



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO
Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**LE PROCEDURE DI ALLERTA.
OBBLIGHI E RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI
SOCIETARI**

**Relatore
Prof.ssa
Elisabetta Pederzini**

**Laureanda:
Chiara Alessio**

Anno Accademico 2018/2019



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**LE PROCEDURE DI ALLERTA.
OBBLIGHI E RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI
SOCIETARI**

**Relatore
Prof.ssa
Elisabetta Pederzini**

**Laureanda:
Chiara Alessio**

crisi - allerta - organi societari - responsabilità - diritto francese

Anno Accademico 2018/2019

INDICE:

Remerciements

Ringraziamenti

Capitolo 1. Introduzione.....	1
1. L'importanza della prevenzione.....	1
1.1 <i>Tempus tantum nostrum est</i> : il tempo è tutto ciò che ci resta.....	1
1.2 “Prevenire è meglio che curare”, in un’ottica di sistema.....	1
1.3 Le dichiarazioni di intenti e i dati di fatto.....	3
2. Le spinte sovranazionali.....	8
2.1 L’ordinamento comunitario ed internazionale.....	8
2.2 Cenni di diritto comparato.....	11
3. Gli interventi anteriori alla Riforma Rordorf.....	15
Capitolo 2. La prevenzione nel nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza.....	21
4. La Riforma Rordorf.....	21
4.1 L’iter normativo.....	21
4.2 Il carattere organico e globale della riforma.....	21
4.3 I principi ispiratori.....	23
4.4 Non poteva già bastare quanto presente nel cod. civ.?	24
4.4.1 Gli obblighi degli amministratori.....	25
4.4.2 Il ruolo della <i>Business Judgement Rule</i>	37
4.4.3 Gli obblighi del collegio sindacale.....	42
4.4.4 Gli obblighi del revisore legale.....	51
4.4.5 La funzione preventiva delle azioni di responsabilità.....	59
4.5 La <i>ratio</i> dell’introduzione dei nuovi specifici obblighi.....	62
4.6 Le procedure di allerta.....	65
4.6.1 Il presupposto oggettivo: i “fondati indizi di crisi”	65
4.6.2 I soggetti legittimati e la procedura.....	67
4.6.3 Le critiche.....	69
4.7 L’Organismo di composizione della crisi d’impresa (OCRI)	70
Capitolo 3. L’ordinamento francese.....	75
5. L’ordinamento francese: il senso di una comparazione.....	75
5.1 <i>Les procédures d’alerte et la prévention pour les entreprises en difficulté</i> : un’introduzione generale.....	76
5.2 Il presupposto oggettivo.....	81
5.3 I soggetti legittimati e la procedura.....	85
5.3.1 L’allerta del <i>commissaire aux comptes</i>	86
5.3.2 L’allerta del <i>Comité social et économique</i>	90
5.3.3 Il diritto di allerta dei soci di SA e SARL.....	92
5.4 Il ruolo del <i>Président du Tribunal</i>	97
5.5 I regimi di responsabilità.....	101

5.5.1	La responsabilità degli amministratori.....	101
5.5.2	La responsabilità del <i>commissaire aux comptes</i>	104
5.6	Cos'altro potremmo trarre dall'ordinamento francese?	109
Capitolo 4.	Le procedure di allerta: poteri, doveri e responsabilità.....	119
6.	La responsabilità degli organi sociali.....	119
6.1	L'allerta dei creditori pubblici qualificati: il ruolo dell'Agenzia delle Entrate.....	120
6.2	La responsabilità degli amministratori.....	128
6.2.1	L'obbligo di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati.....	129
6.2.2	L'obbligo di attivarsi per superare la crisi e recuperare la continuità aziendale.....	135
6.2.3	Il mutamento degli <i>standards of review</i>	136
6.2.4	Il codice etico.....	138
6.3	La responsabilità dell'organo di controllo interno e del revisore legale.....	139
6.3.1	Le innovazioni apportate dal C.C.I.I.	141
6.3.2	L'esenzione ex art. 14, comma 3, del C.C.I.I.....	145
6.4	La responsabilità solidale interna all'organo amministrativo.....	147
6.5	La responsabilità solidale tra controllori e amministratori.....	152
7.	Le voci di danno risarcibile.....	156
7.1	Causa o aggravio del dissesto.....	157
7.2	Danno all'immagine commerciale.....	160
8.	I problemi aperti.....	165
8.1	La confidenzialità	165
8.2	Come dare avvio alla procedura nelle s.r.l. sottosoglia che non si dotano di organo di controllo?	168
Conclusioni.....	179	
Bibliografia	181	

Remerciements

La partie de droit comparé a été rédigée pendant un séjour d'études et de recherche sous la direction de Madame Marie-Laure Coquelet, Professeur de droit privé à l'Université Paris 2- Panthéon-Assas.

Je voudrais tout spécialement remercier Madame Coquelet pour m'avoir accueillie dans l'Institut de recherche en droit des affaires (IRDA) et pour m'avoir généreusement donné son aide irremplaçable à la rédaction du chapitre sur la législation française en matière de procédures d'alerte et de prévention pour les entreprises en difficulté. Sans sa contribution, et aussi sans l'assistance de tous les membres du personnel de la Salle de Droit Commercial de la Faculté de Droit de l'Université Paris 2- Panthéon-Assas, mon séjour à Paris n'aurait pas été si formatif et fructueux.

Ringraziamenti

Anzitutto un ringraziamento speciale va alla Prof.ssa Elisabetta Pederzini, che con pazienza e disponibilità mi ha accompagnata nella realizzazione di questo progetto di tesi. Merita la mia riconoscenza anche la Prof.ssa Alessandra Magliaro, per il prezioso aiuto che mi ha generosamente fornito.

Infine, sono grata alla mia famiglia e ai miei amici per avermi sempre supportata e consigliata.

Capitolo 1. Introduzione

1. L'importanza della prevenzione

1.1 *Tempus tantum nostrum est*¹: il tempo è tutto ciò che ci resta

Lo scopo di lucro (*rectius* profitto soggettivo), pur non essendo annoverabile tra gli elementi costitutivi della nozione di “imprenditore”, si impone su un piano fattuale e non giuridico- come autentico movente che spinge l'imprenditore a fare impresa². Questi, dunque, mirando al conseguimento di un utile personale, impiega le sue risorse, il suo tempo, il suo denaro in quella che potremmo definire una vera e propria “intrapresa”. L'imprenditore si mette in gioco e si avventura in un mondo- il mercato- proteiforme e perennemente mutevole, non privo di insidie e di imprevisti. È indubbio, infatti, che svolgere una attività di impresa porti con sé un certo margine di rischio³, al quale l'imprenditore soggiace inesorabilmente, non potendo attivarsi in alcun modo ai fini della sua totale eliminazione. La sola possibilità che resta è agire sul fattore tempo, adoperandosi per intercettare tempestivamente eventuali segnali di difficoltà e per intervenire proattivamente in modo quanto più sollecito possibile, al fine di porsi al riparo dalla crisi ed evitare di aggravare lo *status quo*.

Da quanto detto, emerge con evidenza come, anche in sede di gestione della crisi d'impresa, tempestività ed efficienza vadano quasi sempre di pari passo. È infatti un dato di comune esperienza che la percezione immediata di una situazione di difficoltà costituisca un presupposto fondamentale per aumentare le probabilità di affrontarla con successo: solo intervenendo prontamente, di fronte alle prime avvisaglie di crisi, si può auspicare che l'impresa torni ad uno stato di normalità⁴.

1.2 “Prevenire è meglio che curare”, in un'ottica di sistema

L'adesione al principio per cui “prevenire è meglio che curare” si evince chiaramente leggendo sia il considerando n.16 della Proposta di Direttiva del

¹ SENECA, *Epistulae ad Lucilium, Liber 1-1*.

² Chiunque svolga attività d'impresa non mira semplicemente a coprire i costi, che si vede costretto a sostenere per porla in essere, con i ricavi conseguiti; al contrario, lo scopo finale dell'imprenditore (sia esso individuale o collettivo) è assai più complesso e indubbiamente lungi dall'appiattirsi (quantomeno in termini programmatici) sul perseguimento di un mero pareggio di bilancio al termine di ogni esercizio. Si veda: M. MONTANARI, E. PEDERZINI, *L'imprenditore e il mercato. Imprenditore, procedure concorsuali e contratti commerciali*, Torino, 2016, pp. 13-18.

³ M. NIZZOLA, *Scelte strategiche e rischio di impresa. Pianificare le scelte strategiche e simulare le ricadute a livello economico e finanziario: il rating quale strumento di controllo del rischio d'impresa*, disponibile su www.fiscoetasse.com, l'Autore afferma che il rischio costituisce una “componente ineliminabile del fenomeno azienda e caratterizza una condizione costante dell'agire imprenditoriale connaturata all'attività economica” e aggiunge che “l'assunzione di rischio e l'ovvia premessa all'attesa di un ritorno economico”, esso ha come fonte primaria la dissonanza tra strutture organizzative interne all'impresa e caratteri dell'ambiente circostante, in particolare si fa riferimento alla collisione tra la naturale tendenza alla staticità degli apparati di *governance* e il dinamismo del contesto di mercato; G. BERLOTTI, *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi. Allerta, autofallimento e bancarotta*, Torino, 2017, pp. 145 e ss; C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Rivista di diritto commerciale*, vol. I, 2006, pp. 675 e ss.

⁴ A. JORIO, *Introduzione a S. DE MATTEIS, L'emersione anticipata della crisi d'impresa, modelli attuali e prospettive di sviluppo, Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017.

Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 dicembre 2016⁵ sia dalla Relazione alla Legge delega che ha originato il Codice della Crisi e dell'Insolvenza⁶. Ciò conferma che l'emersione anticipata della crisi d'impresa costituisce oggi il fine principale cui tende il diritto fallimentare; due sono i fattori prodromici che devono sussistere per rendere tale scopo concretamente perseguibile: la predisposizione di strumenti ed istituti idonei a consentire la percezione tempestiva di segnali di difficoltà e una compiuta delineazione del ruolo da attribuire ai soggetti deputati a percepire tali indici di crisi⁷.

A quanto detto, va aggiunto che agire in modo tardivo non solo riduce in termini probabilistici la possibilità di superare con successo lo stato di difficoltà, ma finisce anche per andare a detrimento del grado di ottimalità sociale dell'intervento. Invero, se la crisi emerge solo quando la liquidazione è ormai l'unica via praticabile, le conseguenze che ne derivano non potranno che essere negative, in un ottica di sistema.

Innanzitutto, si deve considerare il rischio di perdere il valore economico dell'impresa, essendo ormai messa a repentaglio la possibilità di recuperare la continuità aziendale. Inoltre, si finisce pressoché inevitabilmente per deteriorare le aspettative di soddisfacimento dei creditori sociali: permettendo alla crisi di aggravarsi, fino a trasformarsi in insolvenza, il patrimonio sociale verrà molto probabilmente eroso, nello strenuo tentativo di adempiere alle obbligazioni sociali, rincorrendo uno stato di sanità imprenditoriale che a questo stadio è ormai andato perduto (dato di fatto, quest'ultimo, che l'imprenditore solitamente fatica ad ammettere).

Ancor più ad ampio raggio è la riflessione che involge il ruolo delle banche: il sistema italiano viene spesso descritto come un sistema "banco-centrico": gli istituti di credito svolgono un ruolo vitale per il buon andamento di ogni "intrapresa" individuale o societaria. Quando le imprese, non essendo riuscite ad intercettare tempestivamente i segnali di crisi all'alba del loro palesarsi, approdano alla liquidazione giudiziale⁸, anche i crediti vantati dalle banche vengono persi (o, nella migliore delle ipotesi, falcidiati). Ciò, per l'operare di una sorta di "effetto-domino" influenzerà dapprima il sistema bancario in quanto tale-peggiorando le condizioni di accesso al mercato di credito nel suo complesso- e,

⁵ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante *i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti*, 22 dicembre 2016, n. 359 (COD), in www.c.europa.eu.

⁶ "[...] le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore e che, viceversa, il ritardo nel percepire i prodromi di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in una vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile ed a rendere perciò velleitari- e non di rado ulteriormente dannosi- i postumi tentativi di risanamento", Relazione illustrativa a Legge n. 155/2017 di delega al governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, in www.giustizia.it, cit., p.5.

⁷ S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa, modelli attuali e prospettive di sviluppo*, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Milano, 2017, p. 1.

⁸ Termine che, a seguito dell'entrata in vigore della Riforma delle procedure concorsuali nel gennaio 2019, sostituisce la tradizionale locuzione "fallimento".

poi, più a valle, la situazione della singola banca coinvolta- che dovrà sopportare le perdite del mancato recupero del credito⁹.

È perciò evidente come l'emersione anticipata delle crisi d'impresa rappresenti sempre *ex se* un valore per il mercato, il quale merita di essere inteso come un *unicum*, all'interno del quale ogni parte (*i.e.*: la singola impresa) opera in funzione delle altre e in questo modo in vista del tutto. In altre parole, il benessere delle singole imprese è fattore del benessere dell'intero sistema: adoperarsi, a livello normativo, per mettere a punto un sistema in grado di consentire la rilevazione tempestiva delle difficoltà che inevitabilmente si possono verificare nella quotidianità operativa di un'impresa, al fine di permettere una risoluzione il più efficiente possibile, non apporta benefici solamente alla singola realtà imprenditoriale coinvolta, bensì all'intero sistema di mercato. In conclusione, solamente ben gestendo la crisi di ogni singola impresa si può sperare di guidare il mercato oltre le secche della stagnazione che lo ha interessato negli ultimi decenni.

Il diritto fallimentare ricopre spesso il ruolo di compositore degli interessi in gioco, diversi e spesso contrapposti tra loro. A fronte di un imprenditore che si prodiga per scongiurare il suo dissesto, ritroviamo, da un lato, il ceto creditorio che agisce per limitare il pregiudizio che potrebbe derivare dall'insolvenza del creditore comune e, dall'altro, il sistema economico che mira a salvaguardare le aziende ancora *viabiles*. Il bilanciamento di detti interessi è difficilmente raggiungibile se ci si trova in uno stadio di crisi avanzata, magari già integrante gli estremi dell'insolvenza; al contrario, è più agevolmente conseguibile se gli indizi di crisi vengono percepiti tempestivamente e così altrettanto prontamente vengono attivati gli strumenti offerti dall'ordinamento per evitarne l'aggravamento¹⁰.

1.3 Le dichiarazioni di intenti e i dati di fatto

Se è dunque vero che si può pensare di garantire una virtuosa convergenza tra i divergenti interessi solo intervenendo sul fattore tempo, essendo esso l'unica variabile che si trova nella completa disponibilità dell'attore principale delle vicende d'impresa (ossia l'imprenditore), è logicamente necessario postulare che serva agire d'anticipo. Ciò al fine di intercettare la crisi all'alba del suo palesarsi e attivarsi sollecitamente per cercare di risolvere o quantomeno non aggravare la situazione che è venuta a crearsi, spesso anche- seppur non solo- per via del dispiegarsi di fenomeni e congiunture non preventivabili dall'imprenditore o per loro natura non idonei ad essere attratti nella sua sfera di potere.

Tuttavia, il paradigma di intervento tempestivo davanti all'emergere delle prime avvisaglie di crisi, si scontra con alcuni dati di fatto.

