

SOCIETÀ E CONTRATTI

a cura di
Luciano DE ANGELIS

/ Diritto societario

01

LA BUSINESS JUDGMENT RULE E GLI ASSETTI ADEGUATI



Il nuovo art. 2086 c.c. ha posto alla dottrina numerosi interrogativi che ruotano intorno alla clausola generale dell'adeguatezza degli assetti organizzativi. Ma concretamente qual è il ruolo degli assetti in relazione alla responsabilità degli amministratori? La *business judgment rule* (BJR) è legata alle scelte organizzative del Consiglio di Amministrazione? Fino a che punto tali scelte possono essere connotate da elementi di discrezionalità? A questi ed altri interrogativi si proverà a fornire risposte nel lavoro che segue.

/ Maurizio IRRERA *

Un tema che sembra appassionare la dottrina giuscommercialistica – soprattutto in questo periodo – riguarda l'applicabilità o no della cosiddetta *business judgment rule* (BJR) alle scelte organizzative degli amministratori, soprattutto con riguardo alla costruzione ed alla "manutenzione" degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili dell'impresa¹. Il tema è balzato agli onori della cronaca in occasione dell'introduzione nel nostro ordi-

namento dell'art. 2086 comma 2 c.c. che – come è noto – ha posto in capo all'imprenditore, che operi in forma collettiva, l'obbligo di dotarsi di assetti adeguati².

L'atterraggio di tale norma, attraverso l'art. 375 del DLgs. 14/2019 (Codice della Crisi), è stato fragoroso, ma certo non inaspettato, giacché la L. 155/2017 già conteneva, all'art. 14, comma 1 lett. b), il relativo principio³ e la proposta di decreto legislativo di attuazio-

* Ordinario di diritto commerciale Università degli Studi di Torino - Avvocato

- 1 Cfr., di recente, senza pretesa di completezza Benedetti L. "L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori", *Riv. soc.*, 2019, 413 s., ove ampie citazioni sul tema, a cui si rinvia; Amatucci C. "Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment rule", *Giur. comm.*, 2016, p. 667 ss.; e Calandra Buonauro V. "Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi", *ivi*, 2020, p. 12 e più oltre nota 19.
- 2 Sul piano lessicale osservo che, sino all'avvento del nuovo co. 2 dell'art. 2086 c.c., ci si riferisse agli assetti posponendo al sostantivo l'aggettivo qualificativo "adeguati"; negli ultimi tempi sembra, invece, stia prevalendo l'impiego dell'aggettivo anteposto al nome. Mi rendo conto che le espressioni ("assetti adeguati" o "adeguati assetti") siano equivalenti e che la questione sia di poco conto, ma secondo la buona grammatica (<https://aulalingue.scuola.zanichelli.it/benvenuti/2014/11/20/la-posizione-dellaggettivo-qualificativo/>) quando l'aggettivo qualificativo deriva da un participio passato va posto obbligatoriamente dopo il sostantivo.
- 3 E più precisamente era ivi stabilito, tra i principi e i criteri direttivi posti al legislatore delegato, "il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale". Lo stesso principio, anche sul piano letterale, era già previsto all'art. 13 lett. b) dallo Schema di disegno di legge delega predisposto dalla Commissione Rordorf e reso noto il 22 dicembre 2015.

ne recante modifiche al Codice civile, predisposta e resa nota il 22 dicembre 2017 dalla Commissione Rordorf⁴, già prevedeva, all'art. 1 comma 2⁵, una versione identica a quella poi fatta propria dal Codice della Crisi, salvo per il fatto che gli obblighi ivi previsti erano estesi anche all'imprenditore individuale. Atterraggio fragoroso, in quanto mi pare indiscutibile la grande e – per certi versi – inusuale attenzione che nella dottrina ha provocato

l'art. 2086 comma 2 c.c. ed il correlato art. 377 del Codice della Crisi⁶ ed il peso sistematico dalla stessa dottrina assegnato alle citate norme⁷. Ritengo che nel dibattito in corso, da un lato, venga – almeno in parte – sovrastimata la novità delle norme, in quanto, l'obbligo degli assetti⁸, seppur collocato forse in angolo più appartato dell'impianto normativo, era già presente e vivo per tutte le società di capitali⁹; dall'altro, si sostenga – a mio avviso

