gennaio 2009, in *Trusts*, 2009, 634; Trib. Milano, 16 giugno 2009 in *Trusts*, 2009, 533, *Dir. fall.*, 2009, II, 498, con nota di Di Maio, *Il trust e la disciplina fallimentare; eccessi di consenso*, *Corr.giur.*, 2010, 522, con nota di Galluzzo, *Validità di un trust istituito da una società in stato di decozione*; Trib. Milano, 17 luglio 2009, in *Trusts*, 2009, 628 e *Dir. fall.*, 2009, II, 523; Trib. Milano, 30 luglio 2009, in *Trusts*, 2010, 80; Trib. Milano, 22 ottobre 2009, in *Corr. mer.*, 2010, 388; App. Milano, 29 ottobre 2009, in *Trusts*, 2011, 146; Trib. Reggio Emilia, 14 marzo 2011, in *Società*, 2011, 855; Trib. Mantova, 25 marzo/18 aprile 2011, in *Trusts*, 2011, 529; Trib. Brindisi, 28 marzo 2011, in *Trusts*, 2011, 639.

STUDI E OPINIONI

TRUST

- il trust si perfeziona erga omnes acquistando ipso iure la posizione beneficiaria salvo rifiuto.

Nella prassi i creditori rientranti nel primo caso potrebbero eccepire la costituzione del trust proponendo un'azione di accertamento dell'inefficacia dello stesso; nel secondo caso, tra l'altro ampiamente diffuso, non si sollevano perplessità ove si consideri che la dinamica di acquisto della posizione ipso iure da parte di un altro soggetto estraneo al negozio, salvo sua accettazione ovvero rinuncia, appare analoga a quella che nel nostro ordinamento si verifica nel caso del contratto a favore di terzi.⁵ Giova evidenziare che comunque il beneficiario del trust non può rimanere all'oscuro dell'operazione in quanto in ossequio alla normativa straniera il trustee è tenuto ad informare i beneficiari dell'esistenza del trust e della loro posizione.

“Quali sono gli interventi possibili percorribili dal creditore?”

In primo luogo il creditore può ottenere dei provvedimenti cautelari aventi ad oggetto i beni in trust operando tutte le azioni possibili per la rimozione dello stesso, optando per la revocatoria ordinaria oppure effettuando un'azione di accertamento del mancato perfezionamento della fattispecie. In questo contesto normativo è comunque difficile ritenere che il semplice rifiuto del creditore possa determinare l'inefficacia automatica dell'intero trust, anche se il creditore, in assenza di accertamento dell'inopponibilità del trust nei suoi confronti, può aggredire i beni in trust come se non fossero mai usciti dal patrimonio del debitore.

5. Le clausole di salvaguardia del trust

Secondo quanto stabilito dalla prassi professionale, un trust istituito da un'impresa già insolvente, per evitare di essere considerato nullo, deve contenere **clausole che limitino l'operatività in caso di insolvenza conclamata** prevedendo la restituzione dei beni in trust agli organi della procedura concorsuale.

In primis va sottolineato che in presenza di un'**impresa già insolvente**, prevedere nell'**atto costitutivo** una **clausola** atta a **limitare l'operatività**, significherebbe di fatto creare un **trust “morto”** in quanto l'insolvenza dell'impresa disponente ne precluderebbe l'operatività.

Qualora in **sede costitutiva** si ritenga di inserire la **clausola di salvaguardia l'evento in essa dedotto** determinerà la **cessazione del trust**, in pratica si verrebbe a creare un **Trust geneticamente errato in partenza**.

Invece, se si ritiene importante **inserire nell'atto istitutivo del Trust una clausola di salvaguardia, l'evento in essa dedotto** comporterà la **cessazione del trust**.

Sul piano del contenuto, a causa delle importanti conseguenze che ne discendono, tale evento dovrà essere ben individuato in sede costitutiva. Ad esempio si potrà stabilire che il trust cessi solo in seguito all'avvenuta dichiarazione di fallimento

⁵ Si verifichi in proposito quanto disposto dall'art 1411 del c.c..

STUDI E OPINIONI

TRUST

dell'impresa, ciò consentirebbe di avere un punto di riferimento oggettivo, ovvero che cessi prima, a partire dalla data in cui l'impresa decida di assoggettarsi ad una qualsiasi procedura concorsuale giudiziale salvo, anche in questo caso, definire dettagliatamente cosa si intenda con tale espressione. La cessazione del trust, che è concetto diverso dalla "risoluzione", fa sorgere, a carico del trustee, l'obbligo di trasferire i beni ai beneficiari finali. Tuttavia, nel caso in esame, il beneficiari del trust sono soggetti (i creditori) che hanno solo il diritto di pretendere che il trust attribuisca loro il ricavato della liquidazione dei beni che lo compongono ma non la restituzione dei beni stessi, anche perchè tale trasferimento non sarebbe coerente con la funzione propria disiffatti trust.

Nel caso di cessazione del trust (anticipata per effetto del verificarsi dell'evento dedotto come causa di cessazione del medesimo) si può ritenere che i beni in trust (il trust fund) debbano essere ritrasferiti all'impresa disponente.

Seppure appare difficile che il trust non contenga alcuna clausola di salvaguardia, il sopravvenuto fallimento dell'impresa disponente (immaginando che essa abbia istituito il trust quando non era insolvente ma solo in crisi) secondo la giurisprudenza, determinerebbe lo "scioglimento" del trust, in applicazione analogica delle norme della legge fallimentare che disciplinano *lo scioglimento del mandato*⁶. In merito a questa vicenda è possibile evincere che al di là delle differenze sostanziali esistenti tra trust e mandato, questa giurisprudenza non tiene conto del fatto che, a seguito dell'istituzione del trust il disponente, cioè il fallito, non svolge più alcun ruolo, essendo il trust un rapporto giuridico che lega il trustee ai beneficiari. E' pacifico, infatti, che le obbligazioni del trustee devono essere adempiute nei confronti dei beneficiari e non del disponente. Non si vede pertanto come possa il curatore fallimentare "sciogliersi" da un rapporto giuridico del quale non è più parte.

⁶ L'art 78 comma 2 l.fall prevede che "Il contratto di mandato si scioglie per fallimento del mandante". Tuttavia sul presente tema è intervenuta di recente la Cassazione la quale si è così pronunciata *Qualora l'imprenditore abbia conferito ad un terzo una procura speciale con poteri di rappresentanza sostanziale e processuale, il sopravvenuto fallimento del mandante non priva il mandatario, ai sensi dell'art.78 legge fall. - anche nella formulazione assunta dalla norma a seguito del d.lgs. n.5 del 2006, applicabile "ratione temporis" -, del potere di compiere le attività che il fallito stesso, come tale, avrebbe potuto ancora esercitare in proprio posto che lo scioglimento del contratto di mandato, per effetto del fallimento, si riferisce solo ai rapporti giuridici che sono gestiti dall'organo fallimentare nell'interesse della massa, mentre tale contratto sopravvive tra le parti originarie, per ogni altra attività giuridica attinente alla sfera personale del fallito e dunque non esclude, in capo al predetto procuratore speciale, la legittimazione alla impugnazione avverso la dichiarazione di fallimento. (massima ufficiale) Cassazione civile, sez. I 07 ottobre 2010 .*

STUDI E OPINIONI

TRUST

6. Conclusioni

Le considerazioni svolte mostrano come il trust sia un istituto giuridico di estrema complessità e raffinatezza la cui funzione ed applicazione nella prassi operativa richiede particolare preparazione normativa. Le analisi normative esposte in precedenza non sono di aiuto per comporre un quadro applicativo dell'istituto, soprattutto nella fase che precede la richiesta, da parte dell'impresa disponente, di ammissione a una qualsiasi procedura concorsuale o all'utilizzo degli strumenti messi a disposizione dalla legge fallimentare.

