



Freshfields Bruckhaus Deringer

Studio Legale

Spett.li
Net Insurance S.p.A.
Via Giuseppe Antonio Guattani n. 4
00161 - Roma

Net Insurance Life S.p.A.
Via Giuseppe Antonio Guattani n. 4
00161 - Roma

Via email

*Alla c.a. del Consiglio di Amministrazione
e del Collegio Sindacale*

10 luglio 2019

Net Insurance S.p.A. – Net Insurance Life S.p.A. – parere sulle basi giuridiche dell'azione di responsabilità portata all'approvazione dell'assemblea dei soci del 18 luglio p.v.

Egregi Signori,

facciamo seguito alla Vostra cortese richiesta, per fornirVi un nostro parere in merito alle basi dell'azione di responsabilità che Net Insurance S.p.A. (di seguito, *Net*) e Net Insurance Life S.p.A. (di seguito *Net Life* e, congiuntamente a Net, le *Compagnie* o le *Società*) intendono promuovere nei confronti di alcuni ex amministratori ed ex sindaci delle Società, nonché dei soggetti che, all'epoca dei fatti rilevanti, ricoprivano l'incarico di Dirigente Preposto alla revisione dei documenti contabili societari e di società incaricata della revisione legale dei conti.

Responsabilità degli amministratori

Con riferimento alle società per azioni, l'art. 2392 c.c., nella sua attuale formulazione, stabilisce che gli amministratori devono adempiere i doveri loro imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta *“dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze”* e dispone che *“Essi sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri”*.

Milano

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Via dei Giardini, 7
20121 Milano
T +39 02 625 301 (Centralino)
+39 02 625 30304 (Linea Diretta)
F +39 02 625 30800
E enrico.castellani@freshfields.com
www.freshfields.com

Roma

Piazza del Popolo, 18
00187 Roma
T +39 06 695 331 (Centralino)

Doc ID

ITA1463418/6

Oggetto

DR-000408 EC

Avv. Fabrizio Arossa, LL.M. Avv. Nicola Asti Avv. Enrico Bazzano Avv. Luca Capone Avv. Enrico Castellani Avv. Giuseppe Curtò
Avv. Francesco Lombardo Dott. Renato Paternolli⁽¹⁾ Avv. Luigi Verga, LL.M. Avv. Gian Luca Zampa, LL.M.⁽²⁾

⁽¹⁾Dottore Commercialista-Revisore Contabile ⁽²⁾New York Bar

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP è una *limited liability partnership* di diritto inglese (numero di registrazione OC334789) autorizzata e regolamentata dalla Solicitors Regulation Authority, che opera in Italia tramite una sede secondaria iscritta al Registro delle Imprese di Milano con il n. 97494540152. Per ulteriori informazioni in merito, si prega di visitare il sito www.freshfields.com/support/legalnotice.

L'elenco e le abilitazioni dei soci (e dei non soci qualificati come *principal consultants*) di Freshfields Bruckhaus Deringer LLP sono disponibili in visione presso la sede legale di Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, 65 Fleet Street, London EC4Y 1HS, Regno Unito. Il termine *partner* indica un professionista che ha lo status di socio di Freshfields Bruckhaus Deringer LLP o di studi legali ad esso associati.



La responsabilità civile degli amministratori nei confronti della società da essi gestita, sebbene solidale, è considerata una responsabilità per fatto proprio, ed ha natura contrattuale, con la conseguenza che la società che esercita l'azione ex art. 2393 c.c. deve allegare l'inadempimento degli amministratori ai propri doveri ed obblighi, e deve provare il danno ed il nesso causale tra le violazioni e il danno medesimo.

Dottrina e Giurisprudenza pongono tradizionalmente a carico degli amministratori obblighi a contenuto generico ed obblighi a contenuto specifico.

Alla prima categoria vengono ricondotti (i) il dovere di svolgere la propria attività con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, nonché (ii) il divieto di agire in conflitto di interessi con la società (art. 2391 c.c.), (iii) il generale divieto di compiere atti estranei all'oggetto sociale. Si tratta dunque di clausole generali il cui contenuto specifico può concretizzarsi solo con riferimento alle circostanze e alle peculiarità dei singoli casi concreti¹.

Quanto agli obblighi a contenuto specifico posti dalla legge o dallo statuto a carico degli amministratori, pur non essendo possibile procedere ad una esaustiva elencazione degli stessi, possono essere menzionati, a titolo esemplificativo: l'obbligo di convocare senza indugio l'assemblea in caso di perdite (artt. 2446 e 2447 c.c.); di accertare senza indugio il verificarsi di una causa di scioglimento e di iscrivere la relativa dichiarazione di accertamento nel registro delle imprese (art. 2485, comma 1, c.c.); il conseguente obbligo di limitare la gestione alla mera conservazione del patrimonio sociale (art. 2486, comma 1, c.c.); l'obbligo di redigere correttamente il bilancio; di tenere in modo regolare le scritture contabili, ecc.