-
- 4 La "Commissione di studio per l'elaborazione degli schemi di decreto legislativo in vista dell'approvazione del disegno di legge delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza", costituita il 5 ottobre 2017 dal Ministro Orlando per la predisposizione dello schema di decreto delegato, è stata presieduta da Renato Rordorf e composta da esperti tra magistrati, docenti universitari e professionisti e pertanto è stata denominata "Seconda Commissione Rordorf".
- 5 Che così disponeva: "L'imprenditore, che operi in forma individuale, societaria o in qualunque altra veste, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".
- 6 In tema, sia permesso il rinvio a M. Irrera, "La collocazione degli assetti organizzativi e l'intestazione del relativo obbligo", in *NDS – Nuovo Diritto delle Società*, 2020, 115 s., ove ampie citazioni sul tema; cfr. altresì P. Vernerio, "Il ruolo degli adeguati assetti organizzativi per l'emersione precoce della crisi aziendale", in *questa Rivista*, n. 3/2019, 22 s.
- 7 Già nel corso dei lavori preparatori vi erano state numerose prese di posizione in argomento (cfr. De Sensi V. "Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria", *Riv. soc.*, 2017, p. 311 ss.; Montalenti P. "Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf", *Nuovo dir. soc.*, 2018, p. 951 ss.; Cagnasso O. "Diritto societario e mercati finanziari", *ivi*, 2018, p. 849 ss. e p. 851) che si sono moltiplicate dopo l'emanazione del Codice della Crisi. Si vedano, senza pretesa di completezza: Abriani N., Rossi A. "Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile", *Società*, 2019, p. 393 s.; Atlante N., Maltoni M., Ruotolo A. "Il nuovo art. 2475 c.c. Prima lettura", *Studio del Consiglio Nazionale del Notariato* 14.3.2019 n. 58-2019/I; Di Cataldo V., Rossi S. "Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza", *Riv. dir. soc.*, 2019, p. 759 ss.; Spolidoro M.S. "Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)", *Riv. soc.*, 2019, p. 259; Trimarchi G.A.M. "Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme", *Notariato*, 2019, p. 115; Calandra Buonauro V., cit., p. 5 ss.; Benazzo P. "Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi di diritto societario?", *Riv. soc.*, 2019, p. 300 ss.; Ferri jr G., Rossi M. "La gestione dell'impresa organizzata in forma societaria", in "La società a responsabilità limitata: un modello transpatico alla prova del Codice della Crisi, Studi in onore di O. Cagnasso", a cura di Irrera M., Torino, 2020, p. 575 ss.; Ambrosini S. "Assetti adeguati e «ibridazione» del modello s.r.l. nel quadro normativo riformato", *ivi*, p. 433 ss.; Ibba C. "Codice della crisi e codice civile", *ivi*, p. 606; Montalenti P. "L'amministrazione delegata nelle società a responsabilità limitata", *ivi*, p. 632; L. Panzani, La disciplina degli assetti ai fini della rilevazione della crisi, con particolare riferimento alla s.r.l.", *ivi*, p. 649; Spiotta M. "Ricadute del codice della crisi sulla governance delle s.r.l. (e non solo)", *ivi*, p. 694. Nonché circ. Assonime 19/2019 "Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti di allerta", p. 20.
- 8 Da sempre in capo agli amministratori.
- 9 In relazione alla società per azioni, la dottrina aveva riconosciuto la sussistenza di tale obbligo in virtù del dettato dell'art. 2403 c.c. in tema di Collegio sindacale, "là dove si stabiliva che i sindaci dovessero vigilare, oltre che sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione; certamente la vigilanza compete all'organo di controllo, ma l'obbligo di improntare l'attività a principi, appunto, di corretta amministrazione non poteva che riguardare coloro che fossero stati chiamati a gestire l'attività sociale, ossia gli amministratori" (così, se vuoi, Irrera M. "Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali", *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 359 ss.; nonché Id. "Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali", Milano, 2005, p. 217 ss.; da ultimo anche Trimarchi G.A.M., cit., p. 117). In relazione alle società quotate a commento dell'art. 149 del TUF, il quale come l'art. 2403 c.c., detta i doveri del Collegio sindacale, si vedano per tutti Cavalli G., *sub art.* 149, in "Testo Unico della Finanza", diretto da Campobasso G.F., Torino, 2002, II, p. 1241, secondo il quale l'art. 149 "finisce per riflettere i suoi effetti anche sulla sfera dei doveri imposti [...] agli stessi amministratori"; nonché Di Scorpaniello M.L. "Gli assetti nelle società quotate", in "Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali", diretto da Irrera M., Bologna, 2016, p. 525 ss. Per un confronto tra l'art. 149 del TUF e l'art. 2403 c.c. cfr., se vuoi, il mio già citato "Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali", p. 69 ss. L'applicazione dell'obbligo degli assetti alle srl è stata sostenuta in via interpretativa dalla dottrina. Per tutti si veda, Cagnasso O. "Gli assetti adeguati nella s.r.l.", in "Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali", cit., p. 26, secondo il quale il contenuto degli assetti è adattabile alle diverse realtà e ai diversi contesti in cui la srl può essere chiamata ad operare, con la conseguenza che "il loro contenuto [...] può ridursi a regole di carattere elementare in presenza di microimprese o assumere la portata e la complessità rese necessarie dalla dimensione medio-grande dell'impresa societaria". Allo stesso modo, Id. "Il diritto societario della crisi fra passato e futuro", *Giur. comm.*, 2017, p. 33