Tuttavia, giova evidenziare, che seppur complesso, tale strumento può essere utilizzato in presenza dei nuovi istituti previsti dalla legge fallimentare quali i **piani attestati** ex art. 67, comma 3, lettera "d", l. fall.; **accordi di ristrutturazione** ex art. 67, comma 3, lettera "e" e 182-bis, l. fall.; **concordati preventivi**⁷ ex art. 67, comma 3,

⁷ Il **piano di risanamento** e l'**accordo di ristrutturazione** sono istituti giuridici di nuova generazione, creati dal legislatore con il fine di consentire all'imprenditore in piena crisi o in difficoltà iniziali di avvalersi di rimedi alternativi a quelli offerti dalle procedure concorsuali, purchè dimostri l'esistenza di determinate condizioni previste dalla legge. L'intento del legislatore della riforma è stato quello di offrire validi strumenti giuridici per riorganizzare l'impresa in crisi ove possibile, e per individuare una soluzione liquidatoria concordata con i creditori laddove la ripresa dell'attività imprenditoriale non rappresenti un'ipotesi praticabile. Muovendo con il medesimo intento il legislatore ha riformato il **concordato preventivo**, con lo scopo di favorire l'utilizzo di questo istituto come strumento di composizione bonaria della crisi e di conservazione del patrimonio rappresentato dall'insieme dei beni e dei rapporti commerciali e giuridici facenti capo all'imprenditore. La presenza di alternative alla procedura fallimentare e alle altre procedure concorsuali liquidatorie da un lato e la negoziabilità della crisi tra imprenditore e creditori dall'altro (istituti/potenziati in seguito alla riforma) rappresentano i due criteri cardine per comprendere tali istituti e per utilizzarli correttamente.

Il piano di risanamento è stato interamente affidato alla libera determinazione delle parti, infatti, in esso il giudice è chiamato a svolgere un ruolo di garante nella fase di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, viceversa nel concordato preventivo assume un rilievo maggiore con rinnovate caratteristiche rispetto alla disciplina ante riforma. Elemento caratterizzante e comune a tutte e tre le procedure, nonchè elemento principale a ricorrervi è l'esenzione dalla revocatoria fallimentare degli atti, pagamenti e garanzie posti in essere in forza di un piano attestato, di un concordato preventivo o di un accordo omologato. Per quanto concerne il piano di risanamento previsto dall'art. 67, comma 3, lettera d) l.f., la disciplina è scarna e ridotta all'essenziale, infatti, non è un istituto tipico del diritto civile o concorsuale, non è previsto da alcuna norma, e non esistono delle definizioni puntuali. Oltre a ciò è bene ribadire che non è previsto alcun controllo o intervento da parte dell'autorità giudiziaria o uno specifico accordo tra l'imprenditore e i creditori. Non sarebbe potuto essere altrimenti perchè difficilmente si può perseguire il fine di consentire il "risanamento della esposizione debitoria dell'impresa" e "assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria" senza una

STUDI E OPINIONI

TRUST

lettera "e" e 160 ss., l. fall.. Peraltro, l'esenzione da revocatoria accordata dalla nuova legge rispetto a quanto venga posto in essere dal debitore in tale contesto, vale anche a escludere il rilievo penale di tali condotte in caso di successiva declaratoria di fallimento. Si evidenzia che in presenza di un accordo di ristrutturazione dei debiti, il trust può servire a limitare e disattivare le eventuali azioni esecutive per un tempo superiore a quello previsto dall'art. 182-bis della legge fallimentare, mentre, qualora si ricorresse al cosiddetto concordato preventivo misto, il trust può servire a separare i beni dei terzi messi a disposizione del debitore. Infatti, è tuttora argomento di disquisizione se tali beni rimangano vincolati alla procedura oppure se gli eventuali creditori dei terzi possano agire esecutivamente sui tali beni oppure addirittura esercitare avverso l'atto dispositivo dei beni medesimi l'azione revocatoria.

partecipazione attiva e consenziente dei principali interlocutori dell'impresa, ovvero lavoratori dipendenti e collaboratori, fornitori, prestatori d'opera e di servizi, istituti finanziari, tanto che nel gergo comune il piano "attestato" viene spesso indicato come "concordato stragiudiziale". Il fine assegnato dal legislatore a questo strumento è senz'altro ambizioso e impegnativo, poiché non si limita a eliminare lo stato di crisi, ma anche a stimolare la ripresa del processo economico-produttivo aziendale. Infine, è bene sottolineare che il piano attestato deve pervenire al risanamento aziendale senza poter contare sulla tutela derivante dalla moratoria dei pagamenti e dal divieto delle azioni esecutive individuali dei creditori, anche se consente l'esenzione dalla revocatoria fallimentare degli atti, dei pagamenti e delle garanzie, nonché dell'esclusione di profili di responsabilità penale nel comportamento dei creditori collaboranti con l'impresa che cerca di superare il proprio stato di crisi.

LUCRO CESSANTE, RIVERSIONE DEI PROFITTI E DANNO NON PATRIMONIALE NELLA CONCORRENZA SLEALE

Gli Autori analizzano la disciplina della concorrenza sleale con particolare riferimento al tema del risarcimento del danno.

di **ENRICO AINA** e **GIUSEPPE ANTONIO POLICARO**¹

1. Introduzione

La materia del danno risarcibile per violazioni delle regole poste a tutela delle imprese e della concorrenza è stata interessata negli ultimi anni da una notevole espansione². Da ultimo sono state introdotte le disposizioni di cui all'art. 125 del Codice di Proprietà Industriale le quali prevedono regole dettagliate in materia di danno risarcibile³. In particolare, queste disposizioni prevedono regole specifiche per il calcolo

¹ I punti 1, 2, 3 sono stati scritti da Enrico Aina, il 4 da Giuseppe Antonio Policaro.

² Vedi da ultimo il numero monografico della Rivista *Il Diritto industriale*, 2/2012, dove sono pubblicati gli atti del convegno *La contraffazione non paga. Risarcimento del danno e reversione degli utili del contraffattore tra problemi applicativi e strategie per le imprese*, a cura di Galli, Parma, 21 ottobre 2011.

³ L'art. 125 del Codice della proprietà industriale, modificato dal d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, prevede che *“Il risarcimento del dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione. La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l'autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso. In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili*

COMMENTI A SENTENZE

CONCORRENZA SLEALE E ISARCIMENTO DEL DANNO

del mancato guadagno subito dalla vittima della violazione. Da una parte esse dispongono che il risarcimento del mancato guadagno possa essere commisurato al guadagno realizzato dal convenuto mediante lo sfruttamento illegittimo della proprietà industriale altrui. Dall'altra parte, esse dispongono che la vittima della violazione possa pretendere che il mancato guadagno risarcibile sia almeno pari al compenso che essa avrebbe preteso per acconsentire allo sfruttamento della propria proprietà industriale (cd. "prezzo del consenso"). Inoltre, queste disposizioni prevedono la possibilità che la vittima della violazione pretenda che il convenuto sia condannato a consegnarle quanto realizzato mediante lo sfruttamento senza causa della proprietà altrui indipendentemente dalla prova di un danno (cd. "riversione dei profitti"). Infine, queste disposizioni prevedono anche che la vittima della violazione, in presenza di certi presupposti, possa pretendere anche la riparazione del danno non patrimoniale⁴.