Gli amministratori sono responsabili esclusivamente se violano i doveri su di essi gravanti, mentre il solo fatto di aver eventualmente intrapreso delle decisioni di gestione che hanno determinato un insuccesso economico non è in sé censurabile. Il merito dell'atto di gestione ha infatti natura discrezionale, e non è in sé sindacabile dall'autorità giudiziaria: secondo la c.d. *business judgement rule*, l'autorità giudiziaria non può sindacare nel merito l'opportunità o la convenienza delle scelte di gestione compiute dagli amministratori, che sono espressione di discrezionalità imprenditoriale.

L'insindacabilità nel merito delle scelte gestorie trova peraltro un **limite**, oltre che nella illegittimità delle stesse, anche nella verifica del processo seguito, nella **valutazione di irragionevolezza**, che va compiuta tenendo conto, tra l'altro, della **"mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo"** nonché della **diligenza** mostrata **nell'apprezzare preventivamente i**

¹ In particolare, con riferimento alla diligenza intesa come standard astratto di comportamento che gli amministratori devono osservare, si è affermato in dottrina che è *"il giudice che in definitiva dovrà apprezzare, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso (tipo di società amministrata, sue dimensioni e settore dell'attività esercitata, sue strutture e possibilità finanziarie, importanza e condizioni dell'operazione relativamente alla quale si discute, tempo a disposizione dell'amministratore per prendere la decisione, ecc.) ... se il comportamento dell'amministratore debba o no – alla stregua di come si comportano normalmente gli amministratori in analoghe circostanze – essere qualificato diligente"* (BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 50; TOFFOLETTO, *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, p. 142; ALPA-MARICONDA (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, tomo III, sub art. 2392, p. 595).



rischi inerenti all'**operazione** da compiere (Cass. 22 giugno 2017 n. 15470; Cass. 12 agosto 2009, n. 18231; Tribunale di Bologna, 29 dicembre 2017 n. 2879; Tribunale di Roma, 19 giugno 2017 n. 12372).

L'obbligo di diligenza dell'amministratore deve essere evidentemente parametrato all'**importanza** - *in primis* per impegno economico-finanziario - **della scelta gestoria**, sicché dinnanzi a decisioni di una certa rilevanza è evidente che l'amministratore diligente non può procedere se non sulla base di adeguate verifiche nonché di un piano strategico che tenga conto, nel medio-lungo periodo, dei costi/benefici dell'operazione e del prevedibile sviluppo, con costante periodica verifica ed aggiornamento (Tribunale di Bologna, 2879/2017, cit.).

Le scelte compiute dagli amministratori, dunque, potranno considerarsi insindacabili da parte dell'autorità giudiziaria **esclusivamente laddove siano state legittimamente compiute e non risultino irrazionali** e conseguano ad un procedimento istruttorio corretto e diligente.

È stato così sottolineato che, se è vero che non sono in sé sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali (anche ove presentino profili di alea economica superiori alla norma), resta invece valutabile la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente - se necessario, con adeguata istruttoria - i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, così da non esporre l'impresa a perdite, altrimenti prevenibili. Si tratta, quindi in concreto, di ripercorrere il procedimento decisionale che l'amministratore ha seguito per il compimento della scelta di gestione verificando, in particolare, se abbia tenuto una condotta connotata dalla diligenza richiesta per una scelta di quel tipo.

Per quanto concerne la posizione degli amministratori non esecutivi, come noto, con la riforma del diritto societario è stato eliminato l'onnicomprendente obbligo di vigilanza sul generale andamento della società, sostituito con i doveri di *"valutare, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione"* (art. 2381, comma 3, c.c.); di *"agire in modo informato"* (art. 2381, comma 6, c.c.); nonché di *"dare notizia ... di ogni interesse"* che essi possano avere nelle operazioni deliberate dalla società.

I consiglieri senza deleghe devono così, in particolare, valutare che l'operato dei consiglieri esecutivi sia legittimo, razionale ed adeguato alle caratteristiche della società: in altri termini devono anche vigilare sul comportamento degli stessi.

