



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



BUSINESS JUDGMENT RULE E ASSETTI ORGANIZZATIVI

Il presente contributo analizza una recente decisione del Tribunale di Roma dell'8 Aprile 2020 n. rg 8159-1/2017 che sancisce l'applicazione della Business Judgment rule alle scelte organizzative assunte dagli amministratori di società di capitali.

di **Marilisa Ascione**

IUS/04 - DIRITTO COMMERCIALE

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Martedì 17 Novembre 2020

 Abstract ENG

This work analyses a recent decision 8 april 2020 n. rg 8159-1/2017 of the Court of Rome which establishes the application of the Business Judgment rule to the organizational choices made by the directors of joint-stock companies.

Sommario: 1. Premessa; 2. La questione giuridica; 3. La business judgement rule e l'obbligo di diligenza; 4. Adeguatezza degli assetti organizzativi e business judgement rule; 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Le osservazioni che seguono prendono le mosse da una recente pronuncia del Tribunale di Roma, resa a fronte di un'azione di responsabilità promossa nei confronti di un ex presidente (nonché amministratore delegato) e di un ex direttore generale di una società a responsabilità limitata; merita di essere segnalata per le affermazioni in essa contenute relativamente al noto principio della c.d. "business judgement rule".

In particolare il Tribunale capitolino ha reputato che la regola sia in linea di principio applicabile anche alle scelte di tipo "organizzativo", ritenute riconducibili al più ampio ambito delle scelte di carattere "gestorio"; inoltre, ha precisato i limiti con cui l'insindacabilità (solo tendenziale, ma non assoluta) delle scelte gestionali può essere riconosciuta ed affermata.

Sotto questo secondo profilo, uniformandosi a un orientamento già diffuso in giurisprudenza^[1], la sentenza ha evidenziato come l'applicazione della business judgment rule non sia assoluta, ma incontri sovente due limiti.

Difatti, la scelta di gestione è insindacabile soltanto se è «stata legittimamente compiuta (sindacato sul modo in cui la scelta è stata assunta)», adottata senza l'omissione di tutte le cautele, verifiche e informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo e, sotto altro aspetto, solo se non è «irrazionale (sindacato sulle ragioni per cui la scelta compiuta è stata preferita ad altre)» e cioè quando gli amministratori, pur avendo compiuto una previa attività conoscitiva ed istruttoria, non abbiano maturato decisioni razionalmente inerenti alle informazioni acquisite e alle verifiche condotte.

La pronuncia in esame fornisce uno spunto di riflessione per approfondire il tema relativo all'uso giurisprudenziale della regola della business judgement rule, al fine di stabilire entro quali limiti possa ritenersi legittimo il controllo giudiziario sulle decisioni imprenditoriali poste in essere dagli amministratori.

2. La questione giuridica

Una società a responsabilità limitata promuoveva azione di responsabilità contro i cessati presidente (nonché amministratore delegato) e direttore generale, contestando la legittimità di determinate scelte gestionali, reputate viziate e tali da configurare ipotesi di mala gestio.

L'azione inizialmente esperita dalla società a responsabilità limitata è stata poi proseguita dall'ex socio unico che, nel corso di tale giudizio, si costituiva volontariamente, ai sensi del combinato disposto degli artt. 110, 300 e 302 c.p.c.

A fondamento della domanda, l'ex socio unico rappresentava che la società estinta aveva come oggetto sociale quello di: (i) offrire ai dipendenti forme di assistenza assicurativa con attività di intermediazione nell'offerta di prodotti assicurativi; (ii) gestire in proprio la copertura assicurativa degli iscritti all'ente previdenziale, socio unico della società.

I comportamenti e le omissioni gravemente negligenti posti in essere dai convenuti consistevano: (a) nell'omessa iscrizione della società nel registro degli intermediari assicurativi e riassicurativi, con conseguente impedimento al legittimo svolgimento dell'attività di intermediazione assicurativa; (b) nell'aver modificato il codice ateco, senza alcuna comunicazione al socio unico; (c) nell'aver disposto, in modo irrazionale e in spregio alle procedure regolamentari interne alla società, l'assunzione di un numero eccessivo di dipendenti a tempo indeterminato, rispetto alle esigenze della società; (d) nell'aver emesso fatture per operazioni inesistenti.

In merito all'azione di responsabilità, il Tribunale richiamava in termini generali la normativa in materia di responsabilità degli amministratori di società di capitali ed in particolare l'articolo 2476 c.c. mettendo in evidenza come, anche per gli amministratori di società a responsabilità limitata, la diligenza richiesta è quella prevista dall'art. 2392 c.c. per le società per azioni^[2].