erroneamente – che il contenuto degli assetti si sia in qualche modo ampliato; dall'altro, ancora, non si sia appieno percepito che la vera e in qualche modo rivoluzionaria novità è costituita dal peso assegnato al **principio della continuità aziendale** che mi pare esca definitivamente da un mero piano contabile, divenendo il **punto di riferimento centrale nella gestione dell'impresa, negli obblighi conseguenti all'eventuale crisi e, da ultimo, nella responsabilità degli organi sociali.**

LA VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI RIGUARDO AGLI ASSETTI: LE SANZIONI "PREVENTIVE"

Occupandomi di assetti adeguati, una quindicina di anni fa¹⁰, avevo svolto alcune considerazioni in ordine alla violazione degli obblighi relativi, che mi paiono ancora attuali.

Osservavo, infatti, come fossero integralmente utilizzabili gli ordinari strumenti sanzionatori presenti nel Codice civile, diretti a reprimere le violazioni degli obblighi gravanti sui diversi organi sociali, tenuto conto che ad ognuno è assegnato uno specifico ruolo in tema di assetti adeguati: gli organi delegati "curano", il Consiglio di Amministrazione "valuta" ed il Collegio sindacale "vigila".

Se il comportamento censurabile riguarda gli **organi delegati**, il Consiglio di Amministrazione – sottolineavo – potrà ovviamente sanzionare tale fatto con la revoca della delega o con la sostituzione dei delegati; più controverso è, invece, il potere – da parte del Consiglio – di avocare a se le operazioni concernenti la

cura degli assetti, in considerazione del fatto che l'attribuzione della cura degli assetti agli organi delegati appare una funzione "conaturata" alla delega ed alla gestione *day by day* dell'impresa societaria. È pacifico che, qualora la violazione sia imputabile o al Consiglio di Amministrazione in modo specifico (per supposte carenze nell'attività di valutazione degli assetti) o genericamente agli amministratori, l'assemblea potrà revocare per giusta causa gli amministratori stessi.

Il mancato rispetto degli obblighi relativi agli assetti adeguati – in quanto strutturalmente connessi al dovere generale e preordinato di corretta amministrazione – può costituire, con tutta evidenza, il **presupposto di una denuncia al tribunale** ex art. 2409 c.c. da parte dei soci che posseggano il *quorum* minimo di azioni ivi previsto o di una **denuncia al Collegio sindacale** secondo l'art. 2408 c.c.