L'obbligo di controllo sull'attività degli amministratori delegati (che, come chiarito dalla Cassazione, accomuna amministratori non esecutivi e indipendenti, sindaci, revisori, organismo di vigilanza, dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari, dando così vita ad un *"sistema di controllo policentrico"*) è ancor più pregnante quando, come nel caso di specie, *"l'impresa rivesta peculiare interesse per il mercato, attesa la delicatezza degli interessi implicati nell'attività costituente l'oggetto sociale (come in quelle bancarie ed assicurative); inoltre, la conformazione della struttura societaria induce a particolarmente intensi doveri di controllo, proprio allorché la stessa faccia parte di un cd. gruppo o si tratti di società a ristretta base familiare che detenga la maggioranza del capitale, soggetta ad influenze esterne anche pregiudizievoli"* (cfr. Cass. 29 dicembre 2017, n. 31204)



Quanto al dovere di agire in modo informato, come precisato in giurisprudenza, esso si struttura su diversi livelli: da un lato vi è il dovere di ricevere e valutare le informazioni fornite dai delegati in occasione dei flussi informativi proceduralizzati previsti dalla legge (art. 2381, commi 3 e 5, c.c.), dall'altro il dovere positivo di attivarsi per richiedere informazioni ulteriori *"in presenza di elementi tali da porre sull'avviso gli amministratori, alla stregua della diligenza richiesta dalla natura dell'incarico o dalle loro specifiche competenze"* (così Cass. 31 agosto 2016, n. 17441).

Con specifico riferimento alla predisposizione del progetto di bilancio, è delineabile una responsabilità anche in capo agli amministratori non delegati nel caso di false appostazioni in bilancio qualora vi siano *"segnali di allarme"* che facciano sospettare la falsità (Tribunale di Genova, 3 ottobre 2017, n. 8880).

Nella valutazione della responsabilità degli amministratori, assume inoltre particolare importanza anche l'omessa messa in opera di assetti organizzativi adeguati e di efficaci sistemi di controllo interno, essendo pacifico che un'efficiente struttura di *corporate governance* costituisce strumento essenziale per la corretta amministrazione di una società e la sua attuazione risulta pertanto imprescindibile soprattutto laddove l'impresa svolga un'attività, come quella assicurativa, che coinvolge interessi di rilievo pubblicistico (cfr., *inter alia*, Cass. 31204/2017, cit., dove la responsabilità degli amministratori – anche non esecutivi – e dei sindaci di una impresa di assicurazioni è stata confermata anche in considerazione del fatto che gli episodi di inadempimento ai loro doveri *"sono stati resi possibili dalla mancanza di un sistema adeguato di controlli interni, non risultando mai mossi rilievi da parte dei consiglieri di amministrazione e dei sindaci al riguardo, nonostante le informazioni rese al consiglio fossero sempre generiche ed incomplete"*).

Nel caso di specie, dalla ricostruzione dei fatti contenuta nel Report reso da PwC in data 11 giugno 2019 (di seguito, il **Report PwC**)² sembrano emergere diversi profili di negligenza addebitabili al *management* di Net e Net Life in carica all'epoca dei fatti rilevanti e che potrebbero dunque essere posti a fondamento di un'azione di responsabilità *ex art.* 2393 c.c..

Un primo ordine di considerazioni concerne la (ir)razionalità delle scelte operate a monte del trasferimento dei titoli di Stato oggetto di distrazione (di seguito, i **Titoli di Stato** o anche solamente i **Titoli**).

La scelta della stipulazione di contratti di Investment Advisory e di Prime Brokerage con le società che si erano rese disponibili a sottoscrivere il Prestito Subordinato (o che comunque erano legate alle società sottoscrittrici del Prestito, in quanto riconducibili alle medesime persone fisiche) pare in sé molto difficilmente comprensibili sotto il profilo razionale, non essendo assolutamente individuabile né la ragione economica, né la finalità, di tali rapporti. Questi ultimi paiono per la verità più facilmente ascrivibili ad una (non confessata) finalità remuneratoria della disponibilità a sottoscrivere un Prestito Subordinato che non aveva raccolto interesse sul mercato. Tali contratti - in esecuzione dei quali sono state realizzate le diverse operazioni di trasferimento dei Titoli di Stato (nel prosieguo, le **Operazioni**) - sono anche stati conclusi in assenza di alcuna verifica sulla reputazione e sulla affidabilità finanziaria delle controparti (una delle quali era addirittura sprovvista della necessaria

² Si rimanda al Report PwC per la ricostruzione dettagliata delle vicende in esame.



autorizzazione a svolgere la relativa attività). Gli amministratori hanno quindi acconsentito a che i Titoli di Stato fossero trasferiti a società estere (peraltro riconducibili ad una persona fisica coinvolta in vicende giudiziarie penalmente rilevanti), e su conti bancari esteri, senza acquisire informazioni dagli istituti bancari che avrebbero dovuto custodire i Titoli di Stato e senza insospettirsi a fronte del fatto che nessuna delle Compagnie era stata richiesta di aprire alcun rapporto con detti istituti bancari, né era stata oggetto di una attività di verifica da parte dei medesimi.