In primo luogo, non si può non considerare la mentalità imprenditoriale che permea il tessuto economico italiano, popolato da un considerevole numero di piccole e medie imprese, che superano di gran lunga le realtà imprenditoriali di

⁹ G. ZANOTTI, *Le banche e la ristrutturazione delle imprese in crisi*, in G. FORESTIERI (a cura di) *Corporate e investment banking*, Milano, 2003, p. 41.

¹⁰ A. JORIO, *Introduzione a S. DE MATTEIS, L'emersione anticipata della crisi*, cit., in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017.

grandi dimensioni¹¹. A ciò, si aggiunga che, molto frequentemente, le imprese sono gestite su base familiare: anche nei tipi societari che meno si prestano a far coincidere la figura di socio con quella di amministratore (tratto frequente, per non dire tipico, delle società a responsabilità limitata), i legami personali intercorrenti tra proprietari e gestori comportano una forte personalizzazione dell'attività di impresa. Questo assetto rende gravoso il tentativo di svincolarsi dal *modus opinandi* che pone in stretta correlazione imprenditore e impresa. Il rischio è quello di tenere in non cale il valore intrinseco dell'attività e dell'azienda, indipendentemente dal soggetto che la gestisce e possiede. Non riuscendo a scindere le sorti dell'impresa dalle proprie, l'imprenditore vede riflesso nel fallimento della sua attività (o meglio di quella "intrapresa" che aveva con coraggio avviato e di cui si era sobbarcato costi, rischi ed oneri) il suo fallimento personale. Così, da un lato, egli tende a prodigarsi per evitare di rendere pubblica la crisi, essendo essa non già un semplice momento di difficoltà sulla strada dell'attuazione dell'oggetto sociale (da guardare con lenti laiche e oggettive), bensì una sua propria sconfitta. Dall'altro lato, quando ormai l'insolvenza è divenuta palese ed innegabile, non potendo più proseguire l'attività d'impresa, rifugge l'utilizzo di quegli strumenti, che sarebbero stati approntati dal legislatore per permettere di riportare l'impresa ad uno stato di normalità, ma che, essendo stati pensati per l'impresa in senso astratto e non con riferimento all'imprenditore come soggetto persona fisica, implicherebbero l'affidamento della stessa a terzi. Eventualità- quella dell'affidamento a terzi- che l'imprenditore è refrattario anche solo a considerare, stante la tendenza a considerare l'impresa come una sorta di cosa propria. Inoltre, rendendo palese la sua stessa crisi, l'imprenditore teme anche di inimicarsi il ceto bancario e di subire restrizioni di credito, nonché di perdere il controllo sull'attività¹², di svelare fatti che potrebbero comportare responsabilità civili o penali, di perdere clientela, fornitori o figure chiave nell'organico del personale¹³.

¹¹ In Italia ci sono circa 760.000 PMI, che costituiscono il 76% del totale delle imprese, pari a 996.000 e che crescono del +5,6% in media all'anno, si veda *Panoramica sul mercato italiano*, 2018, in www.bancaifis.it.

¹² Si pensi, per esempio, al caso in cui l'ostensione dei segnali di crisi conduca alla presentazione di istanze di fallimento- con potenziale conseguente spossessamento del fallito- oppure ad un concordato preventivo- con relativa possibilità, per i creditori concorsuali, di avanzare (e magari poi vedere anche prevalere) proposte concorrenti.

¹³ L. PANZANI, *Le procedure di allerta e conciliazione*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *Le proposte per una riforma della legge fallimentare, un dibattito dedicato a Franco Bonelli, Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pp. 65 e ss., l'Autore fa notare che i principi desumibili dalla Raccomandazione n. 135 del 2014 e dalla *Recommendation* n. 46 delle *Legislative Guide to Insolvency Law*, fornite dall'UNCITRAL nel 2004, incentivano l'emersione anticipata della crisi di impresa, sulla scorta della convinzione che "prevenire sia meglio che curare" e che "tempestività ed efficienza vanno spesso di pari passo"; tuttavia, essi si scontrano con alcuni dati di fatto che implicano una tendenza dell'imprenditore a procrastinare l'apertura di una procedura concorsuale. Nello specifico, si tratta del rifiuto a livello psicologico di riconoscere che la situazione di crisi è in una serie di remore a far emergere tempestivamente la crisi e ad ostenderla, inerenti possibili conseguenze negative che da questa decisione potrebbero derivare; ancora sulle implicazioni psicologiche della gestione della crisi di impresa da parte dell'imprenditore: "[...]sotto il profilo psicologico la gestione di crisi di impresa drammatiche in capo all'imprenditore che ha creato dal nulla l'impresa sconta l'organicità tra questa e l'imprenditore stesso [...]". P. RINALDI, *Riforma e Organismi di gestione della crisi: anomalie possibili e conseguenze sulle negoziazioni con i creditori*, in www.ilfallimentarista.it, cit., p. 4.

È chiaro che sarebbe necessario sradicare questo tipo di *forma mentis*, per permettere a istituti come quelli delle procedure di allerta di operare ed esplicare i loro utili effetti. Ma è altrettanto evidente che un mutamento legislativo- per quanto complesso e organico e dunque bisognoso di considerevole tempo e lavoro da parte dei suoi fautori- non potrà che essere attività ben più semplice di quella che sarebbe necessaria per modificare il modo di pensare di un'intera classe di imprenditori.

In secondo luogo, per consentire l'emersione tempestiva della crisi sarebbe opportuno adoperarsi per cercare di spogliare il fallimento dall'aura di negatività che esso, sin dalle sue origini¹⁴, porta con sé. Se ci si chiedesse se fallire costituisca una colpa, sicuramente ci si porrebbe un interrogativo che trova facile soluzione laddove cronologicamente riferito agli albori del diritto fallimentare. Nell'Antica Roma il diritto fallimentare era concepito in chiave penalistica: i debitori che non onoravano i propri debiti potevano essere fatti schiavi dai loro creditori. Cessavano così di essere soggetti dell'ordinamento giuridico e divenivano *res* di proprietà dei loro *domini*, che potevano o alienarli, per soddisfarsi con il prezzo ricavato dalla vendita, oppure ucciderli appropriandosi del loro patrimonio. In ogni caso l'aspetto patrimoniale rimaneva, successivo e susseguente: il vero fulcro della questione erano le implicazioni personali che investivano l'insolvente, vale a dire la possibilità di ridurre il debitore inadempiente *in vinculis*. La prospettiva non subisce profondi mutamenti in epoca medioevale: la caratura penalistica permane, tanto che negli statuti comunali¹⁵ erano previste pene quali il bando dell'insolvente, l'obbligo di indossare segni distintivi¹⁶, la pietra del vituperio con conseguente cessione dei beni ai propri creditori, la prigionia e, in alcuni casi, anche la pena capitale. Il fallito, non avendo onorato gli impegni presi, doveva pagare per questa colpa gravissima, egli era considerato un vero e proprio criminale, sottoposto alla gogna sociale e alle sanzioni previste dalla legge¹⁷. Anche prendendo in considerazione i lemmi

¹⁴ Per un esaustivo inquadramento storico degli istituti di diritto fallimentare si veda C. PECORELLA, U. GUALAZZINI, voce *Fallimento (premessa storica)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, pp. 196 e ss.; F. GALGANO, *Introduzione al trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977, pp. 36 e ss.; A. ROCCO, *Il Fallimento: Teoria generale e origine storica*, Milano, 1917, pp. 196 e ss.

¹⁵ A. MAFFEI ALBERTI, *L'evoluzione della disciplina delle procedure concorsuali: dal Regio Decreto n. 267 del 1942 ai nostri giorni*, in www.giappichelli.it, p. 4; A. JORIO, *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. Comm.*, vol. I, 1994, disponibile su www.biblio.liuc.it, pp. 496-497

¹⁶ Durante il Medioevo, i falliti, in segno di pubblico scherno, erano costretti ad indossare un berretto verde. Da ciò, secondo alcuni, deriverebbe l'espressione "essere al verde", si veda J. PAPON, *Ioannis Paponii iurisconsulti et consilarii regii in Francia celeberrimi decisionum et rerum iudicatarum sive ut vocant arrestorum, in diversis atque supremis Franciae tribunes et parlamentis tractatorum corpus et iuris universalis collectio absolutissima, Liber X, Titulus X*, Francoforte, 1624, p. 312.

¹⁷ In questo senso è paradigmatica la tralatizia espressione "*decoctor ergo fraudator*", da attribuirsi al commentatore Baldo degli Ubaldi, che nella sua opera *Consilia*, equiparando il fallito al truffatore, scriveva "*Falliti sunt infami et infamissimi et more antiquissimae legis tradi creditoris laniandi [...] Nec excusantur ob adversam fortunam est decoctor, ergo fraudator*", in BALDO DEGLI UBALDI, *Consilia*, vol. V, Venezia, 1575, p. 399; si veda anche R. PROVINCIALI, voce *Insolvenza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1971, pp. 782-783, l'Autore non esitava a definire l'insolvenza come un fatto illecito, la cui colpa sarebbe *in re ipsa* in quanto derivante dalla violazione dell'obbligo ex art. 2740 cod. civ.- secondo il quale il debitore risponde delle

comunemente in uso, si può facilmente notare come essi siano accompagnati da un ben determinato stigma sociale (al quale nella maggior parte dei casi si congiungono i suddetti significati psicologici ed emozionali). Al termine “fallito”, infatti, sono immediatamente correlati, nel linguaggio comune, la disfatta, l’esito negativo e il fiasco¹⁸. Così, nel linguaggio giuridico, quando si parla di “fallimento” si fa riferimento all’insuccesso dell’impresa. Benché esso sia anche, a ben vedere, la massima espressione dell’essere vivi, nonché la prova ontologica dell’aver fatto- o meglio dell’aver “provato a fare qualcosa”, come ricorda il vecchio adagio “si può fallire solamente facendo”- fallire, assume sovente anche un significato di condanna, senza distinguere a seconda del fatto che la disfatta- che sarebbe quantomeno da intendersi come la caduta di un qualcosa che c’è stato- sia colpevole o incolpevole. L’attenzione è interamente incentrata sulla persona (a riconferma della difficoltà di spersonalizzare l’attività di impresa): a fallire è l’imprenditore, che, recitando il ruolo dell’eroe tragico tanto corteggiato dalla letteratura, non riesce in qualcosa in cui si cimenta, fallisce proprio in quell’intrapresa in su cui aveva scommesso, in fin dei conti, tutto sé stesso¹⁹. Oggi, sicuramente, non è più così automatico affermare che fallire costituisca una colpa: sono sparite le sanzioni personali- il fallito, infatti, non è più impedito nell’esercizio delle sue libertà personali, economiche e politiche, l’albo dei falliti è stato abrogato e addirittura è stato introdotto nella disciplina giusconcorsualistica l’istituto dell’esdebitazione, per concedere una seconda *chance* all’imprenditore insolvente (costringendo i debitori a una remissione forzosa dei loro debiti, chiudendo il fallimento e facendo risorgere il fallito dalle sue ceneri concedendogli quello che in ambito anglosassone va sotto il nome di *fresh-start*). Anche la Comunicazione della Commissione n. 584 del 5 ottobre 2007 sottolinea come la stigmatizzazione del fallimento sia uno dei principali motivi che inducono le imprese a nascondere le difficoltà anziché farle emergere quando ancora si trovano ad uno stadio iniziale²⁰. Rimuovendo l’onta del fallimento, sarebbe possibile sperare in una rilevazione e ostensione dei primi segnali di crisi²¹. Già nel 2014, il Tribunale di Vicenza²² aveva rimesso con ordinanza alla Suprema

obbligazioni da lui contratte con tutti i suoi beni, presenti e futuri. La dichiarazione di fallimento costituiva, in questa prospettiva la giusta sanzione da comminare a chi violava l’obbligo di onorare gli impegni presi, a forte tutela dei creditori sociali e, più in generale del mercato.

¹⁸ Basti pensare che storicamente con il termine fallimento ci si riferiva anche alle disfatte in battaglia.

¹⁹ E. PEDERZINI, Relazione in occasione del Convegno *La crisi di impresa come opportunità di crescita. Uno sguardo alla futura riforma del diritto fallimentare, tra prospettive, scenari e problemi applicativi* organizzato dal Centro Studi Polaris, Fondazione CariTro, Trento, 21 giugno 2018.

²⁰ Comunicazione della Commissione del 5 ottobre 2007, n. 584, in www.eur-lex.europa.eu.

²¹ S. DE MATTEIS, *op. cit.*, pp. 19-20.

²² Trib. Vicenza, ord. 13-06-14, n. 90 “Si intende porre in discussione la legittimità costituzionale della norma che prevede la soggezione al fallimento di una persona fisica, quale titolare di un’impresa individuale insolvente ovvero come socio illimitatamente responsabile di una società fallibile, e non, invece, il fallimento della sola impresa, senza coinvolgere nominalmente la persona fisica, nel caso di impresa individuale, od il socio, nel caso di impresa associata, sempre dal punto di vista nominale e lessicale [...]. L’inadeguatezza dell’uso del termine “fallito”, per colui la cui impresa sia in stato di insolvenza, deriva dal fatto che il termine fallito non è solo un termine tecnico giuridico, ma anche, e soprattutto, un termine di portata ben più ampia, che coinvolge la persona nella sua globalità, in tutte le sue sfere e relazioni sociali, e nel suo più intimo sentire ed amor proprio [...]. Nel nostro ordinamento, complice un retaggio lessicale non più accettabile (*decoctor ergo fraudator*), risalente a storici insigni giuristi del nostro sistema giuridico (nel caso

Corte alcuni articoli della Legge Fallimentare, sostenendo che non si potesse dichiarare fallito l'imprenditore, dal momento che il fallimento non si deve riferire alla persona ma all'attività. Il giudice *a quo* chiedeva perciò di eliminare le parole "fallito" e "fallimento" dalle norme indicate. L'ordinanza, ben motivata, coglie il sentire del tempo, al punto che, nonostante il rigetto per manifesta inammissibilità della questione, la Corte Costituzionale non si esime dall'esortare il legislatore ad intervenire sul punto.

L'intervento non tardò ad affacciarsi sulla scena legislativa italiana, visto che nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza si parla di "liquidato" e di "liquidazione giudiziale". Da un lato, in ossequio all'adagio *nomina sunt consequentia rerum*, questo cambiamento lessicale da contezza del passaggio da una concezione soggettiva del fallimento ad una prospettiva oggettiva, che pone al centro del sistema l'azienda (intesa come complesso economico-produttivo) e non più l'imprenditore. È indubbio che l'intento del riformatore, all'atto di operare tali ridenominazioni, fosse quello di segnare, anche esteticamente, il diverso clima culturale e la mutata filosofia di fondo in cui la riforma è maturata²³. Dall'altro lato, tuttavia, non si può evitare di interrogarsi sull'effettiva idoneità di una mera variazione lemmatica ad eliminare lo stigma che connota il fenomeno della crisi d'impresa e del fallimento. Sarebbe forse più logico e cauto affermare che il mutamento di mentalità esista, allo stato dell'arte, solo come fine programmatico: le nuove locuzioni segnano un primo passo verso il tentativo di cominciare seriamente a "considerare crisi e insolvenza in modo laico e razionale, come eventi del tutto naturali e possibili nel quadro del rischio implicito nell'attività di impresa, e dunque per quanto fenomeni patologici comunque come eventi statisticamente prevedibili se non proprio in una certa misura inevitabili"²⁴. L'introduzione di nuovi termini, in sostituzione dei precedenti, può solo propiziare e corroborare l'eradicazione del vecchio modo di pensare, certamente è inimmaginabile un cambio di rotta repentino, allo scoccare della mezzanotte del giorno dell'entrata in vigore della nuova normativa (nell'agosto 2020).

di specie, l'espressione è attribuita a Baldo degli Ubaldi), la qualità di fallito è attribuita alla persona fisica, sul presupposto, non dimostrabile a priori e modernamente non più condivisibile, della sua condotta fraudolenta: insolvente (*decoctor*) e perciò ingannatore (*fraudator*). Fallito proviene etimologicamente da fallare= ingannare. Questo sillogismo, questa epesegesi, questa necessitata consecuzione causale, non è più accettabile.", il testo completo è disponibile su www.dejure.it.