Pertanto, rimarcata la natura contrattuale dell'azione sociale^[3], al fine di configurare diversamente il rilievo della diligenza nelle obbligazioni degli amministratori, il Tribunale ripropone l'ormai nota distinzione, inaugurata dalla Suprema Corte^[4], in tema di obblighi

che gravano sugli amministratori, contraddistinguendoli in obblighi che hanno un contenuto specifico (già determinato dalla legge o dall'atto costitutivo) e obblighi a contenuto generico.

Mentre per questi ultimi la responsabilità dell'amministratore è riconducibile alla violazione del generico obbligo di diligenza nelle scelte di gestione, sicché la diligente attività dell'amministratore esclude direttamente l'inadempimento, al contrario per gli obblighi specifici, la diligenza costituisce la misura dell'impegno richiesto agli amministratori che saranno esenti da responsabilità solo nel caso previsto dall'art. 1218 c.c., ossia quando l'inadempimento sia dipeso da causa che non poteva essere evitata né superata con la diligenza richiesta al debitore^[5].

Il giudice, dunque, dopo aver indagato in tal senso, con riguardo all'obbligo di amministrare con diligenza, richiama altresì il consolidato principio dell'insindacabilità delle scelte gestorie degli amministratori.

Il punctum dolens affrontato dal giudice è la presa di posizione relativa al tema dell'estensione o meno di tale principio alle scelte organizzative dell'organo gestorio. Tra le condotte al vaglio dell'organo giudicante, infatti, ad apparire fortemente ingiustificata e non meritevole della protezione dalla business judgement rule è la scelta effettuata da parte dei convenuti in maniera del tutto negligente e priva di razionalità relativa all'assunzione di un numero troppo elevato di dipendenti a fronte di un'attività di impresa non ancora avviata.

Sulla base di tale presupposto il Tribunale, resolvendo positivamente la questione, perviene alla conclusione che la regola dell'insindacabilità delle scelte gestorie può trovare applicazione anche per le scelte di tipo organizzativo laddove esse si dimostrino conformi ai criteri di legittimità e ragionevolezza.

3. La business judgement rule e l'obbligo di diligenza

La pronuncia in commento fornisce, lo spunto per approfondire il tema di notevole interesse teorico e pratico-applicativo relativo all'individuazione dei limiti all'operatività del principio - da considerarsi ormai effettivamente acquisito dall'ordinamento societario ^[6] - della insindacabilità nel merito delle scelte degli amministratori da parte del giudice (c.d. business judgement rule)^[7].

Se, da un punto di vista teorico, i termini della questione appaiono chiari, nella pratica l'uso giurisprudenziale di tale regola, che impedisce di fatto al giudice di sindacare

l'opportunità o la convenienza delle scelte degli amministratori, poiché andrebbe a sostituire «ex post, il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall'organo amministrativo all'uopo legittimato»^[8], assume differenti profili in relazione ai diversi casi pratici.

In particolare, la pronuncia del Tribunale di Roma si inserisce nell'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale, relativo ai limiti ed i criteri rispetto ai quali è possibile sottoporre a scrutinio, in sede giudiziale, le valutazioni di merito assunte dagli amministratori (c.d. business judgement rule), nel tentativo di cristallizzare un principio utile a contemperare due interessi differenti e cioè quello di non scoraggiare l'assunzione da parte degli amministratori di atteggiamenti eccessivamente avversi al rischio e quello di fornire una adeguata tutela ai soggetti che risultassero ex post "ingiustamente" danneggiati dalle decisioni assunte dall'organo amministrativo^[9].

Al fine di ripercorrere l'iter argomentativo seguito dal giudice romano, appare doveroso effettuare una rapida ricostruzione delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali che, relativamente alla business judgement rule, si sono sviluppate nel tempo.

Sia in dottrina che in giurisprudenza, la tesi prevalente anche prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 6 del 2003^[10] sosteneva che i giudici non potevano entrare nel merito delle decisioni assunte dagli amministratori qualora questi ultimi avessero effettuato le proprie scelte senza conflitto di interessi e con tutte quelle cautele, verifiche e informazioni preventive richieste dall'ordinaria diligenza professionale^[11], agendo in conformità dei canoni di ragionevolezza prudenza e prevedibilità del risultato delle operazioni^[12].

Pertanto, il giudice può limitarsi solo a verificare che le scelte siano state compiute con piena trasparenza osservando e rispettando tutte le regole e le procedure previste «dallo statuto o dalla legge per determinate operazioni»^[13], valutando la condotta tenuta dagli amministratori solo sulla base delle circostanze oggettive e soggettive esistenti al momento in cui l'atto o l'omissione si è verificata. Ad assumere un ruolo centrale in tal senso sono le modalità che consentono ai gestori di maturare determinate decisioni, sia sotto il profilo delle informazioni ottenute che delle cautele adottate di fronte ai rischi preventivabili^[14].