Peraltro, le diverse operazioni di trasferimento hanno avuto ad oggetto Titoli di Stato per complessivi Euro 26,6 milioni circa, ossia un importo pari ad oltre la metà del patrimonio netto consolidato del Gruppo Net. Data la rilevanza economica delle Operazioni, gli amministratori avrebbero dovuto usare la massima diligenza e accortezza nell'adozione delle cautele, nell'esecuzione delle verifiche, e nella raccolta di tutte le informazioni preventive necessarie per apprezzare adeguatamente i rischi connessi alle operazioni stesse.

Pare inoltre possibile ascrivere agli amministratori una responsabilità per omessa predisposizione di un adeguato sistema di controlli interni, in quanto sia dal Report PwC che dalle rappresentazioni offerte nei pareri resi dal Dott. Cremona e dal Prof. Caprio è emersa l'inefficacia di tali sistemi, che non hanno intercettato numerosi segnali di incoerenza o anomalia rilevabili nel corso della gestione delle Operazioni.

Quanto precede, da un lato ha reso possibile la malversazione subita dalle Società, e dall'altro ha portato a sovrastimare - nei bilanci di esercizio e nel bilancio consolidato per il 2017 (di seguito, congiuntamente, i **Bilanci 2017**) - il portafoglio dei titoli di Stato di proprietà di Net e Net Life. Come osservato dal Dott. Cremona, infatti, *"i bilanci di Net Insurance S.p.A. e di Net Insurance Life S.p.A. al 31 dicembre 2017 contengano errori rilevanti connessi agli effetti della contabilizzazione di titoli di Stato che, come successivamente accertato, non erano nella disponibilità delle Società"*. L'origine di tali errori, secondo l'esperto, *"è riconducibile a gravi e diffuse carenze nell'assetto organizzativo, procedurale e di controlli adottato dalle Società per governare il processo di formazione dei suddetti bilanci, nonché ad un inadeguato svolgimento delle attività di revisione contabile non conforme ai principi di revisione internazionali"*.

Questi, a nostro avviso, rappresentano i principali aspetti di criticità nell'operato degli amministratori (delegati e non delegati) che hanno svolto il proprio incarico presso le Compagnie negli esercizi 2017 e 2018 e che potrebbero essere posti a fondamento dell'azione di responsabilità ex artt. 2392 e 2393 c.c..

Responsabilità del Dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari

Le disposizioni che disciplinano la responsabilità degli amministratori, ai sensi dell'art. 154-bis del Testo Unico delle norme in materia di intermediazione finanziaria, si applicano anche ai dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, in relazione ai compiti loro spettanti, e salve le azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società.

Con riferimento alle vicende oggetto del presente parere, dal Report PwC emerge come il soggetto che, all'epoca dei fatti rilevanti, ha ricoperto l'incarico di Dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari fosse direttamente coinvolto nella gestione delle Operazioni, avendo svolto un ruolo decisivo nella contrattazione e nella stipula dei contratti

di Prime Brokerage e Investment Advisory ed avendo altresì sottoscritto alcuni degli ordini di trasferimento dei Titoli di Stato.

Responsabilità dei sindaci

La responsabilità dei sindaci è regolata dall'art. 2407 c.c., ai sensi del quale i membri del collegio sindacale sono civilmente responsabili in solido con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità agli obblighi della loro carica.

La norma deve essere letta alla luce dell'art. 2403 c.c. che pone a carico del collegio sindacale il dovere di vigilare *“sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento”*.

I presupposti che devono necessariamente sussistere per ravvisare una responsabilità civile in capo ai sindaci sono i seguenti: condotta illecita degli amministratori, omesso adempimento degli obblighi di controllo sugli stessi gravanti, danno per la società e nesso causale (in quanto occorre provare che un diverso e più diligente comportamento dei sindaci avrebbe evitato il danno alla società, Cass. 29 ottobre 2013 n. 24362).

