Business judgement rule e ragionevolezza: perimetro di sindacabilità delle scelte gestorie e cenni all'obbligo di adozione degli adeguati assetti

Nel campo della valutazione delle responsabilità dell'organo amministrativo di società, nel nostro sistema ha preso da tempo piede il concetto, 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 [1].

Dall'applicazione della suddetta regola non può però dedursi che la condotta degli amministratori sia immune da qualsiasi giudizio, posto che l'operato dell'organo gestorio deve essere comunque conforme agli obblighi giuridici, sia specifici che di carattere generale, che sono posti a loro carico nell'espletamento dell'incarico e che derivano sia dalla legge che dallo statuto.

Assume rilevo, in particolare, il dovere di agire secondo la diligenza richiesta dal ruolo svolto, diligenza da valutarsi con riferimento alla "*natura dell'incarico*" e quindi con richiamo alla diligenza professionale, di cui all'articolo

1176, comma 2, del codice civile. Il grado di diligenza richiesto all'amministratore, pertanto, non può essere semplicemente equiparato a quello, tipico del mandato, del "*bonus pater familias*", ma deve essere valutato con riguardo alla specifica natura dell'attività esercitata.

Ciò posto la Suprema Corte, con indirizzo consolidato e recentemente ribadito [2], ha stabilito 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*".

La Corte, quindi, ha costantemente ribadito che, fermo restando il vincolo d'insindacabilità delle scelte gestionali, è consentito il sindacato nel caso di mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per fare una scelta, nonché della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere.

In sostanza la Corte afferma che l'insindacabilità nel merito delle scelte gestionali trova un limite nella legalità e nella valutazione di ragionevolezza delle stesse.

Per questi motivi deve ritenersi indubbiamente illegittima e fonte di responsabilità una gestione esercitata in modo del tutto imprudente ed avventato, talché l'assunzione del rischio avvenga in modo irresponsabile senza una preventiva e adeguata attività istruttoria. Pertanto, in mancanza delle opportune cautele e verifiche preventive, le decisioni assunte dagli amministratori saranno sindacabili e gli stessi potranno essere chiamati a rispondere del danno cagionato alla società ed ai creditori sociali.

Peraltro, non è neppure sufficiente che l'amministratore abbia assunto le necessarie informazioni ed abbia eseguito (attraverso l'uso di risorse interne o di consulenze esterne) tutte le verifiche del caso, essendo pur sempre necessario che le informazioni e le verifiche così assunte abbiano indotto l'amministratore ad una decisione razionalmente inerente ad esse [3].

Si ricorda che la responsabilità contemplata dall'art. 2392 c.c. ha natura contrattuale, coerentemente con il rapporto tra società e amministratori. Ne consegue che la colpa degli amministratori, in caso di violazione dei suddetti obblighi, si presume in forza del principio generale in tema di adempimento delle obbligazioni *ex* art. 1218 c.c. La presunzione di responsabilità colposa è stata ribadita in giurisprudenza: "*la norma di cui all'art. 2392 c.c. struttura una responsabilità degli amministratori in termini colposi, come emerge chiaramente sia dal richiamo, contenuto nel primo comma della disposizione menzionata, alla diligenza quale criterio di valutazione e di ascrivibilità della responsabilità sia dalla circostanza che il secondo comma consente all'amministratore di andare esente da responsabilità, fornendo la prova positiva di essere immune da colpa*"[4].

Come detto in precedenza, affinché possa escludersi la responsabilità per le scelte di gestione è necessario che le operazioni poste in essere siano conseguenza di appropriate valutazioni circa i vantaggi derivanti dalle operazioni che si hanno in progetto di compiere; ne deriva che l'insindacabilità di dette scelte non è priva di limiti: "*ai fini del giudizio sulla diligenza dell'amministratore, l'insindacabilità nel merito delle scelte di gestione della società e delle rispettive modalità di attuazione (c.d. business judgement rule) trova un limite nella valutazione di ragionevolezza delle stesse, da compiersi sia "ex ante", secondo i parametri della diligenza del mandatario, alla luce dell'art. 2392 c.c. (nel testo applicabile ratione temporis), sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere*"[5].

Ed ancora: "*rientra tra i compiti del giudice verificare se, nel caso concreto, la scelta gestoria sia avvenuta nel rispetto dei parametri dell'azione adempiente e diligente, così come richiesta nel mondo degli affari, che deve essere connotata da liceità, razionalità, congruità, attenzione e cura particolari, nozioni da integrare alla stregua delle circostanze del caso concreto*"[6].

In tale contesto possono, dunque, considerarsi insindacabili solo le opzioni di gestione che rispondano "*ai generali criteri di razionalità economica posti dalla scienza aziendale*" e siano "*congruenti e compatibili con le risorse ed il patrimonio di cui la società dispone*".

Più nel dettaglio, occorre che gli amministratori, rispetto al compimento di operazioni di gestione, abbiano acquisito adeguate informazioni, posto in essere le necessarie cautele ed operato le opportune verifiche di carattere preventivo. "*È necessario accertare – e si tratta di profili concernenti*

sempre la corretta amministrazione – che le operazioni non siano manifestamente imprudenti o azzardate e che le iniziative più rilevanti siano assistite da strumenti di pianificazione economica e finanziaria"[7].

Sul tema della ripartizione dell'onere probatorio è poi tornata di recente la Suprema Corte [8] statuendo che "*la natura contrattuale della responsabilità degli amministratori e dei sindaci verso la società comporta che questa abbia soltanto l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni ed il nesso di causalità fra queste ed il danno verificatosi, mentre incombe sugli amministratori e sindaci l'onere di dimostrare la non imputabilità del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti (Cass. 11 novembre 2010, n. 22911; Cass. 31 agosto 2016, n. 17441; Cass. 7 febbraio 2020, n. 2975)*".

Il tema della BJR è stato recentemente oggetto dell'attenzione degli interpreti alla luce dell'introduzione nel nostro ordinamento, 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.

Pur non essendo questa la sede per affrontare l'amplissimo tema degli adeguati assetti, non possiamo non chiederci 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.

Invero, seppure è difficile ipotizzare una traslazione i principi di insindacabilità delle scelte gestorie a quelle organizzative, dobbiamo tener conto che l'obbligo di dotarsi di adeguati assetti è un dovere specifico dell'organo gestorio, suscettibile di essere sanzionato in via autonoma in

caso di sua violazione, ma sicuramente strumentale all'adempimento di altri obblighi, generici o specifici, degli amministratori [9].

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*" [10].

Dalle prime pronunce giurisprudenziali successive all'entrata in vigore dell'obbligo di dotarsi di adeguati assetti emerge quindi la possibilità di valutazione dell'obbligo medesimo alla luce della BJR.

Simone Giugni

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

[2] 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

[3] Trib. Roma 08.10.2020; Trib. Roma 28.09.2015

[4] Trib. Roma 08.05.2017 n. 8969

[5] Cass. 22.06.2017 n. 15470

[6] Cass. 27.12.2013 n. 28669

[7] IRRERA, *Gli obblighi degli amministratori di società per*

azioni tra vecchie e nuove clausole generali, in Riv. Dir. Soc. 02/2011

[8] Cass. 09.11.2020 n. 25056

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

[10] Trib. Roma 08.10.2020