I doveri degli amministratori di società alla luce del D.L. 118/2021

1. **Introduzione**

Pochi settori del diritto sono stati oggetto negli ultimi anni di interventi normativi così numerosi e così rilevanti come la disciplina della crisi di impresa, con ovvi e immediati riflessi sui doveri e sulla responsabilità degli amministratori delle società chiamati ad affrontarla.

Come autorevolmente affermato [1], la responsabilità degli amministratori nella gestione della crisi di impresa può rilevare sotto tre diversi profili: a) per aver cagionato o aggravato la crisi dell'impresa; b) per non aver tempestivamente percepito i sintomi della crisi o non avervi prontamente reagito; c) per non aver correttamente adoperato gli strumenti previsti per fronteggiarla o per limitarne gli effetti.

Si tratta, come vedremo, di aspetti sui quali il legislatore ha tentato più volte di intervenire e lo ha fatto anche con il recente Decreto Legge 24 agosto 2021, n. 118, convertito con modifiche dalla Legge 21 ottobre 2021, n. 147, recante "*Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia*".

2. ***Business judgement rule*, adeguati assetti e crisi di impresa.**

Come già evidenziato in un recente contributo su questo stesso sito, nel campo della valutazione delle responsabilità dell'organo amministrativo di società, da tempo nel nostro sistema ha preso cittadinanza il principio, di derivazione

anglosassone, della generale insindacabilità nel merito delle scelte gestionali degli amministratori (c.d. *business judgement rule*).

Per la precisione, la *business judgement rule* (BJR) è una dottrina di matrice anglosassone che mira a circoscrivere il rischio per l'organo amministrativo di essere giudicati responsabili per aver assunto decisioni imprenditoriali che, alla prova dei fatti, si rivelino poi errate. Conseguentemente, dette scelte debbono essere dichiarate giudizialmente insindacabili [2].

La condotta degli amministratori non è però immune da qualsiasi giudizio, dato che l'operato dell'organo gestorio deve essere in ogni caso conforme agli obblighi giuridici, sia specifici che di carattere generale, che sono posti a suo carico nell'espletamento dell'incarico e che derivano sia dalla legge che dallo statuto.

Gli amministratori hanno quindi il dovere di agire secondo la diligenza richiesta dal ruolo svolto, diligenza che va valutata con riferimento alla "*natura dell'incarico*" e in particolare con richiamo alla diligenza professionale, di cui all'articolo 1176, comma 2, del codice civile. La Suprema Corte di Cassazione ha al proposito stabilito, con indirizzo consolidato e recentemente ribadito [3], che "*se è vero che, secondo il proprio pacifico orientamento giurisprudenziale (Cass. Sez. 1, Sentenze nn. 3652 del 1997 e 3409 del 2013), all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità ex art. 2392 cod. civ. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società, e che sulla base di quella stessa elaborazione si è precisato che se il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le*

scelte di gestione (o le modalità e circostanze di tali scelte), anche se presentino profili di rilevante alea economica, è pur vero tuttavia che, in tal tipo di giudizio, può ben sindacarsi l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità, e perciò anche la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere".

L'insindacabilità nel merito delle scelte gestionali, in conclusione, trova un limite nella legalità e nella valutazione di ragionevolezza delle stesse.

Il tema della BJR è recentemente tornato all'attenzione degli interpreti dopo l'introduzione, da parte dell'art. 375 del D. Lgs. 14/2019 (Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza) del secondo comma dell'art. 2086 c.c., che prevede, colme noto, l'obbligo per l'imprenditore che operi in forma societaria e collettiva di curare l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.

La necessaria previsione di assetti organizzativi adeguati era già stata invocata alla luce dei principi dettati dagli articoli 2381 e 2403 c.c. ma il novellato art. 2086 c.c. impone oggi un generale dovere di corretta gestione indipendentemente dal modello di organizzazione collettiva dell'attività che è stato prescelto [4].

Resta però da chiarire se la regola della BJR, pur nata con riferimento alle scelte imprenditoriali degli amministratori, possa essere applicata anche alle scelte "organizzative" da questi poste in essere.

Da una parte si osserva infatti che gli assetti organizzativi, a differenza delle scelte imprenditoriali, sono processi di gestione amministrativa che non sono soggetti alla discrezionale libertà di impresa ma debbono raggiungere la

soglia di adeguatezza richiesta dalla generale applicazione del principio di correttezza [5]. Di contro, si è osservato come il dovere organizzativo non abbia un contenuto specifico [6] e non possa quindi che essere valutato alla luce delle buone prassi gestionali come definite dalla scienza aziendalistica, risultando quindi soggetto ai profili di discrezionalità propri della BJR [7]

Quindi, seppure è difficile ipotizzare una traslazione i principi di insindacabilità delle scelte gestorie a quelle organizzative, va tenuto conto che il dovere di istituire adeguati assetti è funzionale all'adempimento di altri obblighi, generici o specifici, degli amministratori [8]. La funzione organizzativa, pertanto, rientra nell'ambito della gestione sociale e dev'essere esercitata non tanto in conformità a rigidi parametri normativi quanto ai principi elaborati dalle scelte aziendalistiche.