In altri termini, gli amministratori adempiendo a tutti i loro obblighi con la diligenza professionale loro richiesta potranno andare esenti da responsabilità anche in caso di errori di valutazione o di operazioni che potrebbero risultate dannose e/o non convenienti per la società stessa^[15].

All'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità l'aver

compiute scelte che, dal punto di vista economico, si rivelino svantaggiose a posteriori o frutto di decisioni erronee^[16].

Una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e, pertanto, eventualmente può rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore e non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società^[17].

A tal riguardo, vi è chi ha osservato che la business judgement rule assolve anche a una importante funzione di disincentivo nei confronti di eventuali azioni giudiziarie che si basino esclusivamente sul risultato economico di gestione^[18].

L'elaborazione giurisprudenziale in oggetto, come riportato nella pronuncia in commento, non deve essere interpretata in modo rigoroso, incontrando due ordini di limiti differenti per sua applicazione: il primo attiene la legittimità della decisione, il secondo la ragionevolezza delle scelte gestionali.

Sotto il profilo della legittimità, in linea con l'esperienza statunitense, assume un ruolo preponderante l'iter procedurale seguito dagli amministratori per il quale una scelta diviene preferibile rispetto ad un'altra^[19].

Il giudice dovrà limitarsi a ripercorrere il procedimento decisionale (*rectius*, *modus decidendi*) e a verificare che la decisione presa dagli amministratori, con adeguata istruttoria, sia stata coerente e congrua rispetto alle informazioni da questi raccolte.

Dovrà altresì valutare l'eventuale violazione del dovere di diligenza in relazione ai normali criteri che dovrebbero ispirare l'operatore economico, ossia quelli di liceità, razionalità, congruità, attenzione. Donde consegue, ai fini dell'accertamento della responsabilità, che il giudizio relativo alla conoscenza delle conseguenze che possono derivare da una determinata scelta non può che essere *ex ante* e che tale dovere si traduce essenzialmente nel dovere di agire in modo informato previsto dal vigente art. 2381 c.c.

In secondo luogo, in merito al limite della ragionevolezza^[20] e razionalità della scelta, si ritiene che gli amministratori siano considerati responsabili nei confronti della società quando le decisioni assunte si rivelino non idonee a realizzare l'interesse della società, in quanto avventate o irrazionali. Questi ultimi, infatti, saranno doppiamente responsabili sia per i vani costi di informazione sostenuti che per il danno arrecato alla società^[21].

In altre parole, non è 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, ma diventa fondamentale che le informazioni e le verifiche così assunte abbiano indotto l'amministratore ad una decisione razionalmente coerente con la fase istruttoria condotta^[22].

Il Giudice romano, richiamando il consolidato orientamento giurisprudenziale, afferma che «all'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità ex art. 2392 c.c. di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevarla come giusta causa di revoca dell'amministratore», non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società.

Ne consegue che «il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione, ma solo la diligenza mostrata nel valutare preventivamente i margini di rischio legati all'operazione»^[23] e, quindi, il decision making process^[24] seguito.

La regola della business judgment rule esclude che «si possa far discendere l'eventuale responsabilità dei gestori (esclusivamente) dall'insuccesso economico delle iniziative imprenditoriali da questi intraprese, spettando il controllo sull'opportunità e sulla convenienza economica delle decisioni esclusivamente ai soci nei confronti del consiglio di amministrazione e a quest'ultimo, come plenum, nei confronti dei delegati, in quanto trattasi di un controllo in forma di potere di indirizzo, di condizionamento e anche di contrapposizione antagonistica, con la revoca dell'amministratore o della delega, non già di sorveglianza e verifica in funzione di eventuali iniziative sul terreno della responsabilità»^[25].

4. Adeguatezza degli assetti organizzativi e business judgement rule

Venendo al profilo di maggiore interesse del presente commento, il Tribunale romano, dopo aver indagato nel senso sopra riportato il contenuto e i limiti del sindacato giudiziale sulle scelte di gestione, si è interrogato se le decisioni organizzative degli amministratori potessero essere riconducibili entro il safe harbour della business judgment rule^[26].

Tale questione merita di essere approfondita visto le diverse posizioni assunte dagli interpreti che hanno dato vita a tesi differenti. In dottrina, ci si è interrogati se, il giudice chiamato ad accertare la relativa responsabilità – per atti od omissioni degli amministratori esecutivi, non esecutivi e dei dirigenti – oltre ad individuare con il limiti imposti dalla business judgement rule, le condotte lesive contrarie ai canoni della corretta amministrazione, della diligenza qualificata, possa estendere il suo sindacato sino ad accertare la violazione dell'obbligo di predisporre assetti adeguati ai sensi dell'articolo

2381 c.c.