È stato inoltre evidenziato in giurisprudenza che: *“In tema di responsabilità dei sindaci di una società di capitali, ai fini dell'osservanza del dovere di vigilanza, previsto dall'articolo 2407, secondo comma, del cc non occorre l'individuazione di specifici comportamenti che si pongano espressamente in contrasto con tale dovere, ma è sufficiente che essi non abbiano rilevato una macroscopica violazione o comunque non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità, così da non adempiere l'incarico con diligenza, correttezza e buona fede, eventualmente anche segnalando all'assemblea le irregolarità di gestione riscontrate o denunciando i fatti al pubblico ministero per consentirgli di provvedere ai sensi dell'articolo 2409 del Cc, in quanto può ragionevolmente presumersi che il ricorso a siffatti rimedi, o anche solo la minaccia di farlo per l'ipotesi di mancato ravvedimento operoso degli amministratori, avrebbe potuto essere idoneo a evitare (o quanto meno a ridurre) le conseguenze dannose della condotta gestoria”* (Cass. 18 settembre 2017, n. 21566).

Il Collegio Sindacale è tenuto sempre ad una sorveglianza di tipo sostanziale sugli atti di gestione, sui processi e sulle procedure, che passa anche attraverso la valutazione dell'efficienza e dell'idoneità del sistema dei controlli interni a identificare e monitorare eventuali disfunzioni, anomalie, o carenze nell'operatività della società.

Infine, si sottolinea che il compito fondamentale di controllo sullo svolgimento dell'attività sociale che spetta ai sindaci al fine di assicurare l'osservanza della legge, dello statuto e dei principi di corretta amministrazione deve essere svolto in modo tanto più pregnante quanto più è rilevante l'operazione compiuta dal *management* societario.

Nel caso di specie, i membri del Collegio Sindacale delle Compagnie in carica negli esercizi 2017 e 2018, come è emerso dalle ricostruzioni dei fatti, sono rimasti totalmente inerti dinanzi al compimento delle Operazioni, senza che sia mai stata svolta alcuna attività di vigilanza e controllo sulle stesse, nonostante l'ingente valore dei Titoli trasferiti e le



numerose anomalie che avrebbero dovuto (e potuto) essere rilevate nel corso della gestione delle Operazioni stesse.

In particolare il Collegio non ha ritenuto di dover svolgere alcuna verifica sulle controparti contrattuali, società estere tutte riconducibili ad una medesima persona fisica coinvolta in vicende penalmente rilevanti.

Inoltre, è emerso che il Collegio, aggiornato con cadenza periodica sulla situazione degli impieghi finanziari delle Compagnie, nei propri verbali riportava di aver verificato che *“sui titoli di proprietà della Società non sussiste alcun vincolo, come risulta dalle seguenti attestazioni dei depositari”*, qualificando erroneamente come “depositari” soggetti che in realtà svolgevano il ruolo di controparte delle Compagnie nell’ambito dei contratti di Prime Brokerage. È invece evidente che il Collegio Sindacale non aveva effettuato alcuna verifica circa la perdurante esistenza di un titolo di proprietà sui Titoli, e delle modalità attraverso le quali lo stesso fosse stato ottenuto.

Le certificazioni provenienti dalle controparti attestavano a favore delle Società la piena, libera e ininterrotta proprietà e disponibilità dei Titoli premettendo sempre la dicitura *“per quanto a nostra conoscenza”*: nonostante la manifesta inidoneità delle stesse, l’evidenza che tali attestazioni non potessero essere assimilate ad una certificazione bancaria, il Collegio Sindacale non ha richiesto alcun supplemento di informazioni alle Compagnie.

Inoltre, non risulta che gli ex sindaci abbiano svolto adeguate verifiche sulla efficacia ed idoneità del sistema di controlli interni a rilevare anomalie e disfunzionalità.

Responsabilità della società di revisione

La responsabilità della società incaricata della revisione legale dei conti è disciplinata dal D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, ed in particolare dall’art. 15, secondo il quale *“i revisori legali e le società di revisione legale rispondono in solido tra loro e con gli amministratori nei confronti della società che ha conferito l’incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi per i danni derivanti dall’inadempimento ai loro doveri. Nei rapporti interni tra i debitori solidali, essi sono responsabili nei limiti del contributo effettivo al danno cagionato”*.

Il parametro concretamente utilizzato per valutare la sussistenza di una eventuale responsabilità in capo ai revisori legali è rappresentato, anche in questo caso, dalla professionalità e diligenza richieste dalla natura dell’incarico.

I principali doveri che gravano sui soggetti incaricati della revisione legale dei conti sono individuati dall’art. 14 del D.lgs. n. 39/2010, ai sensi del quale i revisori: *“a) esprimono con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto, ed illustrano i risultati della revisione legale;”* e *“b) verificano nel corso dell’esercizio la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili”*.