Ancora, osservavo, vi è da ritenere che le omissioni concernenti gli assetti possano costituire "*fatti censurabili di rilevante gravità*", tali da legittimare la **convocazione dell'assemblea da parte del Collegio sindacale**, ai sensi dell'art. 2406 comma 2 c.c.

Nel caso in cui, infine, le censure riguardino il **comportamento dei sindaci** che abbiano omesso di vigilare sugli assetti è ipotizzabile la loro revoca per giusta causa in base al disposto dell'art. 2400 comma 2 c.c.¹¹.

L'impianto sanzionatorio descritto ha un carattere – in qualche modo – preventivo e non presuppone il verificarsi di un danno: dunque, si coniuga molto bene con il fatto che gli assetti costituiscono a un presidio avanzato rispetto al principale obbligo degli amministratori, ossia di amministrare correttamente la società¹².

e Meruzzi G. "L'adeguatezza degli assetti", in "Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali", cit., p. 68. Si permetta inoltre il rinvio a Irrera M. "Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali", cit., p. 309.

10 Cfr., se vuoi, Irrera M. "Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali", cit., p. 85 ss.

11 In merito al diverso ruolo in tema di assetti organizzativi degli amministratori e dei sindaci cfr. Ranalli R. "Il ruolo di amministratori, sindaci e revisori nell'istituzione e verifica degli adeguati assetti organizzativi alla luce del novellato art. 2086 c.c.", in *questa Rivista*, 3, 2020, p. 6 ss.

12 In tema di principio di corretta amministrazione, cfr., Irrera M. "Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali", cit., p. 60 ss. Si vedano inoltre Montalenti P. "Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni", in "Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco

Laddove dalla violazione degli obblighi relativi agli assetti derivi un danno si apre la porta sugli scenari complessi della responsabilità degli organi sociali e dunque al tema centrale delle presenti riflessioni.

LA BUSINESS JUDGMENT RULE (BJR) E GLI ASSETTI COME OBBLIGO STRUMENTALE

La BJR si può considerare *ius receptum* negli ordinamenti dell'Europa continentale e nei Paesi anglosassoni, seppure l'applicazione della regola in concreto sia tutt'altro che uniforme. Nel giudicare *ex post* l'eventuale responsabilità degli amministratori occorre avere riguardo soprat-

tutto al processo decisionale: laddove la scelta d'impresa sia stata assunta non in conflitto di interessi, in buona fede e sulla base di processo razionale, avvalendosi di tutte le informazioni disponibili non vi è responsabilità dei gestori dell'impresa, pur in presenza di conseguenze pregiudizievoli in capo alla società¹³.

La BJR viene "tradotta" nel nostro ordinamento nel modo seguente: "*in tema di responsabilità dell'amministratore di una società di capitali per i danni cagionati alla società amministrata, l'insindacabilità nel merito delle sue scelte di gestione 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*

Campobasso", diretto da Abbadessa P., Portale G.B., Torino, 2006, II, p. 835 ss. ed ivi p. 832; Associazione Preite "Il diritto delle società", a cura di Olivieri G., Presti G., Vella F., Bologna, 2006, II ed., p. 181; Abriani N., Montalenti P. "L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni", in "Le società per azioni", a cura di Abriani N., Ambrosini S., Cagnasso O., Montalenti P. in Trattato di diritto commerciale, diretto da Cottino G., Padova, 2010, 4, p. 615, i quali hanno sottolineato come la riforma abbia elevato i principi di corretta amministrazione a clausola generale di comportamento degli amministratori. Nello stesso senso Montalenti P. "I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale", in "Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali", cit., p. 3 ss. e Id. "L'amministrazione delegata nelle società a responsabilità limitata", cit., p. 633; nonché Kutufà I. "Adeguatezza degli assetti e responsabilità", in "Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras", Torino, 2010, p. 707 ss. ed ivi p. 712; Cagnasso O. "Gli assetti adeguati nella s.r.l.", cit., p. 573; Meruzzi G., cit., 42. Altra parte della dottrina nel catalogare gli obblighi degli amministratori resta ancorato alla diligenza, ritenendo tale obbligo come un'ipostatizzazione della categoria civilistica della diligenza professionale: così Zamperetti G.M. "Il dovere di informazione degli amministratori nella governance delle società per azioni", Milano, 2005, p. 309, secondo il quale la corretta amministrazione non è che una mera "ipostatizzazione" della diligenza, nonché Spolidoro M.S., cit., p. 266, per il quale l'istituzione di adeguati assetti "rinvia all'applicazione di una clausola generale, quella dell'adeguatezza, che ha tutta l'aria di essere una specificazione della diligenza".