A tal riguardo la dottrina appare concorde «nel non ammettere l'esenzione della business judgment rule alla fattispecie degli assetti mancanti»^[27], cioè quando gli assetti non sono stati istituiti.

Tesi del tutto diverse si sono sviluppate invece nell'esclusione della regola dell'insindacabilità delle scelte gestorie nella fattispecie in cui gli assetti risultino esistenti ma inadeguati.

Sul tema vi è chi ha sostenuto che si escludono dal novero delle decisioni imprenditoriali quelle relative alla cura e alla valutazione degli assetti, spettanti rispettivamente ai delegati e ai deleganti, in quanto esse non possiedono i requisiti individuati in «comportamenti e scelte che non sono imposte da norme giuridicamente impegnative»^[28].

A favore di tale tesi si schiera anche chi ^[29], valorizzando la distinzione fra la violazione di obblighi a contenuto specifico ed obblighi a contenuto generico, sostiene che la predisposizione di assetti inadeguati costituisce per gli amministratori una violazione di un obbligo specifico «sanzionabile per sé e non soltanto in quanto riconnessa al verificarsi di altri diversi inadempimenti»^[30] e che, trattandosi di un obbligo specifico, il cui adempimento può essere verificato alla luce dei principi ricavabili dalla scienza aziendalistica e dalle best practices, non può trovare applicazione la business judgment rule^[31].

Nella stessa prospettiva, si pone anche l'opinione di chi ha autorevolmente sostenuto che, poiché la vigilanza degli assetti organizzativi amministrativi e contabili spetta all'organo di controllo, questo testimonia la volontà del legislatore di sottrarre le tecniche organizzative alla mera discrezionalità dell'imprenditore^[32].

Infine, a conclusioni del tutto analoghe è giunta anche quella parte della dottrina che, sulla base della differenza ontologica tra atti di gestione e scelte organizzative, ha ritenuto che si ravvisi discrezionalità imprenditoriale pura solo per gli atti gestori, mentre un vaglio giudiziale più ampio è possibile per le scelte organizzative^[33].

Tutte le tesi descritte, sebbene con argomentazioni differenti, pervengono alla medesima conclusione circa la inapplicabilità della business judgment rule.

Tuttavia, larga parte della dottrina ha ritenuto che l'adempimento del dovere di dotare la

società di assetti adeguati, dovrebbe beneficiare della stessa disciplina cui è sottoposta ogni altra decisione imprenditoriale degli amministratori.

A deporre in tal senso l'opinione di chi considerando il dovere in questione (ex art. 2381 c.c., comma 5) espressione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale (art. 2497, comma 1, c.c.), ritiene le scelte relative al suo adempimento di natura imprenditoriale e quindi soggette al sindacato da parte del giudice^[34].

Inoltre, si può affermare che, se è vero che la riforma societaria ha introdotto attraverso l'articolo 2381 c.c. l'obbligo di creare assetti adeguati, facendo in modo che esso non sia più implicitamente desumibile dall'obbligo di amministrazione diligente^[35], è altrettanto vero che il solo fatto che tale dovere sia contenuto in una norma ad hoc, non sia sufficiente per poter sostenere che si tratti di un dovere specifico in senso proprio, ma, al contrario, il dovere in esame rimane caratterizzato da un contenuto generico^[36].

Del resto, la considerazione qui valorizzata trova conferma nel dato letterale dell'art. 2381, comma 5, la quale non impone all'organo delegato di predisporre gli assetti secondo un modello predeterminato, ma di renderlo adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa^[37]. Non esistono assetti che possono considerarsi "universalmente validi", perché non esistono assetti ottimali e predeterminati individuati dal legislatore^[38].

La legge si preoccupa di definire lo scopo, un principio di coerenza, adeguatezza e proporzionalità, ed ha concesso all'autonomia statutaria ed organizzativa delle imprese la libertà di definire i propri modelli^[39] in base alle specifiche esigenze di ciascuna realtà economica. Lo stesso criterio di adeguatezza previsto dalla legge fornisce alle decisioni relative agli assetti un margine di discrezionalità che consente di qualificare tali decisioni come decisioni imprenditoriali^[40].

Sebbene infatti la dottrina, per colmare il silenzio del legislatore sul significato attribuito all'adeguatezza, abbia fatto rinvio ai principi e alle prassi consolidate maturati nell'ambito delle scienze economiche-aziendali, elaborati dalle associazioni di categoria, dai codici di autodisciplina o addirittura in normative regolamentari per i settori vigilati (banche e assicurazioni), che riducono il margine di indeterminatezza, essi non sono comunque idonei ad eliminarlo completamente^[41].

