Il Sole 24 ORE

LA BUSINESS JUDGMENT RULE ALLA PROVA

Limiti alla responsabilità anche per il collegio sindacale

Il modello applicabile è stato individuato in ciò che richiede al mandatario il Codice civile

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza si ripropone la questione relativa ai limiti del sindacato giudiziale in tema di adeguata organizzazione dell'impresa.

Sul punto si scontrano due principi: da un lato, l'autonomia di cui ogni imprenditore deve poter godere al fine di perseguire legittimamente il profitto, conformemente alla libertà di iniziativa economica sancita dall'articolo 41 della Costituzione; dall'altro, la necessità che l'attività economica non sfugga alla regolazione dello Stato, funzionale alla salvaguardia del valore economico dell'impresa. Non si deve dimenticare, infatti, che la garanzia della continuità dell'impresa e della prevenzione della crisi non ridonda solo a vantaggio dell'imprenditore, ma ha conseguenze positive sull'intera economia del Paese, e di ciò la riforma ha tenuto conto.

Si pone, quindi, nuovamente, la questione della sindacabilità o meno degli assetti organizzativi interni della società e, corrispondentemente, la possibilità di invocare la cosiddetta Business Judgment Rule (Bjr).

Il quesito, come si accennava, non è nuovo alla giurisprudenza italiana che da tempo risalente si è interrogata sui limiti del sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali.

Sin dagli anni Sessanta la giurisprudenza di legittimità ha accolto il principio, corrispondente agli esiti cui era giunta negli Stati Uniti la teoria della Bjr , secondo cui non è possibile imputare all'organo amministrativo il semplice errore di gestione, poiché è necessario distinguere metodo e merito della decisione, pur tenendo fermo il dovere di diligenza in capo allo stesso.

L'accennata distinzione comporta che il giudicante possa – e debba – sindacare non la scelta presa, ma il procedimento con cui l'amministratore è pervenuto alla stessa, alla luce degli obblighi che gravano sull'organo di gestione, siano essi a carattere generale ovvero specifico, come nel caso degli obblighi organizzativi. Di conseguenza, è del tutto legittimo il sindacato giudiziale sulla eventuale omissione di cautele, verifiche o informazioni necessarie ad assumere una decisione corretta (Cassazione civile, sentenza 5718/2004). Si tratta, in definitiva, di sindacare le modalità attuative, cioè il metodo, delle scelte di gestione dell'impresa (Cassazione civile, sentenza 3902/2012).

È stato inoltre precisato in giurisprudenza che la valutazione delle modalità di scelta operate dall'organo amministrativo è da operarsi secondo un giudizio prognostico "ex ante", cioè non in considerazione dell'esito dannoso della decisione, ma ponendosi idealmente nei panni dell'agente decisore al momento della scelta e con riguardo a quanto egli, all'epoca, conoscesse o avrebbe potuto conoscere.

Il modello di diligenza applicabile è stato individuato in quella richiesta al mandatario in base all'articolo 1710 del Codice civile, con riguardo alle cautele procedimentali normalmente richieste dal tipo di operazione che viene in questione (si veda da ultimo, il Tribunale di Perugia, sentenza del 18 gennaio 2019).

La necessità, a cui si è fatto cenno all'inizio, di mediare fra autonomia privata di iniziativa economica e la tutela di interessi sovra-individuali connessi all'esercizio dell'impresa, è emersa in una recente (severa) sentenza di merito in cui il collegio giudicante ha escluso qualsiasi operare della Bjr nei casi in cui un'operazione risponda, anche in parte, ad un interesse terzo rispetto a quello della società (si veda il Tribunale di Parma, sentenza del 23 marzo 2013).