Nello svolgimento dell’attività di revisione legale, peraltro, in forza dell’art. 11 del D.lgs. 39/2010, i revisori devono conformarsi ai principi di revisione internazionali (ISA Italia), nonché alle procedure o obblighi di revisione supplementari stabiliti dal Ministero dell’economia e delle finanze, sentita la Consob.



La corretta applicazione di tali principi risulta pertanto essenziale al fine di valutare l'adempimento o meno, da parte dei revisori, ai doveri loro imposti con la diligenza e la professionalità richieste.

Nell'ambito dei principi di revisione internazionali, l'ISA Italia 200 prevede come obiettivo fondamentale del revisore quello di *“acquisire una ragionevole sicurezza che il bilancio nel suo complesso non contenga errori significativi, dovuti a frodi o a comportamenti o eventi non intenzionali”*. Per raggiungere tale obiettivo, il principio di revisione ISA Italia 315 stabilisce che, in sede di pianificazione della propria attività, il revisore deve *“identificare e valutare i rischi di errori significativi, siano essi dovuti a frodi o a comportamenti o eventi non intenzionali, a livello di bilancio e di asserzioni, mediante la comprensione dell'impresa e del contesto in cui opera, incluso il suo controllo interno, conseguendo in tal modo una base per definire e mettere in atto risposte di revisione a fronte dei rischi identificati e valutati di errori significativi”*.

Un ulteriore principio di revisione rilevante è rappresentato dall'ISA Italia 500, che indica ciò che costituisce un elemento probativo per il revisore e chiarisce in particolare che l'attendibilità degli elementi probativi raccolti dal revisore attraverso lo svolgimento delle suddette procedure è maggiore quando tali elementi provengono da fonti indipendenti esterne all'impresa, evidenziando al riguardo l'importanza della cd conferma esterna, elemento probativo acquisito dal revisore *“come risposta in forma scritta da parte di un soggetto terzo”*.

La disciplina delle procedure di conferma esterna (comunemente chiamate lettere di circolarizzazione) volte ad ottenere elementi probativi *“pertinenti e attendibili”* è individuata dall'ISA Italia 505.

In particolare, alla luce di detto principio di revisione internazionale, il revisore deve mantenere il controllo sulle richieste di conferma, il che implica, *inter alia*, la selezione del soggetto circolarizzato adeguato, che dovrà quindi disporre degli elementi conoscitivi necessari per fornire una risposta affidabile.

Inoltre, con riferimento all'attendibilità delle risposte alle richieste di conferma, il principio ISA Italia 505 stabilisce che *“qualora il revisore identifichi fattori che fanno sorgere dubbi in merito all'attendibilità della risposta ad una richiesta di conferma, egli deve acquisire ulteriori elementi probativi per risolvere tali dubbi”*.

Il Report PwC spiega che nella vicenda in esame i principali profili di negligenza che emergono a carico della società incaricata della revisione dei conti delle Compagnie (i.e. BDO Italia S.p.A., di seguito, **BDO**) concernono le circostanze di seguito elencate.

(i) Non risulta che BDO abbia svolto approfondimenti sulle anomalie che caratterizzavano le Operazioni (quali, a mero titolo esemplificativo, l'avvicinarsi di tre diverse società nel ruolo di Prime Broker nel giro di pochi mesi, l'assenza di autorizzazione per uno dei suddetti Prime Broker, l'assenza di alcun compenso corrisposto dalle Compagnie alle controparti per i servizi resi nell'ambito dei contratti di Prime Brokerage, il fatto che nessuno di questi contratti indicasse le coordinate dei conti di deposito presso i quali avrebbero dovuti essere trasferiti i titoli), nonostante le anomalie stesse fossero rilevabili da fonti disponibili per la società di revisione stessa.



(ii) La lettera di circolarizzazione inviata da BDO nell'ambito delle attività di revisione dei Bilanci 2017, al fine di accertare l'esistenza e la disponibilità dei Titoli di Stato è risultata non conforme all'ISA Italia 505 in materia di "Conferme esterne", essendo stata inviata al Prime Broker anziché al soggetto depositario dei Titoli di Stato. L'ordinaria diligenza richiesta nello svolgimento dell'incarico di revisione avrebbe imposto di inviare la richiesta di conferma esterna al soggetto depositario dei Titoli di Stato. Ove ciò fosse correttamente avvenuto, la società di revisione avrebbe potuto accertare, già in sede di controllo contabile dei Bilanci 2017, che tali Titoli erano stati distratti dalla disponibilità delle Compagnie.