²³ F. LAMANNA, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, cit., p. 9. Si veda anche G. ACCIARO, A. DANOVÌ, P. RINALDI, *La consapevolezza del rischio aiuta a ridefinire la struttura*, in *IlSole24Ore*, 9 agosto 2019, "considerare la crisi di impresa come un evento normale è però una fortissima richiesta culturale al sistema economico e agli operatori che in esso agiscono. Non è sufficiente cambiare la definizione di fallimento in liquidazione giudiziale, se ancora la crisi è considerata fenomeno colposo e non doloso. Le aziende possono ammalarsi come le persone, e considerare la crisi una malattia aiuta a dare il giusto peso agli "stili di vita" che la prevencono ed agli attori che aiutano il paziente a guarire. Fortunatamente non sempre è necessario il ricovero ospedaliero o tantomeno il reparto di isolamento. Questo atteggiamento è naturalmente possibile se il paziente ricorre alle cure e si comporta in modo diligente rispetto alla terapia prescritta. In questo caso gli adeguati assetti organizzativi sono prova di un atteggiamento corretto e dimostrano che la *compliance* può essere una valida arma di prevenzione della patologia".

²⁴ F. LAMANNA, *op.cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, p. 9.

2. Le spinte sovranazionali

De iure condito, quantomeno fino a prima dell'entrata delle ultime riforme, la disciplina giusconcorsualistica italiana destava numerosi e ingombranti dubbi circa la sua adeguatezza a consentire una tempestiva emersione della crisi d'impresa. Sarebbe azzardato e forse frettoloso affermare che la sola entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (C.C.I.I.) sarà in grado di cambiare le cose: si dovrà aspettare che la normativa venga applicata concretamente, trasformandosi da diritto positivo in diritto vivente, e si dovranno attendere le prime pronunce giurisprudenziali, prima di merito e poi di legittimità. Solo dopo averle lasciate operare per un congruo lasso di tempo, sarà possibile appurare se l'introduzione delle procedure di allerta- cavallo di battaglia dell'intera riforma, intorno al successo delle quali si gioca, invero, il successo di gran parte della riforma stessa- costituiranno la chiave di volta del sistema di emersione anticipata della crisi.

Non c'è dubbio che le procedure d'allerta non si siano affacciata sulla scena italiana *ex abrupto*: due sono le principali fonti che hanno sospinto la loro introduzione- che fu invero oggetto anche di tentativi poi abortiti all'inizio degli anni 2000. Le riforme nazionali non possono omettere di tener conto del diritto dell'Unione europea (da intendersi con riferimento al diritto dei trattati istitutivi, alle direttive, alle raccomandazioni e alle altre fonti del diritto dell'Unione) e del diritto internazionale (si fa riferimento, in particolare, alle *Guide-lines* fornite dall'UNCITRAL); ma giocano un ruolo importante anche gli esempi forniti dagli altri ordinamenti, le interrelazioni con i quali innervano sempre più frequentemente e rilevantemente l'economia odierna.

2.1 L'ordinamento comunitario ed internazionale

A partire dagli anni '70, si affermò la convinzione per cui il diritto fallimentare dovesse preoccuparsi della conservazione dell'impresa, evitando, per quanto possibile la via liquidatoria, e cercando di recuperare le capacità produttive in vista del risanamento. Fu immediatamente evidente che, per perseguire questo scopo, servisse fornire strumenti di gestione della crisi che fossero in grado di farla emergere senza indugi²⁵. Quanto detto, costituisce uno dei punti focali della Raccomandazione della Commissione Europea n. 135 del 2014²⁶, il cui obiettivo primario è quello di garantire alle imprese europee la

²⁵ S. DE MATTEIS, *op. cit.*, pp. 16-17.

²⁶ La Raccomandazione punta ad armonizzare i vari diritti nazionali, che, per sua stessa ammissione, risultano spesso caratterizzati da impostazioni profondamente diverse, con conseguente aumento dei costi, incertezze, disfunzioni e disincentivi. "Le norme nazionali in materia di insolvenza variano notevolmente quanto alla gamma di procedure di cui possono avvalersi i debitori in difficoltà finanziaria per ristrutturare la loro impresa. Alcuni Stati membri prevedono poche procedure e la ristrutturazione è possibile solo in una fase relativamente tardiva, nell'ambito della procedura formale d'insolvenza. Altri Stati membri invece permettono la ristrutturazione in una fase precoce ma le procedure a disposizione sono meno efficaci di quanto potrebbero oppure impongono adempimenti in misura variabile, specie per quanto riguarda l'uso di procedure stragiudiziali [...]. La disparità tra i quadri nazionali in materia di ristrutturazione e la diversità delle norme nazionali che danno una seconda opportunità agli imprenditori onesti sono causa di costi aggiuntivi e fonte di incertezza nella valutazione dei rischi connessi agli investimenti in un altro Stato membro; frammentano le condizioni di accesso al credito e danno luogo a tassi di recupero del credito diversi; impediscono ai gruppi transfrontalieri di imprese di elaborare e adottare piani di ristrutturazione coerenti. Più in generale, possono costituire un disincentivo per

possibilità di interfacciarsi con un quadro normativo, anche a livello nazionale, che consenta loro una ristrutturazione tempestiva per evitare l'insolvenza, massimizzando il valore dell'impresa²⁷. Perciò la Commissione, nel dettare le linee di armonizzazione, si disinteressa delle procedure di insolvenza- che si incentrano sullo stato di definitiva ed irreversibile decozione del debitore- e si concentra sulla prospettiva della ristrutturazione. Ciò cui si fa riferimento sono le situazioni di difficoltà finanziaria che costituiscono lo stadio antecedente a quello dell'insolvenza vera e propria: la c.d. *twilight zone*, che funge da terreno applicativo per le procedure di allerta e, più in generale, per tutti i meccanismi di emersione anticipata della crisi²⁸.

Quanto poi al piano internazionale, si deve fare riferimento ai principi dettati dalle Nazioni Unite, e in particolare alla Raccomandazione n. 46 dei Principi UNCITRAL²⁹, che esorta gli stati ad apprestare meccanismi tali da

le imprese che intendono stabilirsi in Stati membri diversi [...] Vari Stati membri stanno rivedendo il proprio diritto fallimentare per migliorare il quadro per il salvataggio delle imprese e la seconda opportunità per gli imprenditori. Pertanto, è opportuno incentivare la coerenza di questa e di eventuali altre future iniziative nazionali così da rafforzare il funzionamento del mercato interno. È necessario incoraggiare una maggiore coerenza tra i quadri nazionali in materia di insolvenza onde ridurre le divergenze e le inefficienze che ostacolano la ristrutturazione precoce di imprese sane in difficoltà finanziaria e promuovere la possibilità per gli imprenditori onesti di ottenere una seconda opportunità, riducendo con ciò i costi di ristrutturazione a carico di debitori e creditori. Grazie a una maggiore coerenza ed efficienza delle norme fallimentari nazionali, si massimizzeranno i rendimenti per tutti i tipi di creditori e investitori, e si incoraggeranno gli investimenti transfrontalieri. Una maggiore coerenza faciliterà anche la ristrutturazione di gruppi di imprese, indipendentemente dal luogo dell'Unione in cui sono situate le imprese del gruppo. Inoltre, eliminando gli ostacoli all'efficace ristrutturazione di imprese sane in difficoltà finanziaria si contribuisce alla salvaguardia dei posti di lavoro, con effetti positivi sull'economia in generale. Essendo più facile per gli imprenditori ottenere una seconda opportunità, aumenterà anche l'incidenza del lavoro autonomo negli Stati membri. Inoltre, la presenza di quadri efficaci in materia di insolvenza permetterà di valutare meglio i rischi connessi alle decisioni di concessione e assunzione di prestiti e favorirà l'adeguamento delle imprese eccessivamente indebitate, minimizzando i costi economici e sociali insiti nel processo di riduzione dell'indebitamento. A trarre vantaggio da un approccio più coerente a livello dell'Unione saranno anche le piccole e medie imprese, che non dispongono delle risorse necessarie per sostenere gli alti costi di ristrutturazione e beneficiare delle procedure di ristrutturazione più efficienti di alcuni Stati membri.” Si veda la Raccomandazione della Commissione Europea, 12 marzo 2014, n. 135, in www.eur-lex.europa.eu.

²⁷ Raccomandazione della Commissione Europea, 12 marzo 2014, n. 135, in www.eur-lex.europa.eu. Considerando n.1: “Obiettivo della presente raccomandazione è garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale. Un altro obiettivo è dare una seconda opportunità in tutta l'Unione agli imprenditori onesti che falliscono”

²⁸ F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, Osservazioni sulla legge delega*, Milano, 2018, p. 10.

²⁹ *Legislative Guide to Insolvency Law*, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Parts 1 and 2, Recommendation n. 46, 2004, “One of the objectives of reorganization proceedings is to establish a framework that will encourage debtors to address their financial difficulties at an early stage to enable the business to continue to the benefit of the debtor and creditors alike. A commencement standard that is consistent with that objective may be one that is more flexible than the commencement standard for liquidation and does not require the debtor to wait until it has ceased making payments generally before making an application, but allows an application in financial circumstances that, if not addressed, will result in a state of

incentivare i debitori a far emergere le difficoltà in cui sono incorsi al momento della loro prima epifania, in modo tale da poter intervenire velocemente e riservarsi la *chance* di risollevarsi e continuare a svolgere l'attività d'impresa. Anche in questa sede, si pone l'accento sull'importanza di privilegiare le vie della conservazione e della riorganizzazione, foriere di benefici sia per il debitore sia per il ceto creditorio. Delle indicazioni fornite dalla Commissione nella Raccomandazione del 2014 e dei principi della *model law* elaborati in materia di insolvenza dalle Nazioni Unite, il legislatore delegato deve tener conto, ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge delega³⁰.

Più di recente, in data 27 marzo 2019, il Parlamento Europeo ha approvato (in prima lettura) la Proposta di Direttiva della Commissione Europea n. 359 del 2016³¹, che costituisce un ulteriore passo avanti nel tentativo (iniziato con la precedentemente analizzata Raccomandazione n.135 del 2014) di armonizzare le legislazioni degli Stati membri, in punto di disciplina della crisi e dell'insolvenza. Lo strumento scelto dal legislatore europeo nel 2016 è indubbiamente più incisivo (gli Stati membri, infatti, saranno tenuti a perseguire gli obiettivi delineati dalla direttiva, conservando discrezionalità solo quanto ai mezzi da utilizzare) rispetto a quello della raccomandazione. La scelta attesta l'avvenuta presa di coscienza della fondamentale importanza che rivestono, all'interno del Mercato Unico e del panorama economico-finanziario attuale, le norme che disciplinano il fenomeno della crisi di impresa. Nella Relazione alla Proposta emerge la volontà dei suoi redattori di elaborare un quadro minimo di regole comuni e vincolanti per tutti gli Stati membri, cosicché il sistema possa spogliarsi di ogni oscurità o criticità connessa alle disomogeneità tra le legislazioni nazionali, per evitare che esse

insolvency. Approaches to debtor applications for reorganization vary between insolvency laws. In some laws, the reorganization procedure does not actually require the satisfaction of any substantive standard: the debtor may make an application whenever it wishes and is only required to file a simple petition in the appropriate court. Other laws, including those which adopt a unitary approach (see part one, chap. I, paras. 21-25), specify that the debtor may make an application if it envisages that, in the future, it will not be in a position to pay its debts when they come due (prospective or imminent insolvency or illiquidity). A number of reorganization laws also require evidence of a real or reasonable prospect of survival of the debtor or of the economic viability of the debtor's business.", in www.uncitral.org.

³⁰ "Nell'esercizio della delega di cui al comma 1 il Governo tiene conto della normativa dell'Unione europea e in particolare del regolamento (UE) n. 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, della raccomandazione 2014/135/UE della Commissione, del 12 marzo 2014, nonché dei principi della *model law* elaborati in materia di insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL); cura altresì il coordinamento con le disposizioni vigenti, anche modificando la formulazione e la collocazione delle norme non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega, in modo da renderle ad essi conformi, e adottando le opportune disposizioni transitorie.". La legge delega impone anche di osservare quanto disposto dal Regolamento n.848 del 2015, concernente il tema delle procedure di insolvenza transfrontaliere. Esso mette in evidenza come per il buon funzionamento del Mercato Unico, sia necessario, da un lato, introdurre procedure di insolvenza efficienti ed efficaci e, dall'altro, dissuadere le parti dal praticare pratiche di *forum shopping*, mediante il trasferimento di beni o procedimenti giudiziari da uno stato membro ad un altro, con lo scopo di ottenere per sé una posizione giuridica più favorevole ai danni della massa dei creditori, in www.juscivile.it.

³¹ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, 22 dicembre 2016, n. 359 (COD), in www.c.europa.eu.

disincentivino l'espansione commerciale e gli investimenti transfrontalieri. Inoltre, nella Proposta, trova conferma la tendenza a prediligere, rispetto alla dissoluzione liquidativa, la valorizzazione della continuità e della conservazione, segno del processo di graduale diffusione e accoglimento della c.d. "cultura del salvataggio"³².

Si cita anche la Direttiva n. 1023 del 6 giugno 2019³³ che modifica la Direttiva n. 1132 del 2017³⁴, relativa ad alcuni aspetti del diritto societario, e che concerne i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità concessa agli imprenditori "onesti ma sfortunati" e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti. In linea con i precedenti interventi, la riduzione degli ostacoli più rilevanti al libero flusso di capitali, passa necessariamente per l'eliminazione delle differenze tra i quadri degli Stati membri in materia di ristrutturazione e insolvenza, nonché per il miglioramento della "cultura del salvataggio". Le nuove norme puntano a trovare il giusto equilibrio tra gli interessi di debitori e creditori e a predisporre, un sistema che permette al debitore di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e che segnala la necessità di agire rapidamente, in coerenza con le procedure di allerta introdotte al C.C.I.A.A.³⁵. Tale intervento normativo dell'Unione capita in un momento molto delicato per l'Italia, essendo stato da pochi mesi emanato il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, dopo non poche fatiche nella sua elaborazione. Il rischio è quello di dover introdurre nel Codice nuove disposizioni per adeguare le regole nazionali alle prescrizioni comunitarie ovvero eliminare le norme che si pongono in contrasto con le stesse. Lavoro difficile e impegnativo, che forse si sarebbe potuto evitare seguendo l'opinione di quanti proponevano di giocare d'anticipo e adattare il nuovo Codice ad una direttiva *in fieri* ma della quale già da tempo si conoscevano le linee essenziali. A rassicurare gli operatori arriva la constatazione che, con ogni probabilità, non saranno necessari correttivi troppo incisivi dal momento che il legislatore europeo ha lasciato ampi spazi di discrezionalità agli Stati membri.