Questo insieme di norme, che è frutto dell'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva 2004/48/CE⁵, introduce una disciplina dettagliata del danno risarcibile nel

realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento".

⁴ Sul risarcimento del danno in caso di concorrenza sleale oltre che per violazione delle privative industriale vedi oltre ai contributi pubblicati nell'opera di cui alla nt. 1 anche Floridia, *Il risarcimento dei danni nella proprietà intellettuale e nel diritto antitrust*, in *Diritto industriale*, 2011, 313; Vanzetti-Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, 6° ed., Milano, 2009, p. 550 ss.

⁵ L'art. 13 della direttiva 2004/48/CE dispone che "Gli Stati membri assicurano che, su richiesta della parte lesa, le competenti autorità giudiziarie ordinino all'autore della violazione, implicato consapevolmente o con ragionevoli motivi per esserne consapevole in un'attività di violazione di risarcire al titolare del diritto danni adeguati al pregiudizio effettivo da questo subito a causa della violazione. Allorché l'autorità giudiziaria fissa i danni: a) tiene conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno subito dalla parte lesa, i benefici realizzati illegalmente dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione; b) oppure in alternativa alla lettera a) può fissare, in casi appropriati, una somma forfettaria in base ad elementi quali, per lo meno, l'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti qualora l'autore della violazione avesse richiesto l'autorizzazione per l'uso del diritto di proprietà intellettuale in questione. Nei casi in cui l'autore della violazione è stato implicato in un'attività di violazione senza saperlo o senza avere motivi ragionevoli per saperlo, gli Stati membri possono prevedere la possibilità che l'autorità giudiziaria disponga il recupero dei profitti o il pagamenti di danni che possono essere predeterminati".

COMMENTI A SENTENZE

CONCORRENZA SLEALE E RISARCIMENTO DEL DANNO

diritto industriale che può essere utilmente applicata anche ai casi di concorrenze sleale, in linea peraltro con la giurisprudenza più recente.

2. Il prezzo del consenso

Nella materia del diritto della proprietà industriale e della concorrenza ha ormai portata generale la regola che consente al titolare di un diritto oggetto di sfruttamento illecito da parte di un terzo di pretendere il risarcimento di un danno almeno pari al compenso che questo avrebbe preteso dal convenuto per dare il proprio consenso allo sfruttamento (cd. “prezzo del consenso”)⁶. Questa regola è stata codificata dall’art. 125 del Codice della Proprietà Industriale là dove esso dispone che: “*La sentenza che provvede sul risarcimento dei danni può farne la liquidazione in una somma globale stabilita in base agli atti della causa e alle presunzioni che ne derivano. In questo caso il lucro cessante è comunque determinato in un importo non inferiore a quello dei canoni che l’autore della violazione avrebbe dovuto pagare, qualora avesse ottenuto una licenza dal titolare del diritto leso*”. Come si vede il prezzo del consenso costituisce la misura minima del danno risarcibile nell’ipotesi in cui la valutazione del danno sia forfettaria. Peraltro, dal testo della disposizione si evince chiaramente che l’attore ha comunque l’onere di allegare e provare questa voce di danno. D’altra parte, sempre dal testo della disposizione si evince che la prova del prezzo del consenso può essere data anche solo per presunzioni.

Questo insieme di regole può essere utilmente applicato anche in certi casi di concorrenza sleale per confusione (art. 2598, n. 2, c.c.). Ad esempio, quando un concorrente usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri. Anche in questi casi, dove manca una vera e propria contraffazione, non c’è ragione di escludere che la vittima dell’atto di concorrenza sleale non possa pretendere che, quanto meno, il convenuto gli risarcisca una somma uguale a quella che egli avrebbe dovuto pagarli per ottenere il diritto ad usare legittimamente il nome o il marchio del concorrente.

Che questo metodo di calcolo del danno risarcibile sia applicabile anche al di fuori dei casi espressamente previsti dall’art. 125 del Codice della Proprietà Industriale si deduce chiaramente dal fatto che esso è già applicato dalla giurisprudenza in tutti i casi di appropriazione illegittima di un segno distintivo altrui. Peraltro, questo metodo di calcolo del danno risarcibile è correntemente applicato anche al di fuori della disciplina della concorrenza tra impresa. A questo proposito vale la pena qui ricordare il celebre caso Taylor. Questo è uno dei primi casi decisi da un giudice italiano in cui viene affermato il diritto allo sfruttamento economico esclusivo della propria immagine

⁶ In dottrina vedi Galli, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, in *Diritto industriale*, 2012, p. 119 s; Sirena, *L’efficienza dei rimedi civilistici a tutela del diritto d’autore: prospettive di una ridefinizione sistematica*, in *AIDA*, 2003, p. 546 ss.

COMMENTI A SENTENZE

CONCORRENZA SLEALE E ISARCIMENTO DEL DANNO

(cd. *right of publicity*). Nella specie la nota attrice americana Litz Taylor aveva citato in giudizio una casa di moda italiana. La casa di moda italiana aveva copiato un fotogramma del film “La gatta sul tetto che scotta” dove comparivano Litz Taylor e Paul Newman e aveva sovrapposto all’immagine della Taylor alcuni capi di abbigliamento aggiungendo la didascalia “I miti non passano mai di moda”. Litz Taylor, che aveva ritenuto che questa condotta configurasse una lesione del suo diritto all’immagine, aveva chiesto il risarcimento sia del danno patrimoniale che del danno non patrimoniale, quest’ultimo sulla base dell’argomento che i capi di abbigliamento erano di cattivo gusto. La riparazione del danno non patrimoniale era stata esclusa dal giudice italiano, dal momento che mancava la prova di un reato. Invece, il danno patrimoniale era stato concesso, per violazione appunto del diritto allo sfruttamento economico esclusivo della propria immagine, ed era stato commisurato al “prezzo del consenso”, ovvero al prezzo che l’impresa italiana avrebbe dovuto pagare a Litz Taylor per ottenerne il consenso all’utilizzo della propria immagine. Peraltro, in giudizio la Taylor aveva chiesto che il proprio danno fosse commisurato al compenso che essa aveva ottenuto in passato per concedere ad alcune imprese americane il diritto di sfruttare la propria immagine a fini pubblicitari sul mercato statunitense. Il giudice italiano, pur utilizzando questo valore come criterio di paragone, lo riduce significativamente sul condivisibile presupposto che la Taylor non sarebbe riuscita ad ottenere una somma simile per lo sfruttamento della propria immagine sul mercato italiano notoriamente di dimensione e valore inferiore rispetto a quello statunitense.

3. I profitti del convenuto tra risarcimento del danno e arricchimento ingiustificato

Veniamo ora al possibile utilizzo anche in materia di concorrenza sleale delle regole che consentono alla vittima della violazione di commisurare il danno risarcibile ai profitti realizzati dal convenuto mediante la violazione oppure più semplicemente di pretendere la riversione dei profitti realizzati dal convenuto mediante la stessa violazione⁷.

La regola che consente al danneggiato di commisurare il risarcimento al guadagno realizzato da controparte mediante lo sfruttamento abusivo della propria opera è stata codificata nell’art. 125, comma 1°, del Codice della Proprietà Industriale

⁷ In dottrina v. Vanzetti, *La “restituzione” degli utili di cui all’art. 125, n. 3, c.p.i. nel diritto dei marchi*, in *Diritto industriale*, 2006, p. 323 ss.; Galli, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili: le diverse voci di danno*, ivi, 2012, p. 117 ss.; P. Pardolesi, *Risarcimento del danno, reversione degli utili e deterrence: il modello nord-americano e quello europeo*, ivi, p. 133 ss.; Barbuto, *La reversione degli utili nel diritto italiano*, ivi, p. 154; Gitti, *Il “possesso di beni immateriali” e la riversione dei frutti*, in *AIDA*, 2000, p. 152.