Si potrebbe concludere, pertanto, che la discrezionalità delle scelte amministrative non è ravvisabile solo nell'individuazione degli obiettivi da raggiungere e nelle strategie da mettere in pratica per riuscire a conseguirli, ma anche nell'articolazione di una struttura organizzativa che consente lo svolgimento dell'attività economica^[42].

La stessa dottrina che sostiene questa posizione afferma che, giungere alla conclusione che la clausola generale di adeguatezza escluda la discrezionalità delle scelte amministrative per il solo fatto che è prevista dalla legge e soggetta alla vigilanza dell'organo di controllo sarebbe come dichiarare che anche la clausola generale di "correttezza dell'amministrazione" elimini tale discrezionalità^[43].

Chiaro appare invece come la capacità innovativa e la propensione al rischio dell'imprenditore, si manifesti anche con riguardo alle decisioni organizzative. Sulla scorta di tali premesse il Tribunale di Roma, pur riconoscendo la presenza di un orientamento differente e contrapposto, risolve in maniera positiva la questione ritenendo applicabile la business judgement rule anche alle scelte organizzative degli amministratori.

Il Tribunale afferma pertanto che «la scelta organizzativa rimane pur sempre una scelta afferente al merito gestorio» per la quale vale il criterio della insindacabilità nella vigenza dei limiti sopra esposti e, cioè, che la scelta effettuata sia razionale (o ragionevole) e non sia ab origine connotata da imprudenza, ma venga assunta sulla base delle verifiche imposte dalla diligenza professionale richiesta.

Questo perché la predisposizione di un assetto organizzativo non costituisce, come sostiene il Tribunale romano, «l'oggetto di un obbligo a contenuto specifico, ma al contrario, di un obbligo non predeterminato nel suo contenuto, che acquisisce concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell'impresa esercitata e dal momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere».

5. Osservazioni conclusive

La decisione del Tribunale romano fornisce una risposta affermativa all'annoso dibattito dottrinale relativo all'applicazione della regola della business judgement rule alle scelte organizzative.

Nel caso concreto, il giudice romano evidenzia come il ricorso a tale regola non comporti l'esonero automatico degli amministratori da responsabilità per gli obblighi imposti ex art. 2381 c.c., poiché è sempre necessario che la scelta assunta, sebbene concernente l'ambito organizzativo, non sia connotata da imprudenza e sia il risultato di un effettivo processo decisionale basato su informazioni razionali e ragionevoli.

Come si è avuto modo di osservare, la business judgement rule ha come obiettivo fondamentale quello di impedire al giudice di valutare con il senno di poi tutte quelle

decisioni assunte dagli amministratori, purché esse siano frutto di un procedimento coerente al quale gli stessi pervengono sulla base delle informazioni raccolte.

Il giudice, nel valutare l'operato degli amministratori, ha ritenuto che, in un momento in cui la società si trovava ancora in una fase di start-up e non aveva ottenuto le autorizzazioni richieste, la scelta di assumere a tempo indeterminato un numero cospicuo di dipendenti configurasse la violazione dell'obbligo di agire da parte di quest'ultimi con la dovuta diligenza.

La decisione presa dal Tribunale evidenzia come la giurisprudenza fornisca sempre più una soluzione favorevole alla vexata questio che anima la dottrina relativa all'applicazione della business judgment rule alle decisioni organizzative^[44].

Tale questione è destinata, però, ad assumere un ruolo sempre più pregnante e crescente nel panorama societario proprio a seguito di una delle più importanti novità introdotte al codice civile, dall'art. 375 del d.lgs. 14/2019.

Tale recente sopravvenienza legislativa non solo ha sostituito la rubrica dell'articolo 2086 c.c. ("Gestione dell'impresa" in luogo di "Direzione e gerarchia nell'impresa"), ma ha anche aggiunto il nuovo comma che sancisce testualmente il «dovere per l'imprenditore che opera in forma societaria o collettiva 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».^[45]

L'istituzione di un adeguato assetto organizzativo diviene, quindi, anche uno strumento prodromico e basilare per captare e percepire i primi segnali di crisi e di adottare i relativi rimedi.

La pronuncia in commento fornisce inoltre l'opportunità per domandarsi se divenga necessario o almeno auspicabile dotarsi di una norma primaria o comunitaria che disciplini il principio dell'insindacabilità nel merito delle scelte gestorie^[46].

Sino al momento in cui la regola in questione resterà una mera elaborazione giurisprudenziale, essa continuerà a generare confini di incertezza che legittimeranno forti dubbi circa la sua applicazione. Solo la definizione normativa della regola e la sua cogenza potranno limitare il perimetro di incertezza.

Note e riferimenti bibliografici

[1] Trib. Roma, 16 ottobre 2019, n. 19881, in Dejure. Trib. Roma, 15 maggio 2019 n. 10212, in Dejure.