2.2 Cenni di diritto comparato

Le soluzioni adottate dagli altri Stati costituiscono l'altra linea direttrice che induce il legislatore italiano a puntare, con sempre maggiore convinzione, sull'emersione tempestiva della crisi d'impresa³⁶. L'Università di Heidelberg ha condotto una ricerca che ha dimostrato che due terzi degli Stati membri dell'Unione prevedono procedure di pre-insolvenza e prediligono la

³² F. MAROTTA, *L'armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia di insolvenza*, in <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1098.pdf>, pp. 1-2; per un approfondimento sul tema della "cultura del salvataggio", si veda S. BONFATTI, *Rescue Culture in Italy. The Recent Introduction of Key Incentives to Companies in Crises to restructure their Business*, in www.ilcaso.it.

³³ Testo completo disponibile su www.chiomenti.net.

³⁴ Testo completo disponibile su www.eur-lex.europa.eu.

³⁵ Alcuni commenti alla Direttiva n. 1023, approvata dal Consiglio dell'Unione Europea in data 6 giugno 2019, in www.dailytax.it.

³⁶ Sul tema si veda: G. FAUCEGLIA, *L'anticipazione della crisi di impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, in *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, vol. I, Padova, 2006, allegato, pp. 14-18.

riorganizzazione di impresa, in alternativa alla mera liquidazione³⁷, in linea con la Raccomandazione n. 135 del 2014 e con la Proposta di Direttiva del 2016 (esaminate nel paragrafo precedente).

Si analizzano in prima battuta i paradigmi offerti dagli ordinamenti inglese, da un lato, e tedesco e spagnolo, dall'altro. Tale disamina ha il pregio di mettere in luce come non esista un'unica via per perseguire il fine dell'emersione tempestiva della crisi di impresa. In seguito, si procederà all'analisi delle *procédures d'alerte* (vedi infra, par: 5), che dominano la disciplina concorsualistica francese sin dal 1984 e che costituiscono, indubbiamente, una pietra miliare nell'*iter* di elaborazione del C.C.I.I. da parte della Commissione Rordorf.

La Gran Bretagna adotta una tattica di approccio *ex post*, prevedendo una specifica forma di responsabilità degli amministratori qualora essi, pur avvedendosi dell'avanzare di una situazione potenzialmente idonea a tramutarsi in insolvenza, omettano di adottare i provvedimenti opportuni per farvi fronte e, non curanti, proseguono l'attività di impresa. In sostanza, l'istituto mira ad esercitare un effetto deterrente: gli amministratori, temendo di incorrere in azioni di responsabilità a loro carico, sono incentivati a cogliere i segnali di crisi e porvi rimedio tempestivamente, al fine di poter bloccare qualunque tipo di eccezione avanzabile da controparte circa la diligenza delle loro condotte. La tutela delle aspettative di soddisfacimento dei creditori rimane pur sempre al centro del sistema e, in questo caso, essa viene garantita dalla possibilità loro concessa di avvantaggiarsi di un eventuale esito positivo (*i.e.*: viene loro accordato dal giudice un determinato ammontare a titolo di risarcimento danni) derivante dall'esperimento delle azioni di responsabilità³⁸.

Germania e Spagna, invece, non agiscono sulla conformazione delle norme sulla responsabilità degli organi sociali, ma puntano ad anticipare quanto più possibile il momento in cui è consentito accedere alle procedure concorsuali, le quali, sono predisposte in modo tale da fornire gli strumenti adeguati per consentire all'imprenditore di evitare la liquidazione e permettere, ove possibile, il risanamento e mantenimento dell'attività. Quanto all'ordinamento tedesco³⁹, il soddisfacimento dei creditori concorsuali, di norma, viene garantito a mezzo di liquidazione dei beni del debitore insolvente e ripartizione del ricavato. Ciononostante, al debitore- figura intorno alla quale ruota tutta l'attuale disciplina concorsuale tedesca, che potremmo ormai definire *debtor-oriented*⁴⁰- si apre

³⁷ S. DE MATTEIS, *op.cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p. 15.

³⁸ H. C. HIRT, *The Wrongful Trading Remedy in UK Law Classification, Application and Practical Significance*, in ECFR, fasc. 1, 2004, pp. 75 e ss., disponibile su www.degruyter.com; Rapporto "A modern regulatory frame work for company law", redatto dall'*High Level Group of Company Law Experts* (c.d. "Rapporto Winter"), del 2002 in D. GALLETTI, *L'insorgere della crisi e il dover essere del diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, disponibile su www.ilfallimentarista.it.

³⁹ Il 15 aprile 1992 vide la luce il primo progetto di legge del *Bundesregierung*, approvato e promulgato con legge del *Bundestag*, il 5 ottobre di due anni dopo, L. GUGLIELMUCCI (a cura di), *La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung)*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2000; si veda anche: M. OBERMÜLLER, *Esperienze di riforma in Germania*, in S. BONFATTI, G. FALCONE, *La legislazione concorsuale in Europa. Esperienze a confronto*, Milano, 2004, pp. 163 e ss.

⁴⁰ La *Insolvenzordnung (InsO)* del 1994, intervenendo in emenda alla *Konkursordnung* del 1877, cercò di mitigare lo spiccato favoritismo per il fine del soddisfacimento del ceto creditorio

anche una via alternativa: l'*Insolvenzplan*. Quest'ultimo recupera dal modello francese la centralità della conservazione degli *assets* produttivi, fornendo così un ulteriore esempio di "cultura del salvataggio", che, come detto, sta penetrando in numerosi ordinamenti europei. In questo caso le aspettative del ceto creditorio vengono garantite, non dalla liquidazione del patrimonio, ma dalla conservazione dell'impresa⁴¹. Nell'ambito del piano di insolvenza, si lascia ampio spazio all'autonomia privata: il debitore può scegliere se conservare e continuare l'attività d'impresa, mantenendone anche la titolarità (*Sanierungsplan*); se organizzare un piano di cessione, trasferendo la titolarità dell'impresa in capo a terzi acquirenti- eventualmente anche costituendo *ad hoc* una *new-co* (*Übertragungsplan*); o, infine, se modulare le regole di liquidazione in base alle proprie esigenze distaccandosi da quelle dispositive (*Liquidationsplan*). Si deve aggiungere che, antecedentemente al momento in cui dinanzi al debitore si apre il bivio tra liquidazione e piano di insolvenza, ai sensi del §15a dell'*Insolvenzordnung* (*InsO*), sorge in capo agli amministratori l'obbligo di chiedere l'apertura della procedura concorsuale entro ventun giorni dal momento in cui vengono integrati gli estremi del presupposto oggettivo⁴², che comprende in sé sia una situazione finanziaria (*Zahlungsunfähigkeit*), tale da rendere il debitore incapace di adempiere regolarmente alle obbligazioni assunte, sia una condizione patrimoniale di squilibrio (*Überschuldung*), in cui le passività eccedono sulle attività⁴³. Stante l'ampiezza della definizione del presupposto

mediante un'inversione di rotta, resa palese già dal nome che pone l'accento sull'insolvenza del creditore e non solo sul concorso fra i creditori, vedi L. GUGLIELMUCCI (a cura di), *op. cit.*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2000.

⁴¹ *InsO* §1 *Ziele des Insolvenzverfahrens* "Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Dem redlichen Schuldner wird Gelegenheit gegeben, sich von seinen restlichen Verbindlichkeiten zu befreien.", trad. (in L. GUGLIELMUCCI (a cura di), *op. cit.*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2000, p. 29): Finalità della procedura di insolvenza "La procedura di insolvenza è diretta a soddisfare concorsualmente i creditori attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore e la ripartizione del ricavato ovvero attraverso una differente disciplina predisposta in un piano di regolazione dell'insolvenza, in particolare per la conservazione dell'impresa. All'imprenditore meritevole è data la possibilità di ottenere l'esdebitazione, traduzione.

⁴² *InsO* §15a *Antragspflicht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit* "(1) Wird eine juristische Person zahlungsunfähig oder überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Eröffnungsantrag zu stellen. [...]", trad. (a cura dell'Autrice): Obbligo di presentare domanda di fallimento per persone giuridiche o associazioni non riconosciute "(1) Se la persona giuridica diviene insolvente o sovraindebitata, i componenti dell'organo che ne ha la rappresentanza o i liquidatori devono presentare una richiesta di apertura senza esitazione colpevole, ma non più tardi di tre settimane dopo l'insolvenza o il sovraindebitamento. [...]"

⁴³ *InsO* §17 *Zahlungsunfähigkeit* "(1) Allgemeiner Eröffnungsgrund ist die Zahlungsunfähigkeit. (2) Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.", trad. (in L. GUGLIELMUCCI (a cura di), *op. cit.*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2000, pp. 40-41): Insolvenza "(1) Presupposto generale dell'apertura del procedimento è lo stato di insolvenza. (2) Il debitore è insolvente quando non è in grado di adempiere le obbligazioni scadute. Si presume insolvente in caso di cessazione dei pagamenti"; *InsO* §18 *Drohende Zahlungsunfähigkeit* "(1) Beantragt der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so ist auch die drohende Zahlungsunfähigkeit Eröffnungsgrund. (2) Der

oggettivo la procedura può essere avviata durante la fase crepuscolare della crisi, quando ancora è più agevole per il debitore approntare un piano di insolvenza che gli potrebbe consentire il salvataggio della sua attività.

Similmente a quello tedesco, l'ordinamento spagnolo⁴⁴, al fine di favorire l'emersione anticipata della crisi di impresa, conosce solamente l'istituto dell'"insolvenza imminente", che dà luogo al *concurso voluntario* e che si pone in contrapposizione all'"insolvenza qualificata", caratterizzata dal verificarsi di indici tipici⁴⁵. Se l'insolvenza è solo imminente, al debitore è concesso fare istanza di auto-fallimento: il momento di accesso alle procedure concorsuali pertanto è posto in una fase antecedente a quella in cui l'insolvenza si è ormai verificata divenendo attuale. In altre parole, la procedura può essere avviata quando ancora lo stato di "impossibilità di adempiere regolarmente alle obbligazioni

Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen [...]”, trad. Rischio di insolvenza (letteralmente: minaccia di insolvenza, insolvenza incombente) “(1) Se l'apertura del procedimento è richiesta dal debitore presupposto per l'apertura è anche il rischio di insolvenza. (2) Sussiste rischio di insolvenza quando è prevedibile che il debitore non sarà in grado di adempiere le obbligazioni esistenti alla scadenza. [...]”; *InsO §19 Überschuldung “[...] Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen. [...]*”, trad: Sbilancio patrimoniale “[...] Sussiste sbilancio patrimoniale quando il patrimonio del debitore non copre più le obbligazioni esistenti. Nella valutazione del patrimonio del debitore si deve prendere in considerazione la continuazione dell'attività d'impresa, se le circostanze la fanno ragionevolmente prevedere”.

⁴⁴ Sul tema si veda: G. FALCONE, *La riforma concorsuale spagnola. Contributo allo studio del diritto concorsuale comparato*, Milano, 2006, pp. 95 e ss.

⁴⁵ In caso di insolvenza qualificata, la legge concorsuale spagnola impone al debitore insolvente di presentare istanza di fallimento entro due mesi dalla data nella quale egli abbia conosciuto o avrebbe potuto conoscere il suo stato di insolvenza; la prova di tale conoscenza è assistita dalla presunzione che essa ricorra ogniqualvolta sussistano quegli stessi indici tipici che legittimano i creditori a provocare il *concurso necesario* ex art. 5 LC., vedi F. PASQUARIELLO, *Strumenti di prevenzione della crisi di impresa*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, pp. 23-24; gli indici tipici cui si fa riferimento sono rinvenibili all'art. 2.4 LC: “*Si la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, deberá fundarla en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos: 1. El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 2. La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 3. El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. 4. El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso ; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período ; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.*”, sinteticamente essi fanno riferimento a: rifiuto da parte del debitore di pagare le sue obbligazioni all'esistenza di sequestri per esecuzioni coattive pendenti che interessino parte considerevole del patrimonio del debitore, occultamento o liquidazione frettolosa o non conveniente dei suoi beni da parte del debitore, compimento di particolari tipi di operazioni e scelte gestorie (a titolo esemplificativo: il pagamento delle obbligazioni tributarie esigibili nei tre mesi antecedenti alla richiesta di concorso da parte dei creditori, che non è altro che l'equivalente della nostra istanza di fallimento).

esigibili”, ex art. 2 LC⁴⁶, è meramente in potenza e non ancora in atto⁴⁷. In conclusione, la Spagna, analogamente alla Germania, mira ad anticipare il momento di apertura della procedura concorsuale per agevolare un superamento della crisi che contempra la possibilità di conservazione aziendale⁴⁸; emerge da ciò come la “cultura del salvataggio” caratterizzi anche questo ordinamento.

Gran Bretagna, Germania e Spagna non si ispirano al modello francese: questi ordinamenti non conoscono le regole dell’allerta. L’Italia, dunque, compiendo una scelta dissonante, si affianca alla Francia come pioniera nell’utilizzo di procedure di allerta e, prendendo spunto da tale illustre ed esemplare modello, incentra la possibilità di scorgere in modo tempestivo i primi indizi di crisi nella predisposizione di un efficiente circolo informativo endo-societario, come meglio si vedrà nei capitoli a seguire. Analoga linea di azione è stata di recente condotta anche dal legislatore belga, il quale pure, prendendo a modello l’ordinamento francese, introducendo la possibilità, per le *Chambres de entreprises en difficulté* (previste all’art 84, comma 3, del *Code judiciaire*), di convocare l’imprenditore, qualora sia rilevata la sussistenza di indizi di pericolo per la continuità aziendale⁴⁹.

3. Gli interventi anteriori alla Riforma Rordorf

Proprio all’ordinamento francese- in tempi ancora non sospetti e lontani dalla presa di coscienza, da parte dell’Unione, della centralità della disciplina dell’insolvenza, della crisi di impresa e dell’emersione anticipata della stessa, ai fini del salvataggio aziendale- guardarono i primi tentativi di intervento sulla legge fallimentare, vetusta e imperniata sulla liquidazione dell’azienda, con conseguente cessazione dell’attività di impresa⁵⁰. L’impostazione originaria della

⁴⁶ Art. 2 *Ley Concursal Presupuesto objetivo*. “1. La declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común. 2. Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. [...]”, l’incipit di tale norma delinea i contorni del presupposto oggettivo per l’apertura di una procedura concorsuale, affermando si vi si procederà nel caso in cui il debitore comune si trovi in stato di insolvenza, che si verifica quando egli non è in grado di adempiere regolarmente alle obbligazioni assunte ed esigibili.

⁴⁷ F. PASQUARIELLO, *op. cit.*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, p.4

⁴⁸ G. FALCONE, *op. cit.*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2006, p. 95.