COMMENTI A SENTENZE

CONCORRENZA SLEALE E ISARCIMENTO DEL DANNO

che prevede che “*Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile, tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno, del titolare del diritto leso, i benefici realizzati dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione*” (enfasi aggiunta).

Invece, la regola che consente alla vittima della violazione di pretendere la riverzione dei profitti realizzati da controparte mediante lo sfruttamento illegittimo dell'opera è stata codificata nell'art. 125, comma 3°, del Codice di Proprietà Industriale che prevede che “*In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento*”⁸.

Il rapporto tra queste due distinte disposizioni non è di immediata comprensione e in quanto tale ha dato luogo a interpretazioni discordanti da parte della dottrina⁹. In effetti, essa è frutto di una non perfetta comprensione da parte del legislatore italiano del rapporto tra azione per il risarcimento del danno e azione per l'indennizzo pari all'arricchimento ingiustificato, pure presente nel sistema del nostro codice civile.

Per rendersi conto dell'equivoco in cui è caduto il nostro legislatore è sufficiente confrontare il testo delle disposizioni di cui si discute con il testo delle corrispondenti disposizioni previste dalla direttiva 2004/48/CE. L'art. 13 di questa direttiva dispone che “*Gli Stati membri assicurano che, su richiesta della parte lesa, le competenti autorità giudiziarie ordinino all'autore della violazione, implicato consapevolmente o con ragionevoli motivi per esserne consapevole in un'attività di violazione di risarcire al titolare del diritto danni adeguati al pregiudizio effettivo da questo subito a causa della violazione. Allorché l'autorità giudiziaria fissa i danni: a) tiene conto di tutti gli aspetti pertinenti, quali le conseguenze economiche negative, compreso il mancato guadagno subito dalla parte lesa, i benefici realizzati illegalmente dall'autore della violazione e, nei casi appropriati, elementi diversi da quelli economici come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione*” (enfasi aggiunta). Inoltre, “*Nei casi in cui l'autore della violazione è stato implicato in un'attività di violazione senza saperlo o senza avere motivi ragionevoli per saperlo, gli Stati membri possono prevedere la possibilità che l'autorità giudiziaria disponga il recupero dei profitti o il pagamento di danni che possono essere predeterminati*”.

⁸ Per un commento v. Spolidoro, *Il risarcimento del danno nel codice della proprietà industriale. Appunti sull'art. 125 c.p.i.*, in *Riv. dir. ind.*, 2009, I, 152; Galli, *Risarcimento del danno e retroversione degli utili*, cit., p. 110 ss.

⁹ Cfr. Sena, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, 2001, p. 391 ss.

COMMENTI A SENTENZE

CONCORRENZA SLEALE E ISARCIMENTO DEL DANNO

L'impostazione del legislatore comunitario era perfettamente chiara. La vittima di una violazione intenzionale o colposa ha diritto al pieno risarcimento del danno subito (pregiudizio effettivo). A questo fine l'autorità giudiziaria può tenere conto anche dei profitti realizzati dall'impresa convenuta. Questa disposizione ha una duplice funzione. Da una parte consente di agevolare la prova del mancato guadagno subito dall'attore a causa della violazione. Si presume infatti che esso sia uguale al profitto realizzato dall'autore della violazione. Questa presunzione è assolutamente coerente quando l'autore e la vittima della violazione sono in una posizione di mercato simile, nel senso che esse hanno una simile capacità produttiva e distributiva. Dall'altra parte, questa disposizione consente di impedire una violazione "efficiente" delle regole poste a tutela della concorrenza. Infatti, quando l'autore della violazione ha una capacità produttiva e distributiva superiore rispetto alla vittima della violazione, esso è in grado di realizzare dalla violazione un profitto superiore a quello che avrebbe potuto essere realizzato dalla vittima. In questo caso, il profitto del convenuto è superiore al danno di cui l'attore può pretendere il risarcimento con la conseguenza che l'autore della violazione ha un interesse a violare le regole in materia di concorrenza, risarcire il danno causato e lucrare la differenza tra profitto e risarcimento. Questa situazione però è inaccettabile, dal momento che le regole poste a tutela dei diritti di brevetto e di marchio e più in generale le regole poste a tutela della concorrenza pongono divieti di tipo assoluto che le imprese devono rispettare indipendentemente da ogni considerazione di utilità personale. Proprio per evitare questo inconveniente il legislatore comunitario, adottandosi a una prassi già invalsa in diversi Stati membri, tra i quali anche l'Italia, ha ammesso che il danno risarcibile possa essere commisurato ai profitti realizzati dal convenuto. Di conseguenza, nel caso in cui la vittima della violazione avrebbe realizzato profitti superiori a quelli realizzati dal convenuto, essa può chiedere che il danno risarcibile sia commisurato ai profitti che essa avrebbe realizzato, dandone la relativa prova. Nel caso invece in cui la vittima della violazione avrebbe realizzato profitti inferiori a quelli realizzati dalla convenuta, oppure nel caso in cui essa non sia in grado di dimostrare quali profitti essa avrebbe realizzato, essa può chiedere che il danno sia commisurato ai profitti della convenuta. In ogni caso, il rimedio del risarcimento del danno svolge in misura adeguata la funzione di prevenire il compimento di azioni anticoncorrenziali assolutamente vietate dall'ordinamento e in quanto tali sottratte a ogni analisi costi/benefici da parte delle imprese.

Quando invece l'autore della violazione non abbia agito con dolo o con colpa, il diritto comunitario ammette la possibilità che il singolo Stato membro preveda la possibilità per la vittima della violazione di pretendere la restituzione dei profitti realizzati tramite la violazione. Alcuni autori criticano questa disposizione, perché la confondono con quella precedente che sostanzialmente attribuisce alla vittima della violazione il diritto di scegliere a quale valore commisurare il danno risarcibile: se al proprio mancato guadagno o al guadagno realizzato da controparte. Ritengono allora

COMMENTI A SENTENZE

CONCORRENZA SLEALE E ISARCIMENTO DEL DANNO

che una simile disposizione, cui attribuiscono natura punitiva, non sarebbe adeguata al caso di cui si discute dove cioè l'autore della violazione non ha agito con dolo o con colpa. Tuttavia, questa disposizione non ha affatto un natura punitiva. Anzi, essa è posta a tutela del convenuto di buona fede ed è peraltro perfettamente coerente con altre norme del nostro ordinamento in materia di riversione dell'arricchimento senza causa. Si rifletta su questa circostanza: il profitto realizzato dal convenuto costituisce il limite massimo della sua responsabilità. In altre parole, nel caso in cui il convenuto sia incolpevole, l'attore non può scegliere tra un risarcimento commisurato al proprio mancato profitto o al profitto realizzato dal convenuto. In questo caso l'attore deve accontentarsi del profitto realizzato dal convenuto, anche se in ipotesi inferiore o molto inferiore a quello che il primo avrebbe potuto realizzare. Pertanto, il convenuto (in ipotesi una piccola impresa locale) che si è appropriato incolpevolmente di un'utilità di un proprio concorrente è esposto a un rischio di responsabilità che in nessun caso può essere superiore al profitto che ha saputo realizzare mediante lo sfruttamento economico di quella utilità. Invece, il convenuto che si è appropriato colpevolmente di questa utilità è esposto a un rischio di responsabilità che può eccedere il profitto che egli ha realizzato nella misura in cui la vittima della violazione (in ipotesi un'impresa multinazionale) avrebbe saputo realizzare un profitto maggiore e sia in grado di darne la relativa prova.