In definitiva, "*la scelta organizzativa rimane pur sempre una scelta afferente al merito gestorio, per la quale vale il criterio della insindacabilità e ciò pur sempre nella vigenza dei limiti sopra esposti e, cioè, che la scelta effettuata sia razionale (o ragionevole), non sia ab origine connotata da imprudenza tenuto conto del contesto e sia stata accompagnata dalle verifiche imposte dalla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico*" [9].

È in ogni caso pacifico che, nel testo introdotto dall'art. 375 CII, il dovere di istituire adeguati assetti è funzionale alla tempestiva rilevazione della crisi di impresa [10]. Il fatto che il precetto sia stato introdotto dal codice della crisi, seppure attraverso lo strumento della novella codicistica, conferma infatti la finalità di consentire all'imprenditore di affrontare tempestivamente gli eventi patologici della vita d'impresa come la perdita della continuità aziendale e lo stato di crisi [11].

3. **La gestione della crisi nel codice civile e nel CCII.**

Storicamente, il nostro sistema codicistico è caratterizzato dalla pratica assenza di norme dirette a disciplinare i compiti dell'organo amministrativo durante lo stato di crisi dell'impresa.

Il codice civile detta infatti, agli artt. 2446 e 2447 c.c. (per le S.p.a.) ed agli artt. 2482 bis e 2482 ter c.c. (per le S.r.l.) le regole di comportamento che gli amministratori debbono rispettare in caso di perdite rilevanti del capitale sociale. Si tratta però di norme destinate ad affrontare una crisi di natura strettamente "patrimoniale" e non appaiono invece idonee a salvaguardare le esigenze di continuità aziendale oppure l'interesse del ceto creditorio.

La perdita del capitale non si traduce infatti necessariamente nell'emersione di uno stato di insolvenza, caso in cui scatterebbe l'obbligo di chiedere l'accesso ad una procedura concorsuale oppure di ricorrere agli strumenti alternativi normativamente previsti, e non comporta neppure l'obbligo di arrestare l'attività. Questo fa sì che, nella maggioranza dei casi, gli amministratori affrontano lo stato di crisi con un ritardo notevole e con scarse possibilità di porvi rimedio.

Per ovviare a questa situazione è stato licenziato il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, con il preciso scopo di mutare l'ottica con la quale gli amministratori sono chiamati ad affrontare lo stato di crisi. L'introduzione della disciplina delle "procedure di allerta e della composizione della crisi" è infatti espressamente finalizzata a rilevare tempestivamente i primi sintomi della crisi d'impresa e, per l'effetto, di intervenire prontamente al fine di superarla. Correttamente si parla quindi di un sistema di norme volte alla "prevenzione" della crisi prima ancora che alla sua soluzione.

È stato però correttamente rilevato [12] che gli obblighi organizzativi e gestori dell'organo amministrativo come introdotti dal CCII si muovono nell'ottica di un concetto di

crisi che l'art. 2 comma 1 lett. a) definisce espressamente come "probabilità di insolvenza" e che quindi all'insolvenza stessa si trova molto vicino. I sintomi che rendono obbligatoria l'attivazione delle procedure di allerta sono infatti sintomi sicuramente gravi che rendono assai difficile ipotizzare un'inversione di rotta.

L' allerta "esterna", attivabile su istanza di soggetti terzi rispetto all'imprenditore, è stata inoltre sin da subito percepita come eccessivamente invasiva, tanto che la sua entrata in vigore, tutt'altro che scontata, è oggi differita al 31 dicembre 2023. Dubbi vi sono infine sulla possibilità che venga effettivamente varata la procedura di composizione assistita della crisi dinanzi all'OCRI, sistema sicuramente assai complesso sulla cui effettiva utilità è lecito avanzare qualche dubbio.

4. **Il D.L. 118 e la composizione negoziata della crisi.**

In questo contesto la riforma del 2021 rappresenta un ulteriore passo avanti nel tentativo di approccio alla crisi di impresa, proponendosi di affrontare quelle situazioni che, sinora non disciplinate, si collocano nella zona grigia che viene definita come *twilight zone* e che separa la fase fisiologica da quella patologica della vita dell'impresa [13].

Il presupposto per l'accesso al nuovo istituto della composizione negoziata della crisi, infatti, va rintracciato in quelle "condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario" che "rendono probabile la crisi o l'insolvenza dell'imprenditore" [14]. L'accesso a questo nuovo strumento si colloca quindi in un momento antecedente all'insolvenza probabile prevista nel CCII e contempla tutte quelle situazioni di "pre – crisi" nelle quali la crisi stessa è un'eventualità ma non si è ancora verificata [15].

La mutata ottica si riflette direttamente sia sulla gestione dell'impresa nella fase della composizione negoziata sia sui

doveri degli amministratori e sulla conseguente responsabilità.