⁴⁹ Il Belgio, con la L. 11 agosto 2017, poi entrata in vigore il 1° maggio 2018, ha introdotto il Libro XX (*Insolcabilité des entreprises*) del *Code de droit économique*, in M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corriere giuridico*, fasc. 5, 2019, p. 654; in particolare si veda *Code de droit économique, Titre 2, Chapitre 2*, art. XX.25, disponibile su www.ejustice.just.fgov.be.

⁵⁰ Com’è noto, l’impianto originario della legge fallimentare, risalente alla Legge n. 267 del 16 marzo 1942, si proponeva di “togliere le mele marce dal paniere”, di “eliminare dal mercato le imprese decotte”, vale a dire quelle che, non essendo in grado di adempiere regolarmente alle obbligazioni assunte, non sono più nelle condizioni di stare e operare all’interno del sistema economico, e anzi rischiano- quantomeno secondo la convinzione dell’epoca- di intaccare la salute del sistema, travolgendo con il loro vacillare altre imprese ancora floride. Sul punto si vedano: A. MAFFEI ALBERTI, *op. cit.*, in www.giappichelli.it, p. 4. “La prospettiva marcatamente sanzionatoria nei confronti dell’imprenditore inadempiente, rifletteva l’esigenza di espungere dal mercato l’impresa “malata”, eliminando così in radice la possibilità che questa possa divenire fonte di contagio per i vari interlocutori economici e, conseguentemente, per l’economia generale”; N. SALANITRO, voce *Procedure concorsuali, I) profili generali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, p. 9; A. JORIO, *op. cit.*, in *Giur. Comm.*, vol. I, 1994, p. 497, in www.biblio.liuc.it; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2012, p. 24; G. PELLEGRINO, *La riforma della legge fallimentare*, in *Diritto Fallimentare*, 2006, p. 335. Sulla questione si veda

materia concorsuale era divenuta ormai inadeguata⁵¹ ed era perciò imperante e prepotente il bisogno di mutarla per adattarla alle esigenze dei tempi, istituendo un quadro normativo che non si limitasse a regolare le conseguenze della crisi ma che, incidendo sulle sue modalità di gestione, puntasse anche a prevenirla o almeno a curarla con metodi diversi da quello della liquidazione. A partire dall'inizio degli anni 2000, furono istituiti diversi gruppi di lavoro, tutti accomunati dal tentativo di redigere progetti di legge per introdurre istituti di allerta e prevenzione della crisi d'impresa.

Il primo tentativo fu il Disegno di legge n. C-7458⁵², recante *Delega al Governo per la riforma delle procedure relative alle imprese in crisi* e presentato dalla Camera dei Deputati il 24 novembre del 2000, cui seguì la Proposta di legge n. C-7497⁵³, presentata il 14 dicembre dello stesso anno. Da entrambi i documenti si evince una profonda enfasi sull'imprescindibilità, per ogni ordinamento che voglia assicurare la crescita e la competitività delle sue imprese, di dotarsi di procedure concorsuali ben strutturate⁵⁴. Con specifico riguardo al tema dell'emersione anticipata della crisi di impresa, si sottolinea come la gestione della crisi di impresa debba mirare, oltre che ad una efficienza *ex post*⁵⁵,

anche F. DI MARZIO, *op. cit.*, Milano, 2018, pp. 1-2; G. BERLOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, pp. 29-30.

⁵¹ Il diritto fallimentare non era più collimante con il mutato contesto economico e sociale in cui si muovono gli imprenditori italiani (da un lato caratterizzato da una forte spinta verso l'interconnessione tra i mercati nazionali, dall'altro ruotante intorno alle piccole e medie imprese che vivono con particolare difficoltà i fenomeni di crisi e dissesto); non si dimentichino, inoltre, le modifiche al diritto societario che si trova in perenne dialogo con il diritto fallimentare. Si veda sul punto F. DI MARZIO, *op. cit.*, Milano, 2018, p. 7, in cui si mette in luce come il diritto della crisi d'impresa sia un diritto speciale rispetto al diritto privato generale, con il *caveat* di badare come alcune letture rischiano di estremizzare il concetto di diritto speciale descrivendolo come un sistema autonomo e tendenzialmente dotato di tutto ciò che occorre per il suo funzionamento. Questa convinzione, secondo l'Autore, porta chi opera nell'ambito dei diritti speciali a confidare eccessivamente nel carattere di autonomia del singolo microsistema trascurando di considerarlo all'interno del sistema più generale in cui si trova. In particolare, il diritto della crisi d'impresa si presta a tale fenomeno anche per il fatto che è costituito da una molteplice intersezione tra elementi di natura civilistica, processualistica, societaria. Sul tema si vedano anche: L. A. BOTTAI, *Le modifiche al codice civile dettate dalla L. n. 155/2017 e l'affermazione del "diritto concorsuale societario"*, in www.ilfallimentarista.it; C. IBBA, *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa: profili introduttivi*, in www.rivistaodc.eu; D. FICO, *Le modifiche al diritto societario volte a favorire l'emersione anticipata della crisi*, in www.ilfallimentarista.it.

⁵² Testo completo disponibile su <http://leg13.camera.it>.

⁵³ Testo completo disponibile su <http://leg13.camera.it>.

⁵⁴ In particolare, "Le modalità di soluzione delle crisi hanno infatti effetti sulle aspettative dei soggetti che gestiscono le imprese e di quelli che forniscono finanziamenti e, quindi, sul loro comportamento. Da un lato, insufficienti garanzie per i creditori nelle fasi di crisi possono limitare l'accesso al credito delle imprese e aumentarne il costo; dall'altro sanzioni severe possono avere molteplici effetti negativi: a) scoraggiare in misura eccessiva l'assunzione del rischio da parte degli imprenditori; b) ritardare l'avvio delle procedure concorsuali ed indurre investimenti eccessivamente rischiosi da parte dell'imprenditore in crisi nella speranza di evitare l'assoggettamento alla procedura.", Proposta di legge n. C-7497, pp. 1-2, in <http://leg13.camera.it>.

⁵⁵ Tale approccio che si propone di massimizzare il valore dell'impresa in crisi, dopo che lo stato di dissesto si è già palesato, mediante un'allocazione efficiente delle risorse. Il raggiungimento di tale obiettivo è legato all'individuazione del soggetto legittimato a decidere circa il destino (in termini dicotomici tra continuazione o liquidazione) dell'impresa e del soggetto incaricato di gestirla qualora venga decisa la sua continuazione, nonché ai costi e alla durata della procedura medesima. Pertanto, si impone come necessaria l'introduzione di meccanismi di ristrutturazione

anche e soprattutto ad una efficienza *ex ante*, che passa imprescindibilmente per l'introduzione di misure che intendono far fronte alla crisi attraverso l'anticipazione- resa possibile grazie alla predisposizione di un vasto ed organico apparato di misure premiali- del ricorso alle procedure concorsuali da parte del debitore e l'eliminazione del carattere afflittivo delle procedure concorsuali⁵⁶.

Successivamente, il 28 novembre 2001, fu istituita, con Decreto del Ministero della Giustizia⁵⁷, la prima Commissione Trevisanato (composta da accademici, magistrati, professionisti, tra cui un rappresentante dell'ABI, della Banca d'Italia e di Confindustria), che, sulla scorta della positiva esperienza francese, evidenziò l'esigenza di favorire l'emersione anticipata della crisi e l'attivazione solerte di iniziative volte a porvi rimedio. Tuttavia, all'interno della Commissione si svilupparono due linee di pensiero divergenti (una di maggioranza e una di minoranza): il principale motivo di scontro ruotava intorno al ruolo da attribuire, nell'ambito della procedura di allerta, all'Autorità Giudiziaria. Un documento⁵⁸ elaborato pochi anni più tardi, nel gennaio 2005, dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti (CNDCEC) enuclea i punti su cui, durante il dibattito, sorsero i contrasti. Innanzitutto, secondo la maggioranza, sindaci e revisori legali avrebbero dovuto segnalare all'autorità giudiziaria ogni fatto indicatore di crisi (dopo aver tentato la via dell'allerta interna, vedi *infra*); il testo di minoranza, invece, imponeva l'obbligo di segnalare solo le situazioni integranti gli estremi dell'insolvenza, rinforzando- a fronte di questa limitazione del presupposto oggettivo- i rimedi interni all'impresa (*i.e.*: flussi informativi endo-societari, vedi *infra*). Inoltre, il testo approvato dalla minoranza non conteneva alcun riferimento al potere, che invece il testo licenziato dalla maggioranza conferiva al giudice (similmente a quanto accade nell'esperienza francese), di convocare l'imprenditore in audizione per verificare le circostanze conferite dalle pubbliche amministrazioni e/o dagli organi di controllo interno e di sollecitarlo a prendere iniziative ai fini del finanziamento⁵⁹. Così, nel 2003, quando al Ministro della Giustizia vennero presentate le due proposte (i c.d. "testo di maggioranza" e "testo di minoranza"⁶⁰), questi, anziché scegliere risolutivamente una delle due, decise di istituire una nuova commissione, ristretta, con il compito di elaborare

delle passività, che contemplino il coinvolgimento del debitore, in modo da sfruttare il vantaggio informativo che egli possiede con riferimento alla valutazione della convenienza economica della eventuale continuazione dell'attività; inoltre, visto che la continuità aziendale dipende ovviamente anche dalla possibilità dell'impresa di contrarre nuovo debito. Ciò richiede un'adeguata tutela dei crediti sorti nel corso della procedura, pur non potendosi trascurare la predisposizione di meccanismi di controllo atti a prevenire fenomeni di *overinvestment*, ovvero di aggravamento del dissesto a causa del sorgere di crediti prededucibili, in Proposta di legge n. C-7497, pp. 4, in <http://leg13.camera.it>.

⁵⁶ Proposta di legge n. C-7497, pp. 4, in <http://leg13.camera.it>.

⁵⁷ Decreto Ministeriale del 28 novembre 2001 recante *Commissione per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi*, in www.ilfallimento.it.

⁵⁸ CNDCEC, *Crisi di impresa: strumenti per l'individuazione di una procedura di allerta*, 2005, richiamato in F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, p. 111.

⁵⁹ A. PELLEGGATTA, *Prevenzione della crisi di impresa e procedure di allerta*, in www.iudicium.it.

⁶⁰ Per un'analisi sinottica e comparata fra i due testi si veda: G. SANTONI, *I sistemi di allerta e prevenzione e le procedure anticipatorie della crisi nel progetto di riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, vol. I, 2004, pp. 733 e ss.

un nuovo Disegno di legge. Il 27 febbraio 2004, si insediò la Commissione Trevisanato *bis* che formulò una nuova proposta contemplante istituti di allerta e di previsione. Questi ultimi si fondavano sull'obbligo per gli organi di controllo interno di comunicare agli amministratori i fatti idonei a pregiudicare la continuità aziendale⁶¹, invitando a porvi rimedio; qualora l'organo amministrativo non avesse adottato provvedimenti idonei, l'organo di controllo sarebbe stato tenuto, ex art. 2406 cod. civ., a convocare senza ritardo l'assemblea dei soci per le opportune deliberazioni⁶². Se anche le iniziative assunte dai soci non fossero state idonee ad assicurare la continuità aziendale, l'organo di controllo avrebbe dovuto procedere con una segnalazione al Tribunale. Fu proprio quest'ultimo passaggio a costituire la ragione principale per cui anche la proposta della seconda Commissione Trevisanato non ebbe sbocco legislativo: troppo vive erano ancora le titubanze circa l'opportunità di un intervento da parte dell'Autorità Giudiziaria in un'area, come quella della gestione della crisi d'impresa, che attiene alla sfera della libertà economica riconosciuta, anche a livello costituzionale ex art. 41, all'imprenditore,⁶³. Si temeva di creare terreno fertile per un'indebita ingerenza nella sfera di discrezionalità imprenditoriale, che rimane pienamente libero di scegliere come gestire la crisi della propria attività, almeno fintanto che la crisi non sfocia in insolvenza (momento in cui i creditori possono intervenire e avviare la procedura per la dichiarazione di fallimento)⁶⁴.

Si menziona, infine, il Disegno di legge S-1243, presentato dal Ministro della Giustizia Castelli il 14 marzo 2002⁶⁵ e noto come "mini-riforma"; tale intervento perseguiva lo scopo di introdurre procedure più snelle e regole più chiare e certe, allineandosi agli orientamenti della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione e al principio di ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost. Il 23 dicembre 2004, il Consiglio dei Ministri approverà poi il maxi-emendamento al Disegno di legge del Ministro Castelli, introducendo modifiche a molti istituti della legge fallimentare, per renderli più adeguati alle esigenze del mercato.

Iniziò poi un'epoca in cui, alla relativa staticità dell'epoca precedente, si sostituisce un periodo di mutamenti continui, segnato quasi annualmente da interventi legislativi, spesso realizzati con lo strumento della decretazione di urgenza. Questa "sorta di interminabile sciame sismico" ha finito per destabilizzare il settore: non solo per via dei numerosi problemi di diritto

⁶¹ Si noti la mimesi nella delineazione del presupposto oggettivo con l'ordinamento francese in cui il *critère de délanquement* delle *procédures d'alerte* coincide con il rilevamento da parte del *Commissaire aux Comptes* di *faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*.

⁶² È logico che ove ne sussistano i presupposti (*i.e.*: "fondato sospetto che gli amministratori in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possano arrecare danno alla società [...]"), il collegio sindacale potrà anche optare per la via della denuncia al tribunale, ex art. 2409 cod.civ. La Riforma Rordorf rende tale norma applicabile anche alle società a responsabilità limitata, mediante l'introduzione di un sesto e ultimo comma all'art. 2477 cod.civ..

⁶³ G. LOMBARDI, *Il ruolo degli organi di controllo e di revisione nelle procedure di allerta di cui al disegno di legge-delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *Le proposte per una riforma della legge fallimentare, un dibattito dedicato a Franco Bonelli, Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pp. 77 e ss.

⁶⁴ L. PANZANI, *Le procedure di allerta e conciliazione*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *op. cit.*, Milano, 2017, pp. 65 e ss.

⁶⁵ Disegno di legge recante *Modifiche urgenti al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, recante disciplina del fallimento*, in www.senato.it.

intertemporale, ma anche per il fatto che le norme “vivono anche e soprattutto nell’interpretazione che se ne dà e questa a sua volta richiede un tempo fisiologico di sedimentazione per potersi consolidare”, mentre “il continuo mutare del dato normativo impedisce il consolidarsi della giurisprudenza e fa sì che l’interprete si trovi sempre più spesso a doversi confrontare con problemi ancora inesplorati”⁶⁶.

Anche se prima dell’intervento della Riforma Rordorf, nonostante il grande interesse che da tempo destavano nel legislatore, negli interpreti e negli operatori del settore, le misure di prevenzione ed allarme non trovarono mai una collocazione normativa (non furono infatti inserite né nella riforma del diritto fallimentare del 2005-2006⁶⁷ né negli interventi di modifica più recenti⁶⁸). È indubbio che i lavori delle due Commissioni Trevisanato costituiscano gli “antecedenti” della Riforma Rordorf, essendo state la sede in cui, per la prima volta, si sviluppò una riflessione lucida e approfondita sul tema delle procedure di allerta. Le considerazioni fatte in quelle sedi, infatti, hanno posto l’attenzione sulla necessità di ripensare il modello di prevenzione della crisi⁶⁹.