- 13 Per una definizione della BJR, con riferimento alla dottrina americana, si vedano *ex multis*, Branson D.M. "The rule that isn't a rule - the Business Judgment Rule", *Valparaiso University Law Review*, V. 36, Valparaiso, IN (USA), p. 631 ss., Bainbridge S.M. "The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine", *Law & Economics Research Paper Series*, Los Angeles, California (USA), 2003, McMillan L. "The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine", *Wm. & Mary Bus. L. Rev.*, Williamsburg, VA (USA), 2013, p. 529; Zeberkiewicz J.M. e Rohrbacher B. "The New Paradigm (Burden) Shift: The Business Judgment Rule After KKR", *Insights*, V. 29, N. 12, Chicago, Illinois (USA), dicembre 2015, p. 6. Quanto alla dottrina italiana si vedano, senza pretesa di completezza: Alvaro S., Cappariello E., Gentile V., Iannaccone E.R., Mollo G., Nocella S., Venturuzzo M. "Business judgement rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori", *Quaderno Consob n. 11*, 2016; Bozza G. "Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi", *Fall.*, 2014, p. 1097 ss.; Angelici C. "Diligentia quam in suis e Business Judgment Rule", *Riv. dir. comm.*, 2006, I, p. 675 ss.; Id. "Interesse sociale e Business Judgment Rule", *ivi*, 2012, p. 573; Montalenti P. "Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma", *Riv. soc.*, 2013, p. 47. Similmente Id. "Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali", cit., 2006, p. 839. La dottrina ha altresì significativamente notato come l'applicazione della BJR sia possibile ove "l'operazione sia approvata da una *fully informed, uncoerced majority of disinterested stockholders*", nonché sia, *per fattispecie con controlling stockholder, subordinata all'approvazione, in aggiunta, di uno special committee indipendente, con pieni poteri e che abbia assolto al proprio duty of care in negotiating a fair price*" (così) e Matera P., Sbarbaro F.M. "Cleansing effect and standard of judicial review nella recente giurisprudenza statunitense", in "Comparazione e diritto civile", 2017, p. 1 ss.) Si sottolinea, con riferimento a detti casi, che sia in opera un mutamento nelle modalità del sindacato giudiziale, con la conseguenza che "nell'attribuire un effetto c.d. cleansing al consenso assembleare, eventualmente preceduto dall'opera del predetto comitato, [i giudici] abbiano consegnato agli amministratori uno strumento, o meglio una procedura [...] di notevole rilevanza nell'ambito di riferimento, giacché in grado di risultare, se adoperata correttamente, in un quasi sicuro e precoce *dismissal* del case o ancor prima di scoraggiare iniziative di sorta" (Sbarbaro F.M. "Private enforcement e Judicial scrutiny nel trasferimento del controllo societario", Milano, 2019, p. 3) ed hanno implicitamente comportato una riduzione del controllo *ex post* e quindi il ruolo del *private enforcement*.



*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"*¹⁴.

Con specifico riguardo al tema degli assetti adeguati avevo sostenuto e sostengo che il relativo obbligo degli amministratori è caratterizzato dalla quasi totale **strumentalità** di tale dovere; si tratta cioè di un obbligo che è suscettibile di essere sanzionato in via autonoma nel caso di sua violazione da parte dell'organo amministrativo¹⁵, ma che certamente assume rilievo quale "mezzo" che agevola l'adempimento degli altri obblighi (sia generici, sia specifici) degli amministratori o – specularmente – facilita l'accertamento della violazione di essi.