[2] Si veda in tal senso O. Cagnasso, sub art. 2476, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino e G. Bonfante, O. Cagnasso, P. Montalenti, vol. 2*, Bologna, 2004, p. 1880, il quale afferma che «nell'ambito delle disciplina delle società per azioni, è previsto che gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e delle loro specifiche competenze (art. 2392, 1° co). [...] L'innovazione, pur non riprodotta nell'ambito della disciplina dettata per le società a responsabilità limitata, non può non valere anche per tale modello».

[3] Trib. Genova, 18 maggio 2018, n. 1542 in Dejure. Cass. 31 agosto 2016, n. 17441 in Dejure. La responsabilità degli amministratori di società di capitali per i danni cagionati alla società amministrata ha natura contrattuale sicché la società (o il curatore, nel caso in cui l'azione sia proposta ex art. 146 l.fall.) deve allegare le violazioni compiute dagli amministratori ai loro doveri e provare il danno e il nesso di causalità tra la violazione e il danno. Agli amministratori, invece, spetta provare, con riferimento agli addebiti contestatigli, l'osservanza dei doveri previsti dal nuovo testo dell'art. 2392 c.c., modificato a seguito della riforma del 2003, con la conseguenza che gli amministratori dotati di deleghe (cd. operativi) - ferma l'applicazione della business judgement rule, secondo cui le loro scelte sono insindacabili a meno che, se valutate ex ante, risultino manifestamente avventate ed imprudenti - rispondono non già con la diligenza del mandatario, come nel caso del vecchio testo dell'art. 2392 c.c., ma in virtù della diligenza professionale esigibile ex art. 1176, comma 2, c.c. Ex plurimis, Cass. 4 dicembre 2015, n. 24715, in Dejure. Cass. 28 ottobre 2008, n. 25977, in Dejure.

[4] Si veda, la Cass. 23 marzo 2004, n. 5718, in Soc., 2004, p. 1517, con nota di A. Fusi, Valutazione della responsabilità dell'amministratori.

[5] Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, cit. Cfr. M. Irrera, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, p. 45.

[6] F. Bonelli, *Gli amministratori di S.p.A. A dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, pp. 8-117.

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

[8] Cass., 12 novembre 1965, n. 2359, in Foro pad., 1965, I, p. 1820. F. Bonelli, *Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 183.

[9] Cfr. L. Benedetti, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in Riv. soc., 2019, p. 414, il quale afferma che la ratio di tale regola consiste sia «nell'incertezza e nella complessità della funzione amministrativa e nel connesso rischio di insuccesso, del quale non devono farsi carico i gestori bensì i soci» che «nell'esigenza di circoscrivere la revisione giudiziaria sulle decisioni gestorie».

[10] Cass., 28 aprile 1997, n. 3652, in Resp. civ. e prev., 1998, p. 424. F. Bonelli, *Gli amministratori di S.p.A. Dopo la riforma delle società*, cit., p.183, il quale evidenzia come la legge non impone agli amministratori un obbligo di gestire la società senza la commissione di errori, ma stabilisce solo numerosi obblighi specifici e generali come «quello di amministrare con diligenza, e quello di perseguire l'interesse sociale senza conflitti di interesse».

[11] F. Bonelli, op. ult. cit., p.117 in nota 204.

[12] A. De Nicola, op. cit., p. 558. Cass., 28 aprile 1997, n. 3652, cit. Cass. 23 marzo 2004, n. 5718, cit., Cass, 22 giugno 2017 n. 15470, in Dejure.

[13] F. Bonelli, Gli amministratori di S.p.A. a dieci anni dalla riforma del 2003, cit., p. 7, il quale fa riferimento alle operazioni con parti correlate.

[14] Trib. Trieste, 16 ottobre 2019, cit. In dottrina L. Nazzicone, Commento sub Art. 2392 c.c., in La riforma del diritto societario, a cura di G. Lo Cascio, Milano, 2003, p. 184, sottolinea che «se è vero che il giudice non ha il controllo di merito sulle scelte gestorie, l'agire amministrativo è tuttora discrezionale e non libero: il giudice, dunque, non controlla l'opportunità della scelta, ma la modalità del percorso decisionale seguito dagli amministratori, la completezza degli accertamenti di fatto preventivi da essi espletati e delle cautele poste in essere, al fine di accertarne la correttezza nella situazione di fatto». C. Hansen, The ALI Corporate Governance Project. I: of the Duty of Due Care and the Business Judgment Rule, a Commentary, in 41, Business Lawyer, 1986, p. 1241, il quale afferma che «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».

[15] F. Bonelli, Gli amministratori di S.p.A. dopo la riforma delle società, cit., p.184.