⁶⁶ R. RORDORF, *Prefazione a S. AMBROSINI, Il nuovo diritto della crisi d’impresa: I. 132/15 e prossima riforma organica: disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016, cit., pp. 1-5.

⁶⁷ Dlgs. n. 5 del 9 gennaio 2006, recante *Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*, in attuazione della Legge n. 80 del 14 maggio 2005, testo completo disponibile su www.tuttocamere.it.

⁶⁸ In particolare, si fa riferimento al Ddl. n. 83 del 26 giugno 2012, noto come “Decreto Sviluppo 2012” e disponibile su www.camera.it, che, al Capo III (intitolato *Misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali*) introduce una vera e propria revisione della legge fallimentare espressamente pensata per favorire la continuità aziendale. Tra le principali novità si menzionano: la semplificazione delle procedure di accesso e il potenziamento degli effetti degli strumenti di composizione della crisi di impresa già esistenti, che potranno così esprimere il loro completo potenziale (nello specifico: viene recepita la prassi del c.d. “concordato in bianco”, si ammette la possibilità per il debitore di optare, nelle more del procedimento omologatorio di concordato, per un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall., la possibilità di compiere attività di ordinaria amministrazione e di essere autorizzato ad atti di straordinaria amministrazione, di ottenere autorizzazione a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione non più funzionali ai fini aziendali e a richiedere finanziamenti anche garantiti, che in ogni caso godranno del beneficio della prededuzione), in www.altalex.it.

⁶⁹ A. PELLEGGATTA, *Prevenzione della crisi*, cit., in www.iudicium.it, pp. 3 e ss.

Capitolo 2. La prevenzione nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

4. La Riforma Rordorf:

Il sistema giusconcorsualistico è indubbiamente uscito stanco, per non dire dilaniato, da quella lunga stagione di magmatici e convulsi interventi normativi, che si sono susseguiti, senza sosta, a partire dalla metà degli anni 2000. Si sentì così la necessità di affermare e consolidare una serie di principi cardine della disciplina, in modo tale che essi fossero in grado di fungere da linee-guida e da criteri ordinanti, imperituri anche a fronte di future modifiche puntuali e circoscritte del quadro normativo. La riforma delle procedure concorsuali (che va sotto il nome di “Riforma Rordorf”, per il nome del Presidente delle Commissioni che in vista di essa hanno lavorato) è vocata a fungere da risistemazione organica dell'intera materia e si propone di onorare il crisma della sistematicità, nel tentativo di restituire armonia e intrinseca coerenza al sistema⁷⁰.

4.1. L'iter normativo

I lavori iniziarono quando, il 24 febbraio 2015, fu istituita dal Ministro della Giustizia⁷¹ una commissione incaricata di elaborare lo schema di Disegno di legge delega recante *Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*. Il documento fu varato alla fine del mese di luglio e reso pubblico nell'autunno dello stesso anno, per volontà dello stesso Presidente Rordorf, al fine di consentire un dibattito il più ampio possibile sulle scelte operate fino a quel momento. Dopo una serie di audizioni (di Confindustria, dell'ABI, di Assonime, del CNDCEC e del Consiglio Nazionale Forense), il 22 dicembre, la Commissione approvò il testo finale dello schema, poi inviato al Ministro il 29 dicembre⁷². Successivamente, in data 10 febbraio 2016, il Consiglio dei Ministri approvò un Disegno di legge delega al Governo⁷³, che ottenne l'approvazione di Camera e Senato rispettivamente nei mesi di febbraio e ottobre 2017. Infine, il 12 gennaio 2019, il Consiglio dei Ministri ha promulgato, con il Dlgs. n. 14, il “Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza”⁷⁴.

4.2. Il carattere organico e globale della riforma

La denominazione di “codice” è indicativa del fatto che la Riforma è pensata per abbracciare l'intero spettro delle procedure di insolvenza e, prima ancora, di quelle per gestire le situazioni di crisi, nel tentativo di racchiudere in sé i molteplici versanti del diritto concorsuale. Si è tentato di fotografare, dandole un assetto razionale, l'immagine finale di una non sempre lineare evoluzione normativa che ha caratterizzata tale branca del diritto nei decenni passati⁷⁵. Una riforma di questo tipo era certamente necessaria, stante l'esigenza di ricondurre

⁷⁰ R. RORDORF, *Prefazione* a S. AMBROSINI, *op. cit.*, pp. 1-5.

⁷¹ Decreto Ministeriale del 28 gennaio 2015, recante *Costituzione Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali*, testo completo disponibile su www.giustizia.it.

⁷² S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica: disciplina, problemi, materiali*, Bologna 2016, pp. 139 e ss.

⁷³ Legge delega 30 ottobre 2017, n. 155, testo completo disponibile su www.gazzettaufficiale.it.

⁷⁴ Dlgs. 12 gennaio 2019, n. 14, testo completo disponibile su www.gazzettaufficiale.it.

⁷⁵ F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, p. 8.

a razionalità e coerenza un quadro normativo era ormai troppo strappato e rattoppato, nonché difficile da gestire per gli operatori e per gli interpreti.

Non viene introdotta alcuna novità concettuale, la Riforma non implicherà un passaggio traumatico “dal vecchio al nuovo”: il lavoro, infatti, punta alla riorganizzazione e al riassetto della disciplina, individuando una serie di principi comuni validi per tutti i soggetti che possano trovarsi ad essere coinvolti in fenomeni di crisi o insolvenza (grande, piccolo e medio imprenditore, debitore civile, professionista...) e dettando *a latere* le norme *ad hoc*. Con il Codice della crisi si erigono i pilastri del diritto fallimentare, per offrire alcuni assi ordinanti al sistema, pur lungi dalla volontà di creare un testo normativo immutabile e autoreferenziale a guisa dei codici ottocenteschi, pensati per durare nei secoli.⁷⁶

Inoltre, anche dietro le sollecitazioni di autorevole dottrina⁷⁷ che, già da tempo si interrogava sulla possibilità di ritagliare un diritto societario della crisi, si cerca di migliorare il coordinamento tra la disciplina concorsuale e quella societaria. Si deve, infatti, partire dalla constatazione che la maggioranza delle imprese che incappano in procedure concorsuali sono imprese organizzate in forma societaria. Ciononostante, dal momento che il diritto societario fornito dal codice civile si struttura avendo come implicito punto di riferimento società che operano *in bonis*, quando le regole civilistiche vengono calate nella realtà delle procedure concorsuali, subiscono inevitabilmente torsioni e adattamenti, come se “passassero attraverso una lente deformante”⁷⁸. Adeguamenti e curvature si

⁷⁶ F. DI MARZIO, *op. cit.*, Milano, 2018, p. 6; in particolare si veda F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, pp. 9 e ss., in cui si evidenzia come la linea direttiva fondante la Riforma sia la razionalizzazione del sistema giusconcorsuale. Per ridonare alla materia il connotato dell'organicità che aveva nel 1942, si interviene elaborando principi generali, canoni e chiavi di lettura, riunificando i diversi procedimenti antecedenti l'apertura delle procedure di risoluzione della crisi o dell'insolvenza in un unico procedimento, armonizzando il regime delle impugnazioni, perseguendo un coordinamento organico tra la disciplina fallimentare e la normativa societaria, insieme con gli orientamenti giurisprudenziali più accreditati, la tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori.

⁷⁷ Per citare alcuni fra i molti: A. NIGRO, *Il “diritto societario della crisi”: nuovi orizzonti?*, in *Riv. Soc.*, fasc. 5-6, 2018, pp. 1207-1231, l'Autore in ogni caso cominciò a parlarne già all'indomani di riforma 2003-2004; U. TOMBARI, *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in *Riv. Soc.*, vol. VI, 2013, pp. 1138-1161, a seguito delle riforme del 2011-2012; ma si vedano anche: G. B. PORTALE, *Verso un “diritto societario della crisi”*, in U. TOMBARI, *Diritto societario e crisi di impresa*, Torino, 2014, p. 4; P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, pp. 825 e ss.; O. CAGNASSO, *Le interferenze tra diritto societario e diritto fallimentare*, in O. CAGNASSO, L. PANZANI (a cura di), *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 2016, pp. 2616 e ss.; L. STANGHELLINI, *Proprietà e controllo della impresa in crisi*, in *Riv. Soc.*, 2004, pp. 1041 e ss.; G. BERLOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, pp. 133 e ss.

⁷⁸ Relazione di R. RORDORF, durante il Convegno di studio *Le procedure concorsuali: una possibile riforma?*, Verona, 13 dicembre 2018; A. BONELLI, *Crisi d'impresa: aumentano gli obblighi di gestione e la responsabilità per gli amministratori*, in *Ipsos Quotidiano*, 2019, l'Autore afferma che “Nel nostro ordinamento giuridico non esiste una disciplina specifica riconducibile ai doveri di condotta da parte degli amministratori in situazioni di crisi d'impresa” e prosegue mettendo in luce come non esista nella disciplina societaria (fatta eccezione per quella relativa alle società esercenti attività bancaria e assicurativa e per le società quotate) un quadro normativo sulla rilevazione e gestione del rischio. L'unico riferimento che si può rinvenire è sito nell'art. 2428 cod. civ., nel quale, in merito all'uso degli strumenti finanziari, si richiede di indicare l'esposizione della società al “rischio di prezzo, al rischio di credito, al rischio di liquidità e al rischio di variazione dei flussi finanziari”. I doveri di prevenzione e gestione del rischio di perdita di continuità aziendale, dunque, devono essere ricondotti al generale principio di corretta e diligente gestione: gli

impongono anche all'atto di applicare alle realtà societarie le norme contenute nella Legge Fallimentare; esse, infatti, pur facendo ovviamente riferimento a contesti di dissesto, crisi e insolvenza, scontano il difetto di essere imperniate sull'imprenditore individuale⁷⁹.

4.3 I principi ispiratori

“Si permette di fallire solo laddove tale esito sia inevitabile”⁸⁰: si potrebbe tratteggiare con queste poche parole la stella polare che ha guidato l'azione riformatrice della Commissione Rordorf. La liquidazione giudiziale viene qualificata come *last resort*: in tutti gli altri casi si percorrono le vie alternative costituite dalle misure di risanamento e conservazione. Queste richiedono, come presupposto indefettibile per il loro funzionamento, che i sintomi della crisi vengano registrati e percepiti tempestivamente e che altrettanto tempestivamente si intervenga. A ciò soccorre un altro elemento focale del nuovo Codice: le procedure di allerta e composizione assistita della crisi. Sempre in quest'ottica, inoltre, si pone l'estensione dell'area delle imprese soggette all'obbligo di dotarsi di un sindaco o revisore e la previsione di nuove responsabilità dei professionisti e degli organi di gestione e controllo⁸¹. La Riforma, dunque, si fa fautrice dell'emersione anticipata della crisi di impresa e, con essa, della “cultura del salvataggio”. A *latere* della valorizzazione delle misure anticipatorie e delle opportunità conservative dell'impresa, si possono scorgere altri principi fondanti: la volontà di approntare un unico modello processuale di accertamento della crisi di impresa, la preferenza per le soluzioni negoziali con conseguente netta compressione delle regolazioni liquidatorie, ecc.

Innerva l'intero progetto riformatore anche la volontà di costruire un percorso di allerta e di mediazione esterno alle aule giudiziarie, che permetta di gestire i rimedi della crisi con strutture agili ed efficienti, composte da soggetti tratti dalle professioni liberali e particolarmente esperti nel settore delle crisi d'impresa, evitando di portare la questione *apud iudicem*⁸². Questo fenomeno, che da tempo riceve attestazioni di interesse da parte della dottrina, viene dalla stessa denominato “disintermediazione giudiziaria delle crisi aziendali” e consiste nella drastica riduzione dei poteri autoritativi degli organi pubblici, con la conseguenza che al giudice viene tolto il primato nella gestione delle crisi di impresa, sia nella fase di composizione preventiva della crisi sia in quella successiva alla constatazione dell'insolvenza⁸³. Il legislatore del 2019, ben

amministratori, solo potendo dimostrare di aver adottato un adeguato sistema di rilevazione e valutazione dei rischi, potranno sperare di non essere tenuti responsabili per determinate scelte gestorie compiute in una fase in cui ancora non erano emersi segnali di criticità, ma successivamente rivelatesi dannose a causa del sopraggiungere della crisi.

⁷⁹ G. BERTOLOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, pp. 15-21.

⁸⁰ F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, pp. 9-10.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² A. JORIO, *Su allerta e dintorni*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *op. cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p. 55 e ss.

⁸³ Per un maggiore approfondimento sul tema si vedano: S. DE MATTEIS, *op. cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p.9; F. DI MARZIO, *La Crisi d'impresa*, Padova, 2011, pp. 319-320; L. A. BOTTAI, *op. cit.*, in A. JORIO (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, Milano, 2016, p. 970; R. DELLA SANTINA, *Prime riflessioni sulla liquidazione giudiziale dei beni nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: ritorno al passato?*, in www.ilcaso.it; si veda anche M. FABIANI, *Il codice della crisi tra conflitti e aspettative nell'attesa di ferragosto 2020*, in

conscio delle titubanze inerenti la determinazione del ruolo da attribuire all'Autorità Giudiziaria nell'emersione e successiva gestione della crisi di impresa- esitazioni che avevano condotto i tentativi di riforma portati avanti dalle due Commissioni Trevisanato ad un esito abortivo- ha deciso di optare per una soluzione totalmente diversa. Si è escluso ogni intento di introdurre una forma di controllo del giudice sull'impresa per non destare allarme tra gli imprenditori: non si conferisce il potere di audizione dell'imprenditore ad un giudice (nonostante si sarebbe potuto fare ricorso alle tecnicamente assai apprezzabili Sezioni specializzate in materia di imprese, istituite presso i Tribunali distrettuali). Al contrario, ci si orienta verso un soggetto esterno strettamente legato al mondo dell'impresa: l'OCRI (Organismo di composizione della crisi di impresa, vedi infra, par: 4.7). Inoltre, si impone che la procedura sia votata ai caratteri della riservatezza e della confidenzialità, che vengono meno solo qualora l'imprenditore decida di chiedere provvedimenti protettivi legati alla continuità dell'impresa (come, per esempio, la sospensione delle azioni esecutive, l'autorizzazione a contrarre finanziamenti in prededuzione, lo scioglimento dai contratti pendenti, ecc.)⁸⁴.

4.4 Non poteva già bastare quanto presente nel cod. civ.?

Il diritto societario del codice civile svolge un ruolo cruciale anche nel contesto concorsuale, nonostante, quasi sempre, le sue regole si riferiscano implicitamente a società floride e operanti *in bonis*. Chiaramente, però, è nella natura delle cose l'impossibilità di equiparare le situazioni di una società prospera e di una che sta vivendo un momento di difficoltà. I differenziali che separano le due fattispecie hanno profonde ricadute sull'operato degli amministratori, quanto alle regole che essi devono seguire e ai fini cui devono orientare il loro operato, e sui criteri che meritano di essere utilizzati per vagliarne le condotte e determinare il sorgere di eventuali titoli di responsabilità. Così, come detto, si impone inevitabilmente l'esigenza di apportare alcuni adattamenti, per permettere alla disciplina codicistica di trovare applicazione anche in contesti di crisi.