Il primo comma dell'art. 9 del D.L. 118 afferma espressamente che "nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa" e non viene quindi previsto alcuno spossessamento, neppure attenuato, del debitore, con evidente differenza con quello che è il regime previsto nella procedura di concordato preventivo anche in continuità.

Sempre secondo la medesima disposizione, inoltre, "l'imprenditore in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. Quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori". Salta immediatamente all'occhio la differenza con il disposto dell'art. 4 CCII, a norma del quale il debitore è chiamato, "nell'esecuzione degli accordi e nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza e durante le trattative che le precedono", a comportarsi secondo buona fede e correttezza e a "gestire il patrimonio o l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori".

L'interesse dei creditori, peraltro assente nella prima versione del decreto e introdotto solo dalla legge di conversione, deve essere quindi tenuto in prevalente considerazione nella gestione dell'impresa solo nel caso di insolvenza con prospettive di risanamento.

Peraltro, come correttamente osservato [16], non appare casuale l'utilizzo del termine "prevalente" in luogo dell'aggettivo "prioritario" contenuto nell'art. 4 CCII. Il concetto di "prevalenza" appare sicuramente meno pregnante di quello di "priorità" contenuto nel codice della crisi e può

quindi affermarsi che, anche nell'ipotesi di insolvenza reversibile, l'interesse dei creditori, anziché essere perseguito prima di ogni altro, deve semplicemente risultare preminente rispetto agli altri pur potendo essere perseguito contestualmente.

La graduazione degli interessi da tutelare impatta naturalmente sulla diligenza richiesta agli amministratori nell'adempimento del proprio incarico. Sino al verificarsi dello stato di insolvenza, infatti, non risulta possibile invocare una deroga al generale principio dell'insindacabilità delle scelte gestorie degli amministratori.

Viceversa, appare plausibile un aggravamento degli obblighi organizzativi posti a carico dell'organo gestorio. Anticipare l'intervento volto a prevenire la probabilità della crisi comporta sicuramente una stretta sulla necessità di istituire adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili ex art. 2086 c.c., nonché sul dovere di reagire ai primi sintomi ricorrendo, ove ve ne sia la possibilità, al nuovo istituto della composizione negoziata della crisi [17].

Sembra poi scontata la sussistenza di un generico dovere di astenersi dal porre in essere atti depauperativi del patrimonio sociale, quali la riduzione reale del capitale, la distribuzione di riserve o il rimborso di finanziamenti ai soci [18].

Infine, pur non potendosi sicuramente parlare della composizione negoziata come di una procedura concorsuale, nulla vieta che possa invocarsi una responsabilità degli amministratori per abusivo utilizzo del nuovo istituto, laddove vi si ricorra senza concrete prospettive di risanamento e al solo scopo di procrastinare l'inevitabile apertura del fallimento [19] . Sembrano infatti estensibili al caso di specie le argomentazioni da tempo emerse nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale sull'abuso dello strumento concordatario [20].

Si tratta naturalmente di aspetti che troveranno forma una volta che potremo avere contezza dei primi interventi giurisprudenziali su fattispecie e casi concreti.

Simone Giugni, Avvocato in Pisa

[1] RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in Le Società, 2013, 669

[2] Così BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in Riv. Soc., 2019, 413

[3] Cass. 22.06.2017 n. 15470; conf. Cass. 27.12.2013 n. 28669; Cass. 12.02.2013 n. 3409; Cass. 28.04.1997 n. 3652

[4] AMBROSINI, *Doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del Codice della Crisi e della "miniriforma" del 2021*, in www.dirittobancario.it, novembre 2021, 2

[5] AMBROSINI, *op. cit.*, 3

[6] MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, Bologna, 2016, 44

[7] DE SENSI, *Adeguati assetti e business judgement rule*, in www.dirittodellacrisi.it, 16 aprile 2021, 13.

[8] GENNARI, *La business judgement rule e la clausola dell'adeguatezza degli assetti organizzativi*, in www.salvisjuribus.it

[9] Trib. Roma 08.10.2020

[10] Art. 3 comma 2 CCII

[11] Così ancora AMBROSINI, *op. cit.*, 5

[12] DIMUNDO, *La responsabilità degli amministratori e sindaci dopo il d.l. 118/2021*", in *La crisi d'impresa*, speciale a cura di Italia Oggi, 2021, 241

[13] ROSSI, *Dalla crisi atipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, in Il Fallimento, 2019, 291

[14] DIMUNDO, *op. cit.*, 242

[15] AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in www.ilcaso.it, 2021, 6

[16] AMBROSINI, *op. cit.*, 23

[17] DIMUNDO, *op. cit.*, 242

[18] AMBOSINI, *Doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del Codice della Crisi e della "miniriforma" del 2021*, in www.dirittobancario.it, novembre 2021, 24

[19] DIMUNDO, *op. cit.*, 245

[20] Ci sia consentito rinviare, sul punto, a GIUGNI, *Il concordato in bianco: necessario coordinamento con il giudizio prefallimentare e con l'abuso del diritto*, in La gestione straordinaria delle imprese, 2018, 123 e segg.