Come si vede, le norme adottate dal legislatore comunitario costituiscono un sistema coerente ed equilibrato. Il legislatore italiano invece ha fatto un po' di confusione, dal momento che esso ha previsto che la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione possa essere chiesta dal titolare del diritto "in alternativa" al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento. In questo modo, il legislatore ha suggerito che la restituzione degli utili possa essere chiesta solamente quando può essere chiesto anche il risarcimento del danno e cioè quando l'autore della violazione ha agito con dolo o con colpa. Tanto è vero che la restituzione può essere chiesta "in alternativa" ovvero "in aggiunta" quando questi sono superiori al risarcimento. Tuttavia, interpretata in questo senso la norma è inutile, dal momento che essa diventa un doppione della norma prevista dall'art. 125, comma 1°, del Codice della Proprietà Industriale, che come si è detto già prevede che il risarcimento possa essere commisurato agli utili realizzati dall'autore della violazione. Peraltro, una interpretazione adeguatrice di questa disposizione al diritto della UE non è possibile dal momento che l'art. 13 par. 2 della direttiva 2004/48/CE non impone agli Stati membri di rendere disponibile il rimedio della riversione dei profitti in caso di responsabilità senza colpa, ma dice espressamente che gli Stati membri "possono prevedere" questa possibilità. La situazione quindi è ingarbugliata e potrà essere risolta solo con difficoltà dalla giurisprudenza.

4. La riparazione del danno non patrimoniale

COMMENTI A SENTENZE

CONCORRENZA SLEALE E ISARCIMENTO DEL DANNO

Da ultimo nel novero del danno di cui la vittima di un atto di concorrenza sleale può chiedere il risarcimento o la riparazione ha fatto la propria comparsa anche il danno non patrimoniale. Per quanto riguarda più in generale la materia della concorrenza e dei diritti di proprietà industriale la possibilità di pretendere anche la riparazione del danno non patrimoniale è ammessa dall'art. 125 del Codice di Proprietà Industriale, là dove esso dispone che *“Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato ... tenuto conto di tutti gli aspetti pertinenti ... e nei casi appropriati elementi diversi da quelli economici, come il danno morale arrecato al titolare del diritto dalla violazione”*. Questa disposizione costituisce un'attuazione assolutamente testuale della corrispondente disposizione dell'art. 13, par. 1, lett. a) della direttiva 2004/48/CE¹⁰.

Vediamo qui brevemente l'evoluzione dell'ultimo decennio che ha consentito l'affermazione di questa nuova voce di danno non patrimoniale anche nel contesto della concorrenza sleale e ha fatto sì che il nostro ordinamento non abbia avuto difficoltà alcune ad attuare la disposizione del diritto comunitario che prevede anche la riparazione del danno morale in caso di violazione di diritti di proprietà intellettuale¹¹.

Tradizionalmente la vittima di un atto di concorrenza sleale, quale ad esempio la denigrazione commerciale (art. 2598, n. 2, c.c.), non poteva pretendere la riparazione del danno non patrimoniale. La ragione di questa limitazione risiedeva nel fatto che nel sistema del codice civile del 1942 la riparazione del danno non patrimoniale era ammessa nei soli casi previsti dalla legge (art. 2059 c.c.). Tra questi casi il più importante era la sussistenza di un reato (art. 185 c.p.). Il compimento di un atto di concorrenza sleale non costituiva e non costituisce di norma un reato. Inoltre non esistevano disposizioni legislative espresse che attribuissero alla vittima di un atto di concorrenza sleale il diritto a pretendere la riparazione del danno non patrimoniale.

Questo stato di cose è cambiato radicalmente con l'avvento del “nuovo danno non patrimoniale” nella giurisprudenza prima della Corte di Cassazione e poi della Corte Costituzionale¹². Con alcune famose sentenze del 2003, la Corte di Cassazione ha affermato che una lettura “costituzionalmente orientata” del danno non patrimoniale

¹⁰ Non sfugge la cripticità del dettato normativo: viene infatti lasciato all'interprete il non facile compito di prevedere la risarcibilità del danno nei “casi appropriati”.

¹¹ Per una rapida sintesi di questa evoluzione con riferimento al diverso contesto dei danni alla salute, mi sia consentito il rinvio a Aina, *Verso un ritorno del danno morale soggettivo?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 115.

¹² Sul nuovo danno non patrimoniale la letteratura è sconfinata. Per una sintesi v. Afferni, *Dolo, colpa e responsabilità oggettiva nel nuovo danno non patrimoniale*, in *Studium iuris*, 2007, p. 958; Monateri, *Il nuovo danno non patrimoniale. La nuova tassonomia del danno alla persona*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, X, 1, Torino, 2005, p. 277; Rossetti, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2010.

COMMENTI A SENTENZE

CONCORRENZA SLEALE E ISARCIMENTO DEL DANNO

imponessa che questa voce di danno fosse risarcibile oltre che nei casi previsti dalla legge (e quindi ad esempio quando sussiste un reato) anche in tutti i casi in cui vi fosse stata una lesione di un diritto inviolabile della persona tutelato dalla costituzione¹³. Questa lettura è stata fatta propria nello stesso anno anche dalla Corte Costituzionale¹⁴. Infine nel 2008 le sezioni unite della Cassazione hanno precisato – con una pregevole sentenza di riordino complessivo della materia – che per la riparazione del danno non patrimoniale è necessaria e sufficiente una violazione grave di un diritto inviolabile della persona¹⁵. Per effetto di questa parziale liberalizzazione, in presenza di certi presupposti il danno non patrimoniale può essere oggetto di riparazione anche in presenza di un atto di concorrenza sleale. A questo fine è necessario e sufficiente che

¹³ Cass. 31 maggio 2003, n. 8827-8, in *Danno e resp.*, 2003, p. 819, con note di Ponzanelli, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale: le scelte della corte di cassazione*, Busnelli, Chiaroscuro d'estate - *La corte di cassazione e il danno alla persona*, Procida Mirabelli Di Lauro, *L'articolo 2059 c.c. va in paradiso*; in *Foro it.*, 2003, I, c. 2273, con nota di Navarretta, *Danni non patrimoniali: il dogma infranto e il nuovo diritto vivente*; in *Corriere giur.*, 2003, p. 1017, con nota di Franzoni, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*.

¹⁴ Corte cost. 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2201, con nota di Navarretta, *La corte costituzionale e il danno alla persona in fieri*; in *Danno e resp.*, 2003, p. 939, con note di Procida Mirabelli Di Lauro, *Il sistema di responsabilità civile dopo la sentenza della corte costituzionale n. 233/03*, di Troiano, *L'irresistibile ascesa del danno non patrimoniale*, di Bona, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la corte costituzionale apre (verso il «nuovo» art. 2059 c.c.)*, di Cricenti, *Una diversa lettura dell'art. 2059 c.c.*, e di Ponzanelli, *La corte costituzionale si allinea con la corte di cassazione*; in *Giur. it.*, 2003, p. 1777, con nota di Cendon e Ziviz, *Vincitori e vinti (... dopo la sentenza n. 233/2003 della corte costituzionale)*.