(iii) La società di revisione ha, inoltre, ritenuto che, in assenza di qualsivoglia estratto conto titoli o altro documento ufficiale che potesse fornire evidenza dell'esistenza, proprietà e disponibilità dei Titoli di Stato a favore di Net e Net Life, le sole lettere datate 31 dicembre 2017 trasmesse dal Prime Broker alle Compagnie, in cui si attestava che "*per quanto a nostra conoscenza [del Prime Broker, ndr]*" i suddetti Titoli erano nella piena, libera e ininterrotta proprietà e disponibilità di Net e Net Life, potessero costituire un elemento probativo sufficiente e appropriato al fine della loro contabilizzazione nei Bilanci 2017.

Tali circostanze mettono in luce una inescusabile negligenza della società di revisione nell'applicare adeguate procedure, conformi ai principi di revisione, al fine di fronteggiare il rischio che i Bilanci 2017 fossero inficiati da un errore significativo.

Per quanto concerne la legittimazione passiva rispetto all'azione di responsabilità, la società danneggiata, come qualsiasi altro creditore, ha piena discrezionalità nella scelta se e verso quale dei debitori far valere il proprio credito, e l'amministratore che subisca l'azione ha comunque strumenti processuali che gli consentono di ottenere una ripartizione dell'obbligo risarcitorio anche con gli altri soggetti responsabili eventualmente pretermessi.

Qualora la gestione della società sia affidata ad un organo collegiale, come il Consiglio di Amministrazione, l'azione di responsabilità *ex art.* 2392 e 2393 c.c. per il risarcimento dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri imposti può pacificamente essere promossa contro la totalità o soltanto una parte dei soggetti da ritenersi responsabili.

A non essere possibile è al contrario l'esperimento di un'azione di responsabilità impersonalmente rivolta contro il consiglio di amministrazione nel suo complesso. Come sottolineato dalla giurisprudenza di legittimità³, infatti, la legittimazione passiva nasce e permane non in capo al consiglio di amministrazione quale *corpus* o organo autonomo, ma in capo a ciascuno dei suoi componenti.

Come noto, i singoli amministratori, *ex art.* 2392 c.c., sono **solidalmente responsabili** verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto, "*a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori. In ogni caso gli amministratori, fermo quanto disposto dal comma terzo dell'art. 2381, sono solidalmente responsabili se, essendo*

³ Il principio è stato affermato sin dalla sentenza Cass. 24 settembre 1959, n. 2609.

a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose”.

Il vincolo di solidarietà opera sia nel caso di amministrazione pluripersonale senza deleghe, sia nel caso in cui il Consiglio di Amministrazione abbia conferito deleghe al Comitato Esecutivo o a singoli amministratori. In questa seconda ipotesi, infatti, è ben possibile ravvisare una responsabilità solidale in capo agli amministratori sia delegati che deleganti laddove entrambe tali categorie abbiano concorso, sia pure a titolo diverso, a determinare il medesimo evento dannoso. Del resto, è pacifico che i consiglieri non operativi non possano disinteressarsi dell’attività degli amministratori delegati, e risultano quindi corresponsabili del danno (anche se cagionato dalle scelte effettuate dagli amministratori operativi nell’ambito delle materie ad essi delegate) laddove emerga la violazione degli obblighi informativi o di controllo attivo loro imposti, rispettivamente, dall’art. 2381, comma 6, e 2392, comma 2, c.c..

Dalla natura solidale della responsabilità degli amministratori per i danni derivanti da *mala gestio* discende – come anticipato – che **la società danneggiata ben può pretendere l’intero risarcimento nei confronti di uno o alcuni soltanto** tra i condebitori.

A livello processuale, peraltro, è evidente che l’obbligazione solidale passiva non comporta l’inscindibilità delle posizioni processuali e, dunque, non dà luogo a litisconsorzio necessario, in quanto il rapporto processuale può utilmente svolgersi anche nei confronti di uno solo dei coobbligati in solido: il che conferma **la assoluta libertà**, per la società danneggiata, **di scegliere contro quali amministratori agire in giudizio**.

Questi (incontroversi) principi sono stati in diverse occasioni ribaditi dalla giurisprudenza, secondo cui: *“l’azione di responsabilità promossa contro gli organi di società, a norma degli artt. 2393 e 2394 c.c., dà luogo ad un’ipotesi di litisconsorzio facoltativo, poiché la responsabilità per fatti di mala gestio determina il sorgere di un’obbligazione solidale passiva e ciò consente al creditore danneggiato di agire in giudizio anche contro uno solo dei responsabili; (...) la società attrice certamente può sin da principio agire solo contro alcuni degli amministratori ed alcuni dei sindaci cui sia imputabile la violazione dei rispettivi doveri”* (Cass. 18 maggio 2012, n. 7907, enfasi aggiunta, nonché, in senso analogo, Cass. 18 settembre 2017, n. 21567⁴).