Il pensiero corre a due specifici doveri degli amministratori che più spesso hanno rappresentato il "terreno di coltura" della responsabilità dell'organo amministrativo: l'obbligo di **convocare "senza indugio" l'assemblea in caso di perdite** (ex artt. 2446-2447 c.c.) e quello di **accertare e di iscrivere nel Registro delle imprese il verificarsi della causa di scioglimento** (ex art. 2485 comma 1 c.c.), con la conseguenza di **dover limitare la gestione alla mera conservazione del patrimonio sociale** (ex art. 2486 comma 1 c.c.).

Con riguardo all'obbligo di convocare "senza indugio" l'assemblea nelle ipotesi di cui agli artt. 2446-2447 c.c., incidono in modo positivo le previsioni legislative concernenti gli assetti adeguati, intesi quale dovere strumentale. La presenza di efficienti e funzionanti assetti di carattere – soprattutto – amministrativi e contabili potrà, infatti, consentire agli amministratori un monitoraggio pressoché continuativo della situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società; strumenti aziendalistici quali i

bilanci mensili di verifica – parte degli "assetti" contabili – permettono agli amministratori di ottenere tempestive informazioni e quindi – se del caso – adempiere all'obbligo specifico di convocare l'assemblea "senza indugio" in caso di perdite oltre la soglia di legge.

Con riferimento all'obbligo in capo agli amministratori di cui al comma 1 dell'art. 2486 c.c., i danni risarcibili sono quelli derivanti dal fatto che gli amministratori, omettendo di accertare ed iscrivere senza indugio la causa di scioglimento nel registro delle imprese, ne hanno ritardato gli effetti (art. 2484 comma 3 c.c.), ed hanno pertanto potuto continuare la normale gestione della società senza doversi limitare – come imposto dalla norma citata se avessero provveduto all'iscrizione della causa di scioglimento – ai soli atti conservativi dell'integrità e del valore del patrimonio sociale (art. 2486, comma 3 c.c.). L'art. 2486 comma 2 c.c. segna il passaggio della responsabilità per il compimento di nuove operazioni a quella per la violazione dei doveri di conservazione del patrimonio sociale, ove ne scaturisca un danno, ma il momento in cui scatta l'obbligo è pur sempre il medesimo: la perdita del capitale sociale o più esattamente la riduzione dello stesso al di sotto del limite legale.

Oggi, l'obbligo direttamente in capo all'imprenditore (collettivo)¹⁶ di dotarsi, ai sensi del comma 2 dell'art. 2086 c.c., di un idoneo assetto organizzativo, amministrativo e contabile, anche ai fini della rilevazione tempestiva della crisi, accentua il carattere strumentale dell'obbligo¹⁷. Se così è, il rilievo che le norme concernenti gli assetti adeguati posseggono risulta evidente; da un lato, la presenza di idonei assetti amministrativi e contabili costituisce un formidabile strumento che agevola gli amministratori nell'adempimento dell'obbligo di accertare senza indugio il verificarsi della causa di sciogli-

14 Così Cass. 22.6.2017 n. 15470, in *Sistema Integrato Eutekne*.

15 V., *supra*.

16 Sull'intestazione dell'obbligo cfr. se vuoi, Irrera M. "La collocazione degli assetti organizzativi e l'intestazione del relativo obbligo", cit., p. 130 ss.

17 Salvo quanto si dirà, *infra*.

mento relativa alla riduzione del capitale al di sotto del limite legale o, al contrario, facilita la prova di non aver tempestivamente avviato iniziative per affrontare ed auspicabilmente superare la crisi; dall'altro, laddove la norma violata non sia direttamente quella concernente gli assetti (oggi, in particolare, l'art. 2086 comma 2 c.c.) la BJR non entra in gioco, in quanto il danno è la conseguenza della violazione di altre disposizioni.