¹⁵ Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972-5, in *Danno e resp.*, 2009, p. 19, con nota di Procida Mirabelli Di Lauro, *Il danno non patrimoniale secondo le sezioni unite - Un de profundis per il danno esistenziale*; in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 56, con nota di Monateri, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, e di Navarretta, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*; in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 913, con nota di Rossetti, *Post nubila phoebus, ovvero gli effetti concreti della sentenza n. 26972/08 delle sezioni unite in tema di danno non patrimoniale*; in *La responsabilità civile*, 2009, p. 4, con nota di Franzoni, *Cosa è successo al 2059 c.c.?*, di Zaccaria, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, e di Bilotta, *I pregiudizi esistenziali: il cuore del danno non patrimoniale dopo le sezioni unite del 2008*. Vedine anche il commento di Busnelli, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 97.

COMMENTI A SENTENZE

CONCORRENZA SLEALE E ISARCIMENTO DEL DANNO

L'atto di concorrenza sleale abbia determinato una lesione grave di un diritto inviolabile della persona, quale ad esempio l'immagine dell'impresa.

Peraltro, è pacifico in giurisprudenza che la lesione di un diritto inviolabile può riguardare anche una persona giuridica e che di conseguenza anche le persone giuridiche possono agire in giudizio per pretendere la riparazione del danno non patrimoniale¹⁶. Alcune incertezze sopravvivono circa l'individuazione dei criteri di calcolo del danno non patrimoniale subito da una persona giuridica. Ad esempio, non è chiaro se si debba commisurare il danno risarcibile al danno sofferto dalle persone fisiche che fanno parte degli organi della persona giuridica (ad esempio, gli azionisti di una S.p.A. o i membri del consiglio di amministrazione), oppure se si debbano individuare criteri diversi da quelli normalmente adottati per valutare il danno non patrimoniale sofferto dalle persone fisiche.

Ad oggi risulta una sola decisione pubblicata in cui sia stato riparato il danno non patrimoniale causato da un atto di concorrenza sleale¹⁷. Si tratta peraltro di un celebre caso di denigrazione commerciale. Nella specie Bernardo Caprotti, fondatore e azionista di maggioranza di Esselunga, una delle principali imprese italiane di distribuzione di beni di consumo, aveva pubblicato un libro intitolato "Falce e carrello" dove criticava apertamente il sistema delle COOP di consumo, principali concorrenti della stessa Esselunga. Nella sua critica Caprotti accusava sostanzialmente le COOP di godere di un sistema fiscale privilegiato e di un protezione territoriale illegittima grazie ai rapporti impropri intrattenuti con le amministrazioni locali di sinistra.

Alcune delle COOP prese di mira da Caprotti hanno agito in giudizio contro lo stesso Caprotti ed Esselunga (sul presupposto che questa avesse collaborato attivamente alla stesura del libro) chiedendo tra le altre cose che venisse accertato un atto di concorrenza sleale per denigrazione e che di conseguenza che lo stesso Caprotti ed Esselunga venissero condannati in via solidale al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale.

Nell'azione promossa da COOP Liguria il Tribunale di Milano ha condannato Caprotti ed Esselunga a riparare un danno non patrimoniale pari a 30.000 euro. Come è

¹⁶ Il *leading case* è Cass. 10 luglio 1991, n. 7642, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 1955. Successivamente v. Cass. 4 giugno 2007, n. 12929, in *Danno e resp.*, 2007, p. 1236, con nota di Foffa, *La lesione dell'immagine di una persona giuridica*; Cass. 5 dicembre 1992, n. 12951, in *Foro it.*, 1994, I, c. 561, con nota di Salerno, e in *Corriere giur.*, 1993, 584, con nota di Zeno-Zencovich, *La lesione della reputazione di uno stato straniero*; Cass. 3 marzo 2000, n. 2367, in *Danno e resp.*, 2000, p. 490, con nota di Carbone, *Il pregiudizio all'immagine e alla credibilità di una s.p.a. costituisce danno non patrimoniale e non danno morale*.

¹⁷ Trib. Milano, 19 aprile 2010, n. 4833, in *Danno e resp.*, 2010, p. 825, con commento di Affemi.

COMMENTI A SENTENZE

CONCORRENZA SLEALE E ISARCIMENTO DEL DANNO

già stato osservato da altri, questa misura è nella media delle riparazioni concesse dalle corti milanesi in caso di diffamazione a mezzo stampa¹⁸. Tuttavia, nella specie c'è da dubitare che questa misura sia adeguata. In effetti, nella diffamazione a mezzo stampa è necessario bilanciare l'interesse della vittima a non essere diffamati e l'interesse del convenuto a manifestare liberamente il proprio pensiero. In materia di concorrenza invece le imprese non sono autorizzate a criticare i propri concorrenti in nessun modo. Tanto è vero che nella materia della concorrenza non opera la cd. *exceptio veritatis* nel senso che il concorrente non può difendersi adducendo le verità dei fatti resi pubblici¹⁹. Pertanto, nel caso di specie la condanna avrebbe dovuto essere più elevata e si sarebbe potuto/dovuto tenere conto anche della capacità patrimoniale dei convenuti in modo da consentire alla condanna alla riparazione del danno non patrimoniale di svolgere in modo adeguato la propria funzione general preventiva²⁰.

¹⁸ Afferni, *Falce e carrello: diffamazione, denigrazione, e danno non patrimoniale*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 834.

¹⁹ Sebbene eccezioni al principio siano state previste dalla giurisprudenza nei casi, ad esempio, di divulgazione di notizie ed apprezzamenti direttamente attinenti a vicende giudiziali da parte di chi ne abbia ottenuto il provvedimento favorevole (anche provvisorio). Cfr. Floridia, *Concorrenza sleale e pubblicità*, in Auteri, Floridia, Mangini, Olivieri, Ricolfi, Spada, *Diritto Industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, 4° ed., Torino, 2012, p. 358 ss.

²⁰ Così anche Afferni, *op. cit.*, p. 839 s.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

Registro dei revisori – È stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 12 febbraio 2013, n. 36, il D.M. 28 dicembre 2012, n. 257, che fornisce alcune indicazioni applicative sul funzionamento del registro dei revisori legali dei conti, nonché del relativo tirocinio. Inoltre sono precisate le modalità di accertamento del requisito di onorabilità.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO

Start up innovative – Con il comunicato del 12 febbraio 2013 il Ministero dello Sviluppo economico ha reso noto che le *start up* innovative già costituite – ed in possesso al 19 dicembre 2012 dei requisiti richiesti dal D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 – possono procedere all'iscrizione nella sezione speciale del Registro delle imprese anche successivamente rispetto alla data del 17 febbraio 2013, ossia oltre il termine di sessanta giorni dall'entrata in vigore della Legge di conversione del predetto Decreto, (L. 17 dicembre 2012, n. 221).

Il comunicato è reperibile sul sito www.sviluppoeconomico.gov.it.

ASSONIME

Le nuove soluzioni concordate della crisi d'impresa – La *Circolare n. 4/2013* emanata da Assonime verte sulle modifiche apportate alla legge fallimentare dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, con particolare attenzione al concordato preventivo e all'ipotesi di continuità aziendale.

Il testo della *Circolare n. 4* del 2013, diffusa in data 11 febbraio 2013, è consultabile sul sito www.assonime.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

BANCA D'ITALIA

Antiriciclaggio – La Banca d'Italia ha emanato un *Provvedimento recante gli indicatori di anomalia per le società di revisione e revisori legali con incarichi di revisione su enti di interesse pubblico*, così come intesi dall'art. 16 del D. Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, per “agevolare la valutazione da parte dei destinatari sugli eventuali profili di sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo”.