Il diritto societario del codice è il protagonista anche del mai sopito dibattito, riaperto dall'avvento della Riforma Rordorf, sulla possibilità di rinvenire, fra le norme del codice, meccanismi, posti nelle mani degli organi sociali, che siano idonei a far emergere anticipatamente la crisi e ad intervenire tempestivamente per riportare in vita la continuità aziendale. Si riscontrano così due orientamenti fra le schiere dei cultori della materia. Da un lato, troviamo coloro che, affermano la possibilità di rintracciare, in quello stesso diritto societario del codice civile, la disciplina cui sottoporre amministratori e sindaci anche laddove essi operino nella fase crepuscolare: l'articolato codicistico, infatti- nonostante l'assenza di un'esplicita presa di posizione da parte del legislatore-

www.ilcaso.it, p. 2, l'Autore metta in luce come dare troppo potere all'Autorità Giudiziaria riaccenderebbe, per l'ennesima volta, il mai sopito conflitto tra magistratura e mondo della imprese. La prima volonterosa di difendere il proprio ruolo sotto l'alto vessillo della legalità, le seconde recalcitranti ad accettare un eccesso di ingerenza eteronoma e vuole maggiore libertà d'azione.

⁸⁴ L. PANZANI, *Le procedure di allerta e conciliazione*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *op. cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p. 65 e ss.

merita di non essere applicato solo alle società ancora in salute, ma anche a quelle che cominciano a manifestare i primi segnali di sofferenza, potendosi rinvenire in esso utili strumenti per cogliere i primi indizi di difficoltà e per porsi al riparo rapidamente dal pericolo di peggiorare la situazione. Si può scorgere dunque in alcune norme del codice civile un embrionale sistema di allerta. Il riferimento è alle norme in materia di bilancio (in particolare a quelle sulle relazioni redatte dagli organi sociali sulla gestione e sulla nota integrativa e quelle relative al procedimento di approvazione, sede in cui l'affinamento delle tecniche di rappresentazione finanziaria ha permesso una migliore pianificazione delle strategie imprenditoriali, anche al fine di monitorare il rischio di *default* e così meglio fronteggiarlo, nonché di cogliere tempestivamente i primi indizi di crisi), ai meccanismi di riallineamento del rapporto tra patrimonio e capitale sociale in caso di perdite qualificate (cioè superiori al terzo) e, infine, ai sistemi di controllo⁸⁵.

Dall'altro lato, invece, si erge l'opinione di quanti salutano con favore l'introduzione, da parte della Riforma, di meccanismi di allerta pensati con preciso riferimento alla *twilight zone*, sulla scorta della convinzione che sia ormai di imprescindibile importanza introdurre nell'ordinamento un insieme di regole in grado di costituire un diritto societario della crisi, contemplante al suo interno anche una disciplina *ad hoc* per prevenire e superare le crisi aziendali⁸⁶.

4.4.1 Gli obblighi degli amministratori

Se l'obiettivo è quello di appurare se gli obblighi e i poteri riferibili agli organi societari dal codice civile, costituissero già, a prescindere dal nuovo Codice, adeguati congegni per consentire la prevenzione della crisi di impresa, si ritiene utile prendere abbrivio dall'analisi del ruolo ricoperto dagli amministratori. Con specifico riferimento a situazioni di crisi (potenziale o attuale), la responsabilità degli amministratori assume rilievo sia nel caso in cui essi, con le loro condotte dissolute e irrazionali abbiano cagionato il verificarsi della crisi, sia nel caso in cui quest'ultima sia fattualmente dovuta alla congiuntura di fattori esterni e discinti dalle condotte gestorie. Anche in questo secondo caso, infatti, pare possibile addebitare agli amministratori la colpa di non aver tempestivamente colto i primi segnali di sofferenza e quindi agito per porsi al

⁸⁵ M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, cit., p. 1109: "Nel sistema antecedente la Riforma organica c'erano strumenti di rilevazione anticipata della crisi e di previsione attendibile della stessa; essi vanno distinti dai sistemi volti a incentivare l'emersione dello stato di crisi prima che esso si trasformi in insolvenza"; S. DE MATTEIS, *op. cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pp. 248 e ss.; G. BERLOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, pp. 171 e ss.

⁸⁶ F. VASSALLI, *La prevenzione delle crisi d'impresa: bilancio attuale nella legislazione italiana, proposta de iure condendo. Primi appunti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, vol. II, pp. 283 e ss, che lamenta la mancanza nel nostro ordinamento di procedure di allerta; G. JACHIA, *Obblighi e responsabilità degli organi nella gestione delle imprese in crisi*, disponibile su www.ilfallimentarista.it, l'Autore, che scrive quando ancora si era scelto di "non incuneare in capo agli organi delle società di capitali specifici obblighi di segnalazione di fatti indicatori della crisi", sottolinea che "ciò (di converso) aumenta e non diminuisce l'ambito della responsabilità degli amministratori per la gestione della società, decorrente dal momento in cui in sede giudiziaria si proverà che si è determinata la perdita del capitale", stante il fatto che uno dei pochi obblighi ex lege imposti da cui si potesse far discendere un dovere di rilevazione di indizi di crisi era quello fissato ex artt. 2446 e 2447 cod. civ.

riparo ovvero la colpa per aver omesso, pur dopo la rilevazione di detti segnali, di reagire agli stessi, finendo per aggravare la situazione venutasi a creare⁸⁷. Dal compendio delle norme civilistiche sembra dunque potersi desumere, un triplice imperativo rivolto agli amministratori: rilevare gli indizi di crisi, intervenire per cercare di bloccarne l'avanzare e, infine, laddove la crisi sopraggiunga lo stesso, gestirla e regolarla nel modo più efficiente possibile.

È indubbio che gli amministratori svolgano un ruolo centrale nella vita societaria: l'art. 2380-*bis* cod. civ., per l'appunto, assegna loro, in via esclusiva, la gestione dell'impresa, a mezzo del compimento di tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale⁸⁸. L'espletamento di tale incarico deve essere conforme al canone con cui vengono valutate le condotte degli amministratori, per la cui individuazione serve prendere a riferimento un duplice dato normativo: innanzitutto, si deve guardare all'art. 2043 cod. civ.- delineante i doveri del collegio sindacale- dal quale si evince che l'azione gestoria degli amministratori deve essere vocata al rispetto, oltre che dei limiti posti dalla legge e dallo statuto, anche dei principi di corretta amministrazione. La correttezza si impone dunque come una clausola generalissima, alla quale la funzione amministrativa deve rivolgere ossequio, pur senza che nel sistema possa rinvenirsi alcun elemento idoneo a tratteggiarne i contorni da un punto di vista contenutistico e definitorio. Da ciò deriva che gli amministratori sono tenuti a gestire l'impresa in vista, non solo del perseguimento dell'oggetto sociale, ma anche della conservazione patrimoniale (unica garanzia per le pretese creditorie)⁸⁹. Va a ciò aggiunto quanto disposto dall'art. 2392 cod. civ.- sulla responsabilità degli amministratori verso la società- che impone agli amministratori di agire usando "la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze"⁹⁰. Il parametro della natura dell'incarico consente

⁸⁷ R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Società*, fasc. 6, 2013, p. 669.

⁸⁸ Tale disposizione è stata abrogata dall'art. 376 del C.C.I.I., che lo sostituisce con la seguente disposizione "La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale", si veda: Dlgs. 12 gennaio 2019, n. 14, testo completo disponibile su www.gazzettaufficiale.it.

⁸⁹ M. IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in G. COTTINO, N. ABRIANI (a cura di), *Il Nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza*, Bologna, 2009, pp. 549 e ss.

⁹⁰ U. DE CRESCENZO, *La responsabilità*, Sez. I e II, in O. CAGNASSO, L. PANZANI, *Le nuove s.p.a.*, Bologna, 2010, pp. 144-145: La riforma del 2003 ha eliminato dalla norma qualunque riferimento alla diligenza del mandatario, espressione che, durante l'era della sua vigenza, divideva gli interpreti tra coloro che ritenevano si dovesse far riferimento alla diligenza media del buon padre di famiglia (art. 1176, comma 1, cod. civ.), non essendo con precisione delineabili *ex ante* gli scopi cui tende l'attività degli amministratori, e coloro che invece esortavano a guardare al canone fornito dalla "condotta diligente dell'amministratore medio"- cioè alla diligenza professionale (art. 1176, comma 2, cod. civ.); ancora in U. DE CRESCENZO, *La responsabilità*, Sez. I e II, in O. CAGNASSO, L. PANZANI, *op. cit.*, Bologna, 2010, pp. 147-148, si rassicura sull'applicabilità dell'art 2236 cod. civ- sul contratto di prestazione di opera professionale- e della ivi prevista limitazione di responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, nel caso in cui la prestazione intellettuale compiuta dagli amministratori implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà; G. TERRANOVA, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. nei confronti della società (art. 2392 cod. civ.)*, in C. MARCHETTI (a cura di), *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2015, pp. 10 e ss., ove l'Autrice sottolinea che la differenziazione dell'obbligo di diligenza introdotto dalla riforma del 2003 si pone in linea la presa di coscienza che, soprattutto

di collegare la diligenza alle dimensioni e alla natura dell'impresa esercitata, nonché al tipo di funzione affidata a quel determinato amministratore (tenendo conto, per esempio, di eventuali deleghe); invece, dal canto suo, il riferimento alle specifiche competenze, permette una maggiore valorizzazione della caratura professionale e, più in generale personale, di ogni singolo amministratore. Si noti come, nella disciplina delle s.r.l., manchi un corrispettivo riferimento al canone della diligenza. Infatti, nell'art. 2476 cod. civ. si prescrive semplicemente agli amministratori di adempiere ai loro obblighi nel rispetto della legge e dallo statuo. La discrasia tra i due assetti normativi, che viene riconnessa, da alcuna parte della dottrina, agli elementi tipologici delle s.r.l., non preclude di sottoporre (in via analogica) gli amministratori di s.r.l. a quella stessa diligenza modulata sulla natura dell'incarico e delle specifiche competenze⁹¹. Nell'alveo di questo dovere, strutturato in modo così generico, è indubbiamente possibile far rientrare anche il dovere degli amministratori di avvedersi della situazione di crisi (attuale o potenziale) e l'obbligo di adottare strumenti e precauzioni per prevenirla e superarla.

Patisce, nel bene e nel male, le conseguenze della sua ampia formulazione anche, il dovere di vigilare sull'andamento dell'impresa, che si impone a tutti e a ciascun amministratore, indipendentemente dalla sussistenza di deleghe. Esso implica l'obbligo di attivarsi nel caso in cui appaia necessario prendere iniziative di reazione per far fronte a condotte di *mala gestio* tenute da altri amministratori⁹². Durante la *twilight zone*, la valutazione del complessivo andamento permette ai gestori di acquisire uno sguardo di insieme sulla situazione in cui l'impresa si trova ad operare e sul potenziale esordio di una crisi. Si finisce però con il chiedersi se tali obblighi, formulati in maniera così ampia, siano davvero idonei a fungere da efficiente meccanismo di rilevazione anticipata dei segnali di crisi. L'esperienza concreta sembrerebbe deporre in senso negativo ed esortare a fare di più, ad introdurre doveri più stringenti e meglio ritagliati intorno alle esigenze di un'impresa in crisi.

Per ben inquadrare il ruolo degli amministratori nella fase crepuscolare della crisi, non si può prescindere dall'analizzare anche il tema dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili. Nella disciplina delle s.p.a., l'art. 2381 cod. civ. prevede che i delegati abbiano l'obbligo di curare l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili⁹³. I deleganti,

nelle società di considerevoli dimensioni, non è possibile porre sullo stesso piano tutti gli amministratori.

⁹¹ N. ABRIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi della società fallita*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2008, pp. 382 e ss.

⁹² App. Milano, 23-01-07, in C. MARCHETTI (a cura di), *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2015, p. 41, la Corte, per esempio, precisa che l'amministratore neo-nominato è tenuto a verificare (avvalendosi della lettura dei vecchi verbali delle adunanze del consiglio di amministrazione e dei pregressi bilanci di esercizio, nonché attivandosi per chiedere informazioni) se gli amministratori che lo hanno preceduto abbiano posto in essere condotte di cattiva gestione. L'unico caso in cui il neo-amministratore potrà pensare di non essere tenuto responsabile, per omessa valutazione dell'andamento degli affari, presuppone la sua capacità di dimostrare di aver assunto la carica da così poco tempo da non aver avuto, senza sua colpa, modo di informarsi.

⁹³ Le norme di comportamento del collegio sindacale, disponibili su www.commercialisti.it, forniscono utili spunti per delineare la portata di tali assetti. Quelli organizzativi vengono definiti come "il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale

da parte loro saranno tenuti ad effettuare una serie di valutazioni (prevalentemente *ex post*⁹⁴) per vagliare l'adeguatezza di detti assetti, rispetto alle dimensioni e alla natura dell'impresa, e saranno chiamati a vigilare sul fatto che i singoli atti di gestione siano conformi agli assetti predisposti e di natura non tale da metterli in crisi o snaturarli⁹⁵. Da notarsi anche l'ulteriore obbligo desumibile dal sistema e dalla natura dinamica di tali assetti e soprattutto della nozione di adeguatezza, di operare un continuo e costante aggiornamento e riadattamento degli stessi sia alla luce dell'esperienza maturata sia con riferimento alle specifiche situazioni e condizioni che si affacciano (attualmente o prognosticamente) nella vita dell'impresa⁹⁶. Nel sistema antecedente alla Riforma Rordorf, non era presente alcun dato normativo che rendesse esplicitamente applicabile la disciplina, *in parte qua*, alle s.r.l.. Sembra tuttavia opportuno far presente come appaia a monte erroneo indagare se la clausola sull'adeguatezza degli assetti sia applicabile alle s.r.l. in dipendenza dalla soluzione che si intende dare alla possibilità nelle stesse di delegare il potere gestorio o meno. Detta clausola, infatti, assume le vesti di un principio generale, che merita di trovare spazio anche nelle società a responsabilità limitata⁹⁷ e ciò

sia assegnato ed effettivamente esercitato ad un appropriato livello di competenza e responsabilità", "non si tratta quindi solamente di un organigramma aziendale, bensì di uno strumento di controllo interno articolato, che essenzialmente prevede un sottosistema di carattere informativo (contabile) e uno di carattere gestionale", in G. A. POLICARO, *Il collegio sindacale*, in M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Torino, 2016, cit., p. 301; quelli amministrativi e contabili come "insieme delle direttive e delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di un'informativa societaria attendibile ed in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa".

⁹⁴ G. A. POLICARO, *Il collegio sindacale*, in M. IRRERA (a cura di), op. cit., Torino, 2016, cit., p. 299, che sottolinea come la valutazione, a differenza della vigilanza (funzione ad appannaggio del collegio sindacale ed esplicantesi durante la fase di gestione in modo temporalmente maggiormente continuativo), è effettuata solitamente a posteriori, in termini di analisi ricognitiva di un'attività già compiuta (l'attività in questione è quella di cura, da parte dell'organo delegato, dell'adeguatezza degli assetti).

⁹⁵ Per consentire ai deleganti di effettuare le loro valutazioni è chiaro che non si potrà prescindere totalmente da una qualche forma di esteriorizzazione e cristallizzazione di tali assetti, pur potendosi evitare la redazione di un vero e proprio documento scritto, si veda D. GALLETI, *L'insorgere della crisi e il dover essere del diritto*, cit., disponibile su www.ilfallimentarista.it.