[16] F. Bonelli, op. ult. cit., p.185 il quale afferma che «la legge “perdona” agli amministratori gli errori commessi nell'esercizio diligente dei loro poteri discrezionali, anche se si tratta di errori gravi ed evitabili da altri amministratori, “non perdona”, invece, e impone il risarcimento di quei danni che gli amministratori abbiano causato per negligenza, o per avere agito in conflitto di interessi, o per violazione di altri loro obblighi».

[17] Cass., 28 aprile 1997, n. 3652, cit.; Cass. 12 febbraio 2013 n. 3409, in il societario.it. Cass, 22 giugno 2017 n. 15470, cit. Trib. Milano, 24 agosto 2011, cit. Trib. Roma, 15 maggio 2019 n. 10212, cit.

[18] Assonime, Caso 7, 2020, p. 5

[19] Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, cit. Cass., 12 agosto 2009, n. 18231, cit. Si veda in tal senso C. Amatucci, Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule, in AA.VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali, a cura di M. Irrera, Bologna, 2016, p. 1021.

[20] Cass. 22 giugno 2017, n. 15470, cit.

[21] Cass., 23 marzo 2004, n. 5718, cit.

[22] Trib. Roma, 28 settembre 2015, n. 19198, in ilsocietario.it.

[23] Il giudice dovrà verificare l'eventuale 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. Si veda in tal senso Cass., 28 aprile 1997, 3652 cit., Cass. 12 agosto 2009, cit., Cass. 18 aprile 2018 n. 9546, Dejure. Trib. Milano 13 giugno 2017, in Dejure.

[24] C. Hansen, op.cit., p. 1237 ss.; si veda anche M. Irrera, L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati, AA.VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali, a cura di M. Irrera, Bologna, 2016, p. 564; L. Nazzicone, Commento sub Art. 2392 c.c., cit., p. 184. L. Benedetti, op. cit., p. 452.

[25] In questi termini P. Montalenti, Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma, in Riv. soc., 2013, p. 50.

[26] L. Benedetti, op.cit., p. 421.

[27] C. Amatucci, op.cit., p. 1025 il quale afferma che «la scelta deliberata di non strutturare affatto gli assetti ex art. 2381 c.c. perché non ritenuti indispensabili in ragione della natura e delle dimensioni dell'impresa, si esporrà ad un'inevitabile censura non al riparo dalla business judgment rule, trattandosi per gli amministratori, di uno specifico obbligo di condotta».

[28] C. Angelici, La società per azioni. Principi e problemi, Milano 2012, p. 407. C. Amatucci, op.cit., p. 1028.

[29] Sulla distinzione degli obblighi degli amministratori in base alle due categorie si veda in tal senso F. Bonelli, La

responsabilità degli amministratori, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo- G.B. Portale, IV, Torino, 1991, p 323 ss. In giurisprudenza, l'applicazione della regola appare molto meno certa di come è prospettata in dottrina. Più volte la business judgment rule è stata richiamata anche in relazione a obblighi a contenuto specifico quali, a titolo esemplificativo, la redazione del bilancio, la decisione di convocare l'assemblea ex art. 2447 c.c. Si veda in tal senso Cass. 23 giugno 2009, n. 17033, in Fallimento, 2009, p. 56.

[30] C. Amatucci, cit., p. 1028, il quale richiama in nota 112 P. Montalenti, La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata, in AA.VV., Mercati finanziari e sistema dei controlli, Atti del Convegno di studio svoltosi a Courmayeur, Milano, 2005, p. 134.

[31] M. Mozzarelli, Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale, in AA.VV., Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 740, il quale afferma che «non sembrerebbe possibile per l'amministratore eccepire la Business Judgment Rule con riferimento alla predisposizione degli assetti e probabilmente nemmeno alla loro adeguatezza. Avendo il legislatore avocato a sé la decisione del livello al quale si colloca l'adempimento dell'obbligo relativo agli assetti interni, non sembra possibile limitare il sindacato sulla condotta dell'amministratore alla soglia della non palese irragionevolezza».

[32] P. Montalenti, La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale, in Riv. dir. soc., 2011, p. 828; V. Calandra Buonauro, Impresa, società, governance: problemi e prospettive: presentazione del volume Impresa, società di capitali, mercati finanziari di Paolo Montalenti, in Giur. comm, 2020, II, p. 442 il quale afferma che «questa è anche l'opinione di Paolo Montalenti secondo il quale la vigilanza sull'adeguatezza da parte dell'organo di controllo testimonierebbe la volontà del legislatore di sottrarre le tecniche organizzative alla mera discrezionalità dell'imprenditore».

[33] L. Benedetti, op.cit., p. 426 il quale afferma che tale distinzione non è sufficiente per risolvere la questione in esame, in quanto esso semplifica eccessivamente il sistema delle competenze sociali, trascurando il fatto che «i due livelli dell'impresa (a cui pertiene la "gestione") e della società (che si compendia in attività estranee alla gestione economica di impresa, che si è soliti ricondurre alla "organizzazione") sono sì distinti, ma naturalmente penetrati».