Il *Provvedimento* della Banca d'Italia del 30 gennaio 2013, n. 61, corredato di allegato contenente gli indicatori in questione, è disponibile sul sito www.bancaditalia.it.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO

Fondi comuni immobiliari e trascrizione – Il Consiglio Nazionale del Notariato ha divulgato lo Studio n. 90-2012/I, dedicato a *Fondi comuni immobiliari e trascrizione*, laddove, a partire dalla pronuncia della Cassazione del 15 luglio 2010, n. 16605, si approfondiscono alcuni profili inerenti i fondi comuni di investimento, con precipuo riguardo alle “modalità di effettuazione delle formalità nei registri immobiliari, che si rivelano antitetiche a quelle seguite dalla prassi prevalente”.

Il testo dello Studio n. 90-2012/I, reso noto il 12 febbraio 2013, è pubblicato sul sito www.notariato.it.

IRDCEC

Il professionista attestatore – L'Istituto di ricerca dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha diffuso la *Circolare n. 30/IR* concernente *Il ruolo del professionista attestatore nella composizione negoziale della crisi: requisiti di professionalità ed indipendenza e contenuto della relazione*, esaminando, tra l'altro, il contenuto delle relazioni da questi redatte, nonché il reato di falso in attestazioni e relazioni di cui all'art. 236 bis L.F. di recente introdotto dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83.

La *Circolare n. 30/IR* dell'11 febbraio 2013, è reperibile sul sito www.irdcec.it.

OIC

Principi contabili nn. 7 e 8 – Sono stati approvati in via definitiva il Principio contabile OIC n. 7, concernente *I certificati verdi*, ed il Principio contabile OIC n. 8, relativo a *Le quote di emissione di gas ad effetto serra*. Entrambi sono rivolti alle società che redigono il bilancio in conformità alle disposizioni codicistiche e si pongono come obiettivo di “definire i criteri per la rilevazione contabile, la classificazione e la valutazione [...] nel bilancio d'esercizio, nonché l'informativa da presentare nella nota integrativa”, rispettivamente per i certificati verdi e per le quote di emissione di gas ad effetto serra. Ambedue gli OIC differenziano il trattamento contabile in ragione dell'attività svolta dalla società che redige il bilancio.

I principi contabili sono disponibili sul sito www.fondazioneoic.eu.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Aggiornamento principi contabili nazionali – L’Organismo Italiano di Contabilità ha avviato la consultazione sul Principio contabile n. 24 *Immobilizzazioni immateriali*, rendendo disponibile, oltre alla bozza del Principio, un documento descrittivo che illustra le principali innovazioni.

Le osservazioni possono essere formulate sino al 30 luglio 2013.

La bozza in consultazione è reperibile sul sito www.fondazioneoic.eu.

GIURISPRUDENZA

Deleghe atipiche – Il Tribunale di Lucca, nell’ambito di un giudizio in tema di invalidità delle decisioni dei soci di una s.r.l., ha rilevato tra l’altro che – qualora la società abbia adottato la disciplina dettata per le società azionarie in tema di *governance*, richiamando l’art. 2381 c.c. – deve applicarsi per analogia l’art. 2392 c.c., per colmare le lacune di cui all’art. 2476 c.c. Il Collegio, uniformandosi alla dottrina, ha affermato che la modifica testuale dell’art. 2392, 1° co., c.c., effettuata con la riforma del diritto societario, ha inteso dare “*rilevanza normativa [...] alla prassi delle c.d. deleghe non autorizzate, sicché anche in tal caso opererebbe l’esclusione del vincolo di solidarietà*”.

La sentenza del Tribunale di Lucca del 23 gennaio 2013 è consultabile sul sito www.ilcaso.it.

Amministratore di diritto e reato di bancarotta – La Corte di Cassazione ha ribadito che “*la mera qualità di amministratore di diritto comporta eo ipso la responsabilità penale solo per l’ipotesi di bancarotta documentale, alla stregua dello specifico e personale obbligo*”, di cui questi è gravato, “*di tenere e conservare le suddette scritture, ove invece per le altre ipotesi di reato occorre la prova della consapevolezza dell’agente dei disegni criminali perseguiti dall’amministratore di fatto*”.

Corte di Cassazione penale, 5 febbraio 2013, n. 5767.

Bancarotta semplice documentale – La Suprema Corte ha confermato che il delitto di cui all’art. 217 L.F. è un “*reato di pericolo presunto che, mirando ad evitare che sussistano ostacoli all’attività di ricostruzione del patrimonio aziendale e dei movimenti che lo hanno costituito, persegue la finalità di consentire ai creditori l’esatta conoscenza della consistenza patrimoniale, sulla quale possano soddisfarsi*”. Pertanto, si configura come un reato di mera condotta, il quale può realizzarsi anche qualora “*non si verifichi, in concreto, danno per i creditori*”.

Corte di Cassazione penale, 14 febbraio 2013, n. 7424.

SEGNALAZIONI

DIRITTO TRIBUTARIO

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Emanato il decreto per l'acquisto incentivato di veicoli a basse emissioni - Sulla G.U. è stato pubblicato il Decreto attuativo del ministro dello sviluppo economico, di concerto con quello dell'economia e delle finanze, per l'operatività della misura degli incentivi per l'acquisto di autoveicoli elettrici, ibridi, a metano, a biometano, a gpl, a biocombustibili e a idrogeno, prevista dalla legge n. 134/12.

(Decreto 11 gen. 2013 in G.U. n. 36 del 12 feb. 2013)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

AGENZIA DELLE ENTRATE

Investimenti e attività finanziarie all'estero, controvalore valute per l'anno 2012 - Sul sito Internet dell'Agenzia delle entrate (www.agenziaentrate.it – Provvedimenti soggetti a pubblicità legale) è stato pubblicato, con relative tabelle allegate, il Provvedimento, recante, ai fini della dichiarazione annuale per gli investimenti all'estero e per le attività estere di natura finanziaria (art. 4 del dl n. 167/90), il controvalore in euro degli importi in valuta per l'anno 2012.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 30 gen. 2012)

Quotazioni delle valute estere per il mese gennaio 2013

Sul sito Internet dell'Agenzia delle entrate (www.agenziaentrate.it – Provvedimenti soggetti a pubblicità legale) è stato pubblicato, con relative tabelle allegate, il Provvedimento, recante - ai sensi dell'art. 10, comma 9, del Tuir e agli effetti degli articoli dei Titoli I e II, dello stesso Tuir, che vi fanno riferimento - l'accertamento del cambio delle valute estere per il mese di gennaio 2013.

(Agenzia delle entrate, Provvedimento del 13 feb. 2013, protocollo n. 2218/2013)

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

Secondo Intesa/San Paolo sono spesabili i mini crediti ante 2012 - Il Consorzio studi e ricerche fiscali del Gruppo Intesa san Paolo, intervenendo sulle novità introdotte dai commi 4 e 5, dell'art. 33, del dl n. 83/12, si è espresso nel senso che, nonostante l'assenza di una disciplina transitoria, possa ritenersi possibile "spesare" al conto economico nel 2012 anche le perdite concernenti crediti di modesta entità e anteriori al 2012, se scaduti da oltre sei mesi.

(Gruppo Intesa san Paolo, Consorzio studi e ricerche fiscali, circolare n. 4/2012)

GIURISPRUDENZA

Evasione Iva, conti societari confiscabili anche per evasione Iva - La Cassazione ha statuito che i conti societari sono confiscabili in caso di evasione Iva da parte degli amministratori anche se il d.lgs n. 231/01 non prevede la misura in caso di reati tributari commessi dagli enti.