GLI ASSETTI ADEGUATI COME STRUMENTO CHE FACILITA L'APPLICAZIONE DELLA BJR ALLE SCELTE DI GESTIONE

Gli assetti adeguati giocano comunque un ruolo importante rispetto al tema della responsabilità degli amministratori nei confronti delle scelte discrezionali di gestione ossia in rapporto alla BJR. Dinanzi ad un danno causato da una scelta di gestione errata da parte degli amministratori la loro responsabilità, infatti, dipenderà in modo prevalente, dalla presenza o no di assetti adeguati e dal loro corretto funzionamento. Risulta particolarmente condivisibile quell'espressione della dottrina nord-americana secondo cui *"the due care standard in a corporate context is applied not to the decision of the director, but rather to the decision-making process"* (*"il dovere di diligenza in un contesto societario si applica non alle decisioni degli amministratori, quanto piuttosto al processo decisionale"*)¹⁸.

È nota la consistente difficoltà ad individuare una soluzione soddisfacente ed equilibrata al tema della discrezionalità delle scelte di gestione. Aldilà, infatti, del criterio generale condiviso secondo cui le decisioni degli amministratori debbono – per essere esenti da censure – conformarsi a criteri di prevedibilità e preventivabilità delle conseguenze insoddisfacenti e pregiudizievoli, sussiste il rischio concreto

che il giudizio *ex post* sia in realtà sganciato da effettivi punti di riferimento.

In tale quadro, l'obbligo degli assetti adeguati ossia la presenza di un funzionante sistema organizzativo, amministrativo e contabile, idoneo – in un certo qual modo – a consentire una verifica preventiva di efficienza ed efficacia delle scelte di gestione, può giocare un ruolo decisivo nell'individuazione di un solido criterio a cui ancorare la responsabilità degli amministratori.

Il **processo decisionale** appare allora decisivo nell'attribuzione della responsabilità. In altri termini, le scelte di gestione che abbiano causato danni al patrimonio della società comporteranno la responsabilità degli amministratori qualora il processo di *decision-making* sia risultato "difettoso"; qualora, invece, si constati la presenza e il funzionamento di idonei assetti e procedure, gli amministratori andranno esenti da responsabilità. In altre parole, *"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"* (*"il dovere di diligenza nel diritto societario si applica al processo decisionale e non al suo risultato. Anche se una decisione assunta o un risultato raggiunto non è quello dell'ipotetica e ordinaria persona prudente, nessuna responsabilità potrà attribuirsi qualora il processo decisionale è coerente con gli standard"*)¹⁹.

In altri termini, rispetto alle più importanti scelte di gestione, soprattutto se connotate da particolari elementi di discrezionalità, la presenza di *business plan*, di indagini di mercato, di previsioni di sostenibilità del debito, di valutazioni rischio-paese (in caso di investimenti all'estero), di piani di sviluppo e di *recovery*, rappresentano elementi fondanti di un adeguato assetto organizzativo della società, il cui rispetto consente il pieno dispiegarsi della BJR.

18 Così Hansen C. "The ALI Corporate Governance Project: of the Duty of Due Care and the Business Judgment Rule, a Commentary", *Business Lawyer*, 41, 1986, p. 1237 ss. e p. 1241.

19 Hansen C., cit.

LA BJR E LA DISCREZIONALITÀ DELLE SCELTE ORGANIZZATIVE: IL PRINCIPIO DI ADEGUATEZZA

Venendo ad affrontare la questione centrale a cui le presenti riflessioni sono dedicate occorre, in primo luogo, domandarsi se anche le scelte organizzative possono essere connotate da elementi di discrezionalità.

La risposta è certamente positiva, almeno nella prospettiva che segue. Nella costruzione degli assetti contabili, ad esempio, la scelta dei sistemi informativi e di contabilità da utilizzare è certo una scelta discrezionale; così come lo è, nell'ambito degli assetti amministrativi, l'individuazione delle procedure e la loro articolazione concreta a seconda della natura e delle dimensioni dell'impresa; **anche i profili organizzativi sono un terreno su cui operare valutazioni discrezionali**. Il tema, peraltro, come ho cercato di illustrare sin qui, è che nella maggior parte dei casi dalle scelte, in senso ampio, organizzative di carattere discrezionale è difficile immaginare che ne derivi un danno che è il presupposto principale di ogni azione di responsabilità nei confronti degli organi sociali e, dunque, in tali contesti invocare la BJR appare fuori luogo²⁰.