[34] L. Benedetti, op.cit, pp. 432- 433 il quale evidenzia come quanto sostenuto trova conferma anche nel dato comparatistico. Egli, infatti sostiene che la dottrina spagnola secondo un'interpretazione estensiva dell'art. 226 L.S.C ha ritenuto di dover ricomprendere tra le scelte imprenditoriali anche il dovere di «configurar una adecuada estructura interna» e non soltanto le «decisiones de negocio en sentido estricto». Lo stesso autore afferma che un orientamento analogo in materia di decisioni organizzative è presente anche nella giurisprudenza teorica e pratica statunitense.

[35] P. Abbadessa, Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa, in Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gianfranco Campobasso, diretto da P. Abbadessa-G.B.Portale,2, Torino, 2006, p. 493.

[36] L. Benedetti, op.cit. p. 435. Conformi in tal senso G. Meruzzi, L'adeguatezza degli assetti, AA.VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali, a cura di M. Irrera, Bologna, 2016, p. 44. V. Calandra Buonauro, op.cit., p. 441.

[37] M. De Mari, Gli assetti organizzativi societari, in Assetti adeguati e modelli organizzativi, AA.VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali, a cura di M. Irrera, Bologna, 2016, p. 37.

[38] S. Fortunato, op.cit., p. 986.

[39] V. Calandra Buonauro, op.cit., p. 438.

[40] L. Benedetti, op. cit. p. 448 il quale sostiene che «in base alla lettera della legge può distinguersi fra il "se" della predisposizione degli assetti, che è un comportamento imposto in modo preciso dal diritto positivo e rispetto al quale, quindi, non sussiste alcun margine di discrezionalità per gli amministratori; dal "come" predisporre, nell'adempimento del dovere di cura, quegli assetti. Rispetto a quest'ultimo profilo, il rinvio alla clausola generale dell'adeguatezza implica la sussistenza — come sostenuto nel corso delle superiori considerazioni — di una pluralità di possibili opzioni e, pertanto, di un margine di discrezionalità per gli amministratori».

V. Buonocore, Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381 commi terzo e quinto del

codice civile, in Giur. Comm. 2006, I, pp. 11-12, il quale ha evidenziato come l'adeguatezza non può riguardare solo l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, ma ai tre aggettivi dovevano aggiungersene almeno altri due. L'Autore, fa in particolare riferimento tanto alla "adeguatezza patrimoniale" quanto alla "adeguatezza tecnica" dell'impresa. Mentre l'adeguatezza patrimoniale, non letteralmente prevista dall'art. 2381 c.c., consente di verificare e stabilire, se il capitale fissato nell'atto costitutivo è idoneo o meno al perseguimento dell'oggetto sociale, l'adeguatezza tecnica dell'impresa poteva invece essere ricompresa nell'assetto organizzativo di cui all'art. 2381 c.c., attesa l'individuazione dello stesso «non solo nel complesso dei luoghi in cui si svolge la produzione industriale o si somministra il servizio o si svolge l'attività commerciale propriamente detta», quanto riferita al complesso dei beni, dei macchinari e delle attrezzature, nonché «degli uffici più direttamente collegati all'attività di impresa».

[41] L. Benedetti, op. cit. p. 448.

[42] V. Calandra Buonauro, op. cit., p. 443.

[43] V. Calandra Buonauro, op. cit., p. 443. S. Fortunato, op.cit., p. 987, per il quale le decisioni organizzative rappresentano decisioni gestorie strumentali all'attività produttiva per le quali sarà sempre possibile differenziare il merito del contenuto della decisione dal processo che accompagna il formarsi della decisione.

[44] Trib. Roma, 15 maggio 2019. Cass. 4 luglio 2018 n. 17494. Cass. 22 giugno 2017 n. 15470.

[45] S. Fortunato, op.cit., p. 952 ss .

[46] Cfr. S.Alvaro, E. Cappariello, V. Gentile, E. R. Iannaccone, G. Mollo, S. Nocella, M. Ventoruzzo, Business judgment rule e mercati finanziari. Efficienza economica e tutela degli investitori, in Quaderni giuridici CONSOB, 11, 2016, p. 72 i quali affermano che «sarebbe utile e necessario introdurre una disciplina armonizzata e di rango primario della business judgment rule. Laddove ciò non fosse possibile sarebbe comunque auspicabile una analoga (ossia di livello primario) disciplina nazionale che si allineasse alle analoghe scelte già compiute da diversi Paesi (Stati Uniti, Regno Unito, Germania, Spagna, Portogallo, Grecia, Austria, ecc.)».

* Il simbolo {https/URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:
<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=5993>