Ancora: *“Essendo la responsabilità degli amministratori (...) di cui agli artt. 2392 e segg. c.c. solidale, il creditore ha facoltà di far valere la propria pretesa contro il coobbligato od i coobbligati nei cui confronti ritiene preferibile agire senza che la sua scelta sia sindacabile”* (Tribunale di Torino, 28 aprile 1983, in *Società*, 1984, p. 326, enfasi aggiunta). Anche la miglior dottrina ha chiaramente evidenziato che *“allorquando la società per azioni sia amministrata da un organo collegiale, è pacifico che la deliberazione autorizzativa che l’assemblea dovrà adottare ai sensi dell’art. 2393, 1° co., c.c. possa individuare e scegliere*

⁴ Si veda altresì Cass. 25 luglio 2008, n. 20476, ove si legge: *“la responsabilità di amministratori e sindaci per fatti di mala gestio configura un’ipotesi di obbligazione solidale in presenza della quale non sussiste litisconsorzio necessario, di guisa che il creditore (...) è sempre libero, proprio in forza del principio di solidarietà, di scegliersi il convenuto e di limitare la domanda soltanto a taluno degli obbligati, salva in ogni caso la facoltà del convenuto prescelto di chiamare in causa ex art. 106 c.p.c., i coobbligati o agire separatamente in regresso contro di loro ai sensi dell’art. 1299 c.c.”*; nonché Cass. 23 luglio 2010, n. 17283.



contro quali, tra gli amministratori, debba essere esercitata l'azione di responsabilità

(cfr. Conforti, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012, p. 833, enfasi aggiunta; Bonelli, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, p. 171).

Le scelte discrezionali della società, saranno del resto inevitabilmente condizionate da una serie di fattori quali gli obblighi probatori che su di essa incombono, le concrete possibilità di recupero, ecc. Una valutazione "selettiva" e quindi una scelta dei soggetti verso i quali proporre l'azione è dunque del tutto legittima e pienamente ammissibile.

Ciò posto in merito alla assoluta libertà della società danneggiata di selezionare gli amministratori (e/o gli altri soggetti corresponsabili del danno) contro cui esercitare l'azione di responsabilità, occorre altresì sottolineare che **"gli amministratori non convenuti (o non immediatamente convenuti) in giudizio non potranno ovviamente ritenersi liberati"** (cfr. Conforti, cit., p. 834).

Infatti, la delibera assembleare che autorizza l'azione di responsabilità contro alcuni soltanto degli amministratori **non palesa alcuna volontà di rinunciare a far valere la responsabilità di altri soggetti** coinvolti nella gestione delle operazioni che hanno cagionato il danno e, quindi, **non** preclude la possibilità per la società stessa di deliberare in un secondo momento l'esperimento dell'azione sociale di responsabilità anche nei confronti degli amministratori (o sindaci, o altri possibili legittimati passivi) inizialmente non convenuti in giudizio⁵.

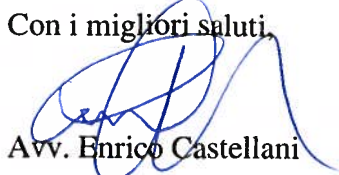
Del resto, un'estensione del contraddittorio nell'ambito dell'azione di responsabilità promossa contro alcuni amministratori potrebbe altresì derivare da una eventuale chiamata in causa di altri amministratori da parte di quelli che la società ha scelto di convenire in giudizio (così come dal possibile intervento volontario in causa di un amministratore non convenuto).

Conclusioni

Da quanto precede, e salvo ulteriori approfondimenti, si ritengono allo stato sussistenti i presupposti giuridici per l'esperimento dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e dei sindaci delle Compagnie in carica negli esercizi 2017 e 2018, nonché nei confronti del Dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari e della società incaricata della revisione legale dei conti.

Restiamo a disposizione per ogni eventuale richiesta di chiarimenti.

Con i migliori saluti,


Avv. Enrico Castellani

⁵ Cfr. Tribunale di Milano, 26 giugno 1989, in *Giur. Comm.*, 1990, II, p. 122, secondo cui, rispetto alla delibera che autorizza l'azione di responsabilità nei confronti di alcuni amministratori, *"deve ritenersi esclusa ogni voluntas liberandi, remittendi, absolvendi nei confronti degli altri amministratori in carica al momento dei fatti contestati"*. In dottrina, oltre a CONFORTI (cit.), p. 834, si veda altresì BIANCHI, *La responsabilità dell'organo amministrativo e di controllo*, Milano, 2009, p. 75.