Nelle limitate e circoscritte ipotesi in cui – viceversa – da una scelta discrezionale di carattere organizzativo derivi un danno come conseguenza diretta e immediata si dovrà stabilire il da far-

si. Ad esempio, qualora le concrete valutazioni discrezionali in ordine alla *cyber security* (ovvero alla sicurezza informatica) si dimostrino inefficaci, se non gravemente deficitarie, e provochino un danno alla società o a terzi, occorre domandarsi come misurare la responsabilità.

Su tale specifico punto la risposta corretta non è né quella di invocare in proposito l'applicazione della BJR, né negarla a priori sostenendo che la regola si applichi solo alle scelte di gestione. A mio avviso occorre – molto più semplicemente, ma anche linearmente – considerare che il legislatore interno ha stabilito che **gli assetti debbano connotarsi col requisito dell'adeguatezza**²¹: ed è proprio in tale clausola generale che risiede la risposta al quesito.

In altri termini, la responsabilità, *in primis*, degli amministratori nei casi, invero rari, di danni provocati direttamente da valutazioni discrezionali di carattere organizzativo dovrà essere accertata verificando l'adeguatezza o no delle scelte compiute, senza necessità di tirare in ballo la BJR.

A tale conclusione si potrebbe obiettare che la distanza tra il principio sottostante alla BJR e la clausola generale dell'adeguatezza sia in concreto pressoché inesistente; se è così non si spiega comunque la necessità di ricorrere ad una regola di *ius mercatorum*, quando già il legislatore offre – in modo più rigoroso e certo – una formula equivalente.

20 La questione dell'applicazione della *business judgment rule* alle decisioni sugli assetti organizzativi è controversa in dottrina. Aderiscono alla tesi qui prospettata, tra gli altri, Amatucci C., cit., p. 667 ss.; Montalenti P. "Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf", cit., p. 951 ss.; Mozzarelli M.C.M. "Appunti in tema di rischio organizzativo e proceduralizzazione dell'attività imprenditoriale", in "Amministrazione e controllo nel diritto della società. Liber amicorum Antonio Piras", cit., p. 740; Spiotta M. "La responsabilità", in "Diritto del governo delle imprese", 2 ed., diretto da Irrera M., Torino, 2020, p. 328, nota 26. Sostenitori della tesi contraria sono invece Benedetti L., cit., p. 413 ss., al quale si rimanda in particolare per un approccio comparatistico del tema; Calandra Buonauro V., cit.; De Sensi V., cit., p. 357 ss.; Rabitti M. "Responsabilità da deficit organizzativo, in "Assetti adeguati e modelli organizzativi", cit., p. 958 ss.

21 Con riguardo all'adeguatezza: si vedano, senza pretesa di completezza, Ambrosini S. "L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato", cit.; Arato M. "Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi: ruoli e prerogative di amministratori, sindaci e revisori", in "La Nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli", Torino, 2019, p. 77; Ferri jr G., Rossi M., cit., p. 575 ss.; Libertini M. "Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato: una proposta di distinzione", *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 345 s., che qualifica l'adeguatezza organizzativa dell'impresa in termini di principio; Montalenti P. "Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti", *Giur. comm.*, 2018, p. 62 ss.; Meruzzi G., cit., p. 68; Kutufà I., cit., 707 ss. e p. 712; Cagnasso O. "Gli assetti adeguati nella s.r.l.", cit., p. 573. Si permetta inoltre il rinvio a Irrera M. "Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali", cit., p. 359; Id. "Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali", cit., p. 309 e Id. "La collocazione degli assetti organizzativi e l'intestazione del relativo obbligo", cit., p. 115 ss.