La pronuncia rimane però isolata. La non sindacabilità del merito delle scelte imprenditoriali è sufficientemente acquisita nella giurisprudenza italiana, tanto che non mancano pronunce che ne estendono l'applicazione anche all'attività del collegio sindacale. Si è sostenuto, cioè, che nemmeno il collegio sindacale. nella sua attività di controllo sulla attività degli organi di governo, possa sovrapporre alle decisioni dell'organo amministrativo le proprie valutazioni di opportunità. Di conseguenza la responsabilità solidale dei sindaci non può estendersi anche all'esame dell'opportunità e della convenienza delle scelte gestionali (si veda, recentemente, il Tribunale di Como, sentenza del 27 aprile 2016 e ancor prima il Tribunale di Milano, sentenza del 26 maggio 2004).

Quanto alla violazione degli obblighi organizzativi imposti dal nuovo comma 2 dell'articolo 2086 del Codice civile, in attesa delle prime pronunce giurisprudenziali, la codificazione a livello normativo di un parametro finalistico che consenta di definire un assetto adeguato solo qualora questo sia idoneo al tempestivo recepimento dei segnali di crisi o di perdita della continuità aziendale, conduce a ritenere che possa essere esclusa un'estensione del canone della Bjr, in quanto si tratta di vincoli legali che limitano la discrezionalità dell'imprenditore. Ciò che consentirebbe al giudice di operare un vaglio secondo un giudizio prognostico ex ante in concreto.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

senza avere adottato misure preventive. D'altra parte – e in questo si nota una differenza ideologica con il sistema statunitense, in cui l'operatività del sindacato è subordinata alla decisione della società di dotarsi di mezzi di cautela idonei a fronteggiare i pericoli del mercato attraverso un'azione preventiva – la solidità dell'assetto societario non è un bene per la sola società, ma è funzionale a garantire anche diritti e interessi di terzi.

La risposta alla seconda questione, invece, è meno immediata. Contro la sindacabilità del merito delle decisioni organizzative, è stato osservato come il nuovo Codice della crisi di impresa non imponga alcun vaglio specifico relativo dell'assetto organizzativo della società, ma solo la verifica da parte dei soggetti individuati del fatto che l'organo amministrativo si sia attivato a fini preventivi (articolo 14, comma 1, del Codice civile). Pertanto l'organo di gestione è tenuto a prevedere un assetto organizzativo, ma rimane libero di decidere in quale forma e con quale contenuto.

La dottrina maggioritaria pare orientata a favore della possibilità di sindacare il merito delle scelte organizzative a carattere precauzionale, per il fatto che la legge impone scopi precisi che debbono essere perseguiti attraverso l'assetto adeguato della società (la rilevazione di uno stato di crisi e la sussistenza del cosiddetto *going concern*). Non vi è, infatti, discrezionalità quando la legge ponga delle finalità o dei limiti alla libertà di un soggetto protagonista dell'ordinamento.

D'altra parte, la legge non ha interesse ad un mero attivarsi della società, magari solo di facciata, a fini elusivi, bensì richiede la predisposizione di uno strumento efficace di prevenzione. Lo stesso articolo 2403 del Codice civile impone al collegio sindacale il dovere di valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo e tale assetto è pur sempre unico nella compagine societaria, sebbene oggigiorno finalizzato anche alla prevenzione della crisi di impresa, e perciò unitariamente sottoposto al controllo dell'organo di vigilanza.

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Secondo la Business Judgment Rule le scelte discrezionali del board dell'impresa sono sottratte al sindacato del giudice

I PUNTI CHIAVE

1. L'origine
Il principio nasce negli Stati Uniti d'America con la teoria della Business Judgment Rule (Bjr). Secondo questa teoria le scelte discrezionali dell'organo di governo dell'impresa sono sottratte al sindacato del giudice.

2. I paletti
Il merito delle scelte imprenditoriali non è sindacabile, nei limiti, però, di una condotta contraria a buona fede, in quanto dolosamente dannosa nei confronti della società, o se contraria al dovere di diligenza

3. L'adeguatezza
L'obbligo di organizzazione basato sull'articolo 2086, comma 2, del Codice civile, in quanto finalizzato a scopi tipici individuati dal legislatore, può essere sindacato dal giudice relativamente alla sua adeguatezza

4. Giudizio prognostico
La valutazione di adeguatezza va fatta in ottica prognostica, con un giudizio ipotetico «ex ante»