Sul punto il Collegio di legittimità ha motivato che quanto alla sussistenza del fumus delitti, è stato già precisato, con specifico riferimento alla configurabilità del reato di utilizzazione fraudolenta di fatture per operazioni inesistenti (dlgs n. 74 del 2000, art. 2) che detta fattispecie criminosa è integrata, con riguardo alle imposte dirette, dalla sola inesistenza oggettiva, ovvero quella relativa alla diversità, totale o parziale, tra costi indicati e costi sostenuti, mentre, con riguardo all'Iva, esso comprende anche la inesistenza soggettiva, ovvero quella relativa alla diversità tra soggetto che ha effettuato la prestazione e quello indicato in fattura. Infatti, l'evasione dell'Iva, a differenza di quella riguardante le imposte dirette, deve configurarsi anche in presenza di costi effettivamente sostenuti, la cui corresponsione è, però, attribuita ad un soggetto diverso da quello effettivo. Il sistema di recupero dell'Iva è fondato sul presupposto che tale imposta vada versata a chi ha effettivamente eseguito la cessione o prestazione, che a sua volta potrà compensarla con l'Iva versata per l'acquisto di beni o servizi, mentre il versamento dell'Iva a un soggetto non operativo produce il successivo indebito recupero dell'Iva stessa da parte del cessionario nei confronti dell'acquirente o dell'utilizzazione finale della prestazione.

(Cassazione, sentenza n. 204 del 7 gen. 2013)

Frode tributaria del manager, i beni aziendali non confiscabili - La Cassazione ha statuito che le grandi imprese non sono soggette a responsabilità amministrativa degli enti né a responsabilità penale per la frode fiscale commessa in loro favore dall'amministratore delegato e, quindi, i loro beni aziendali non possono essere confiscati; ciò in quanto "gli illeciti penali tributari non figurano nel novero dei reati presupposto che, commessi da soggetti apicali della persona giuridica, nell'interesse e a vantaggio della stessa, danno luogo a responsabilità dell'ente da reato in base al d.lgs 231/01, circostanza che consentirebbe di ricorrere allo strumento della confisca per

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

equivalente per l'ammontare del prezzo o del profitto del reato sul patrimonio dell'ente collettivo, strumento previsto dall'art. 19 del citato decreto legislativo. Né in nessun'altra fonte di legislazione primaria è prevista tale responsabilità della persona giuridica, come invece espressamente stabilito in relazione ai reati a carattere transnazionale”.

(Cassazione, sentenza n. 1256 del 10 gen. 2013)

Leasing e contemporanea copertura assicurativa sono ai fini Iva due servizi distinti

- La Corte di Giustizia della Ue ha statuito che una società di leasing che concede in locazione finanziaria un bene e, opzionalmente, la copertura assicurativa sul bene stesso, acquistata presso una compagnia d'assicurazione, non fornisce all'utilizzatore un unico servizio complesso, ma due distinti servizi, il secondo dei quali, se rifatturato esattamente al costo, esente da Iva.

(Corte di Giustizia della Ue, sentenza del 17 gen. 2013, causa C-224/11)

Nessun recupero a tassazione dal “Roe” - La Cassazione ha statuito il recupero a tassazione non può scattare sulla base del cosiddetto indice «Roe» e cioè fra il rapporto del capitale investito con il risultato operativo; ciò in quanto da questi dati non può essere desunta la condotta antieconomica da parte dell'imprenditore.

(Cassazione, sentenza n. 2331 del 31 gen. 2013)

Rischio elusione per gli alti compensi agli amministratori - La Cassazione ha riconosciuto al fisco la legittimità di sindacare i compensi agli amministratori delle società e, conseguentemente, disconoscere alle stesse le deduzioni operate a fronte di uno stipendio sproporzionato e non giustificato, bollando l'operazione come elusione fiscale; ciò in quanto rientra nei poteri dell'Amministrazione finanziaria la valutazione di congruità dei costi e dei ricavi esposti nel bilancio e nelle dichiarazioni, anche se non ricorrano irregolarità nella tenuta delle scritture contabili o vizi negli atti giuridici d'impresa, con possibile negazione della deducibilità di un costo ritenuto insussistente o sproporzionato, non essendo l'Ufficio vincolato ai valori o ai corrispettivi indicati nelle delibere sociali o nei contratti. Ovviamente il contribuente può sempre fornire la prova contraria.

(Cassazione, sentenza n. 3243 dell'11 feb. 2013)

Sono sempre deducibili i costi relativi alle strategie commerciali - La Cassazione ha statuito che, se il fisco non prova che siano superflui, devono sempre essere considerati inerenti all'attività d'impresa e, quindi, deducibili i costi rientranti nella “strategia commerciale della società” (spese per trasferte, amministrative, di rappresentanza) anche se solo strumentali al raggiungimento dello scopo sociale.

(Cassazione, sentenza n. 3340 del 12 feb. 2013)

SEGNALAZIONI

DIRITTOTRIBUTARIO

VARIE

Approvati tutti i modelli dichiarativi 2013

Sul sito Internet dell’Agenzia delle entrate è stata pubblicata la versione definitiva, con relative istruzioni, dei seguenti modelli dichiarativi del 2013:

- Unico 2013 Pf: Provvedimento protocollo n. 2013/13125 del 31.01.13
- Unico 2013 Sc : Provvedimento protocollo n. 2013/13136 del 31.01.13
- Unico 2013Enc: Provvedimento protocollo n. 2013/13140 del 31.01.13
- Consolidato nazionale e mondiale 2013: Provvedimento protocollo n. 2013/13133 del 31.01.13
- Irap 2013: Provvedimento protocollo n. 2013/13138 del 31.01.13
- Unico 2013 Sp: Provvedimento protocollo n. 2013/13141 del 31.01.13

MODALITÀ DI ABBONAMENTO

La rivista *Il Nuovo Diritto delle Società* viene distribuita previa sottoscrizione di un abbonamento annuale, che comprende 24 numeri al costo di 120,00 euro.

In seguito alla sottoscrizione, all'abbonato vengono assegnati una *username* ed una *password*, che consentono di accedere all'archivio storico della *Rivista* nonché alle banche dati di *Italia Oggi* (www.italiaoggi.it).

L'abbonamento può essere richiesto:

- telefonando al numero verde 800-822195
- inviando un *fax* al numero verde 800-822196.

In entrambi i casi, è necessario allegare alla richiesta di abbonamento i dati anagrafici e un indirizzo di posta elettronica al quale inviare i numeri della *Rivista* più:

- la fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano;
- oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Per informazioni e/o segnalazioni contattare il Servizio Clienti al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl – Via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 – Telefax 02/58317598 – email: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02/58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120,00
(abbonamento annuale 24 numeri)
Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti
telefonare al numero verde 800-822195
oppure inviare un fax al numero verde 800-
822196 allegando, oltre alla richiesta di
abbonamento con i propri dati anagrafici,
fotocopia dell'assegno non trasferibile
intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl –
via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano,
oppure fotocopia del bonifico bancario
intestato a Banca Popolare di Milano,
agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano –
IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne
srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122
Milano, numero verde 800-822195.
Vendita esclusiva per abbonamento.
Servizio Abbonamenti: per informazioni
e/o segnalazioni comporre il numero verde
800-822195 oppure inviare un fax al
numero verde 800-822196.
**Concessionaria esclusiva per la
pubblicità:** Class Pubblicità, via Marco
Burigozzo 8 – 20122 Milano Tel.
02/58219500-23 – Fax: 02/58219560 -
Executive Chairman: Andrea Mattei -
Deputy Chairman Digital: Gianalberto
Zapponini.

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Registrazione al Tribunale di Milano n. 618 del 8-11-2002 – Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a ItaliaOggi Editori - Erinne srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di ItaliaOggi Editori - Erinne srl.