⁹⁶ G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Torino, 2016, cit., pp. 65-68, l'Autore approfondisce il tema della dimensione statica e dinamica del criterio dell'adeguatezza degli assetti. Se dal punto di vista statico l'adeguatezza presuppone una semplice attività di configurazione da parte dell'organo amministrativo e di vigilanza da parte dei sindaci, il profilo dinamico si innesta nella fase di "messa in operatività dei presidi organizzativi e contabili configurati". Gli assetti potranno dirsi davvero adeguati solo quando "si operi la loro corretta ed efficace attuazione nel tempo, realizzata tramite l'adempimento di un'obbligazione continuativa di monitoraggio e vigilanza". Dopo e accanto ad una corretta definizione formale degli assetti, ci si deve adoperare per un continuo adeguamento degli stessi.

⁹⁷ R. RORDORF, *Doveri e responsabilità*, cit., in *Società*, fasc. 6, 2013, p. 670, Relazione tenuta in occasione della giornata di studio sul tema *La crisi d'impresa nell'attuale contesto socio-economico: strategie e strumenti di risanamento*, organizzata dal Dipartimento di Scienze dell'Economia dell'Università del Salento, Lecce, 23 novembre 2012, cit. "Benché dettato con riferimento alla sola società per azioni e benché apparentemente volto soltanto a disciplinare il funzionamento degli organi amministrativi collegiali, pare difficile dubitare che il dovere di curare che la società sia dotata di un assetto organizzativo adeguato gravi sempre e comunque su coloro

si accompagna ad una serie di corollari. Anzitutto, gli obblighi di predisposizione e valutazione dell'adeguatezza degli assetti, risultano, per loro natura e per espressa previsione di legge, modulabili rispetto alle dimensioni e alla natura dell'impresa⁹⁸: come un regolo di Lesbo il meccanismo di predisposizione-valutazione si estrinseca adattandosi al suo oggetto. Non si può quindi affermare che esso sia idoneo a imporre un onere eccessivo sull'impresa perché, se ben gestito, esso si adegua alle esigenze e alla conformazione della stessa, consentendo anzi di garantire un'efficace gestione e un corretto svolgimento delle operazioni sociali. Esso, inoltre, è prodromico a determinare quali siano le misure adeguate per adottare un livello di rischio tollerabile e ragionevole, così da ridurre al minimo i possibili costi che da ciò potrebbero derivare. Di tal guisa, si pongono le condizioni per comporre i vari interessi in gioco, tutelando al contempo: il profitto della comune intrapresa a beneficio della società e della continuità nell'attuazione dell'oggetto sociale, la redditività e il valore della partecipazione a vantaggio dei soci, i terzi e il mercato in generale. Se tali ragionamenti possono valere per imprese *in bonis*, essi assumono un significato ancor più incisivo in relazione a società in crisi, poiché predisporre adeguati assetti significa dotare l'impresa di processi per raccogliere le informazioni necessarie per elaborare, misurare e monitorare gli indici reddituali, patrimoniali e finanziari che permettano il proficuo svolgimento dell'attività di *reporting* sull'andamento dell'intrapresa comune. Così si potrà cogliere immediatamente il

che sono chiamati ad amministrarla. Si tratta, cioè, di una norma che esprime un principio generale nell'amministrazione societaria: principio destinato ad operare anche qualora la società non si sia dotata di un organo di amministrazione consiliare o non abbia, comunque, istituito la figura dell'amministratore delegato o il comitato esecutivo. Allo stesso modo, pur nel diverso inquadramento che si ritenga di dover dare ai doveri di diligenza gravanti sull'amministratore di una società a responsabilità limitata, pare indubbio che vi sia compreso anche il compito di organizzare adeguatamente l'impresa affidata alla sua gestione, trattandosi di una funzione intrinseca al fatto stesso dell'amministrare una struttura destinata alla produzione di beni o servizi. L'adeguatezza degli assetti societari d'altronde, è nozione essenzialmente relativa, dovendo esser commisurata "alla natura e alle dimensioni dell'impresa" (come si esprime il citato quinto comma dell'art. 2381), di modo che essa risulta perfettamente modulabile in rapporto alle diverse esigenze di un'impresa media o piccola, quale è per lo più quella gestita in forma di società a responsabilità limitata, e nulla pertanto consente di ritenerla estranea o incompatibile neppure con la più generica nozione di diligenza richiesta per l'amministrazione di quest'ultimo tipo di società, in qualsiasi forma la si attui."

⁹⁸ V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art 2381, commi terzo e quinto del codice civile*, in *Giur. Comm.*, vol. I, 2006, p. 3., si esorta a considerare il requisito della "natura" non come mero riferimento all'oggetto o alla attività esercitata, bensì all'intera struttura organizzativa; G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2016, pp. 59-65, l'Autore evidenzia che sotto il profilo dimensionale rileva la differenza tra società quotate (che devono tener conto anche delle disposizioni contenute nel Testo unico della Finanza) e non (e fra queste ultime, fra quelle aperte al mercato del capitale di rischio e quelle chiuse). Quanto invece al versante della natura dell'impresa esercitata (aspetto strettamente interconnesso con il tipo di attività svolta e quindi con l'oggetto sociale), si pone l'accento sulle esigenze peculiari che caratterizzano le società operanti in settori particolari (come quello bancario, assicurativo o finanziario); M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, in M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Torino, 2016, cit., pp. 956-957, l'esigenza di dover tener conto di una pletora di elementi, tutti tipizzanti e caratterizzanti la singola realtà imprenditoriale, fa emergere con forza l'inesistenza di un assetto organizzativo ideale, che sarebbe ontologicamente inetto al contemplare tutte le possibili variabili che possono aversi nei casi concreti.

manifestarsi di eventuali segnali di difficoltà e creare un sistema per gestire preventivamente il rischio di perdita di continuità aziendale⁹⁹. Il posto centrale che il profilo dell'adeguatezza degli assetti occupa "in relazione al profilarsi della crisi e agli accorgimenti diretti alla sua ricognizione"¹⁰⁰ consente di affermare che "solo una società organizzata in maniera adeguata permette di percepire in maniera efficace, puntuale e tempestiva una situazione di crisi"¹⁰¹. Per converso, se si provasse a prospettarsi entro uno scenario patologico, ci si troverebbe di fronte alle alternative eventualità o di una assoluta assenza degli assetti o di una inadeguatezza degli stessi. In entrambi i casi, si potrebbe venire a determinare una carenza o scarsa qualità delle informazioni disponibili che, a sua volta, potrebbe condurre alla mancata o tardiva rilevazione dello stato di crisi da parte degli amministratori e conseguentemente ad un tardivo intervento, destinato a cagionare danni coincidenti con l'aggravamento del dissesto. Nel primo dei due casi- quello in cui gli amministratori hanno deliberatamente omesso di predisporre gli assetti- si noti come trattandosi della violazione di un obbligo specifico, ne conseguirà una disapplicazione della *Business Judgment Rule*. Nel secondo caso- quello relativo alla costruzione di assetti inadeguati- l'obbligo specifico sembra risultare formalmente adempiuto, ma, di fronte all'errore in cui di fatto i delegati sono incorsi, bisogna appurare se sia stato rispettato lo *standard* di diligenza. Perciò si rende pienamente applicabile la regola della *Business Judgment Rule*, dal momento che si ritiene che la costruzione di assetti rappresenti in ogni modo una scelta imprenditoriale. Solo se gli assetti per come predisposti risultassero razionali, alla luce delle circostanze e delle conoscenze possedute dagli amministratori nel momento in cui li plasmarono, non sorgerà alcuna responsabilità; al contrario, se l'inadeguatezza degli assetti fosse derivata da condotte negligenti degli amministratori, che hanno omesso di porre in essere le dovute verifiche, cautele e valutazioni, allora il sindacato del giudice potrà calarsi su dette condotte inadempienti¹⁰². Queste spinte vengono recepite dal C.C.I.I., che, con l'art. 376, riformula l'art. 2086 cod. civ, imponendo che "L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, 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 [...]" (vedi infra, par: 6.2.1).

Oltre a ciò, gli amministratori non devono mai perdere di vista la necessità di tutelare l'integrità del capitale sociale (ad esempio, sono tenuti a convocare, senza indugio, l'assemblea in caso di perdite che superino il terzo del capitale,

⁹⁹ A. BONELLI, *Crisi d'impresa*, in *Ipsa* Quotidiano, 2019.

¹⁰⁰ G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2016, cit., p. 75.

¹⁰¹ V. SALLORENZO, *Profili di responsabilità degli amministratori delle società di capitali nella gestione della crisi di impresa*, disponibile su www.ilcaso.it, cit., p. 8

¹⁰² I. KUTAFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, pp. 725 e ss., l'Autrice sottolinea che "solo quando gli amministratori delegati compiono la scelta di ritenere inessenziali gli assetti o di costruirne di inadeguati per effetto della carenza di diligenza può essere perforato lo schema della scusabilità dell'effetto gestorio" e fa anche notare che anche in tale sede, tuttavia, presidia la possibilità di addebitare agli amministratori determinate voci di danno la necessità di dar prova del nesso causale che lega le stesse a precise condotte inadempienti e negligenti degli amministratori.

debbono altresì informare i soci circa eventuali atti di *mala gestio* che vadano a detrimento del patrimonio societario compiuti dagli amministratori precedenti, ecc.). In particolare, un possibile profilo di responsabilità per gli amministratori di società che versino in situazioni di crisi si desume dal dettato normativo degli artt. 2446-2447 cod. civ.- che trovano il loro corrispettivo per le s.r.l. negli artt. 2482-*bis* e -*ter* cod. civ.- in tema di perdite qualificate (*i.e.*: eccedenti il terzo) di capitale sociale¹⁰³. Gli amministratori, che a monte dovrebbero aver predisposto assetti adeguati e perciò anche idonei a rilevare con tempestività l'avvenuta perdita di capitale, devono senza indugio informare i soci dello sbilancio patrimoniale in cui è incorsa la società, soprattutto se esso è tale da mettere in pericolo la capacità dell'impresa di continuare a stare sul mercato operando in condizioni di normalità¹⁰⁴, riducendo così l'asimmetria informativa dei soci e permettendo loro di assumere la decisione che ritengono più adeguata. Detta decisione potrà consistere nella ricapitalizzazione, nella riduzione del capitale sociale e contemporaneo aumento dello stesso ad una cifra almeno superiore al minimo legale, nella trasformazione della società in un altro tipo societario o nello scioglimento della stessa. La perdita qualificata di capitale, in quest'ottica, è considerata un segnale di allarme, idoneo a permettere agli amministratori di rilevare l'incipiente crisi e instaurare un dialogo endosocietario per assumere le deliberazioni opportune per la sua gestione e sperato superamento¹⁰⁵. Da un altro punto di vista, però, si potrebbe obiettare che l'evento di erosione del capitale sociale sembra più idoneo a fungere da specchio di una situazione di difficoltà importante e non meramente visibile in un lontano orizzonte temporale. In altre parole: se tutto ruotasse intorno ai suddetti obblighi, si rischierebbe di intervenire solo di fronte a perdite significative, quando ormai potrebbe essere troppo tardi per poter davvero parlare di prevenzione della crisi.

Si deve poi rivolgere lo sguardo anche agli obblighi che ineriscono il verificarsi di una causa di scioglimento¹⁰⁶: gli amministratori sono anzitutto tenuti

¹⁰³ D. GALLETTI, *L'insorgere della crisi e il dover essere del diritto societario*, cit., disponibile su www.ilfallimentarista.it, l'Autore critica il fatto che "la perdita del capitale sociale focalizza e cristallizza un dato eminentemente patrimoniale, che scaturisce da grandezze che passano per il conto economico (svalutazioni o risultati operativi negativi), e quindi da dinamiche di stampo quasi esclusivamente reddituali" e aggiunge che "stupisce che l'ordinamento si concentri su tali concetti, quando invece l'insolvenza, che costituisce il fenomeno più temuto e dannoso, ha sostanza finanziaria".

¹⁰⁴ R. RORDORF, *Doveri e responsabilità*, cit., in *Società*, fasc. 6, 2013, pp. 671-672; A. Rossi, *Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in www.ilcaso.it.

¹⁰⁵ Si appunta che la perdita del capitale sociale rappresenta un dato patrimoniale, che emerge dall'analisi dei dati inseriti nel conto economico, e perciò da dinamiche quasi esclusivamente reddituali: esso è ancorato a dati di bilancio, cioè a valori che sono il risultato dei criteri di valutazione legali e di regole contabili prudenziali. Al contrario, lo stato di crisi, così come anche quello di insolvenza, è una condizione che attiene al profilo finanziario dell'attività, in G. STRAMPELLI, *Capitale sociale e struttura finanziaria nelle società in crisi*, in *Riv. Soc.*, fasc. 4, 2012, pp. 605 e ss. Da ciò si desume che la perdita di capitale sociale non è elemento indefettibile né indice incontrovertibile della crisi dell'impresa: infatti, una società può essere in crisi pur non avendo perduto il capitale sociale e, per converso, una società che ha perso il capitale sociale può essere del tutto solvibile.

¹⁰⁶ G. TERRANOVA, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. nei confronti della società (art. 2392 cod. civ.)*, in C. MARCHETTI (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2015, pp. 5 e ss. Assume rilievo, secondo alcuni, nell'ambito delle cause di scioglimento, anche il divieto fatto ai gestori di utilizzare

ad accertare il verificarsi di una causa di scioglimento¹⁰⁷, rilevandolo senza indugio e iscrivendolo nel Registro delle imprese. In caso di mancato adempimento, gli amministratori sono solidalmente responsabili per i danni subiti dalla società, dai soci, dai creditori sociali e dai terzi; inoltre se omettono o ritardano la rilevazione e/o l'iscrizione, su istanza dei singoli soci, degli amministratori o dei sindaci, il Tribunale interviene accertando la causa di scioglimento con decreto. Non si deve dimenticare, oltre a ciò, che dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, gli amministratori, che conservano il potere di gestire la società¹⁰⁸, sono chiamati ad amministrarla ai soli fini della

il patrimonio della società per scopi personali e, più in generale, per perseguire finalità estranee all'oggetto sociale. Si noti come dall'art. 2380-*bis* cod. civ. sia scomparsa la correlazione tra potere gestorio e perimetro dell'oggetto sociale, la quale, nella vigenza della vecchia formulazione normativa, imponeva agli amministratori di compiere solo gli atti che rientranti nell'oggetto sociale; al contrario, oggi, essi sono legittimati al compimento di tutte quelle operazioni che siano strumentali e utili alla sua realizzazione (con il *caveat* di verificare il rapporto di strumentalità con specifico riferimento al caso concreto). Sopravvivono due soli limiti all'ampia discrezionalità che innerva l'esercizio della funzione gestoria: in primo luogo, non sono mai ammessi atti così incisivi da mutare l'oggetto sociale, modificandone la sostanza (per esempio, non si potrebbe considerare strumentale alla realizzazione dell'oggetto sociale- e quindi atto consentito- la cessione dell'intero compendio aziendale, con conseguente trasformazione dell'impresa da operativa in finanziaria); in secondo luogo, resta a presidio e a tutela della posizione dei soci, il divieto di compiere atti dissolutivi dell'impresa (mancando un'esplicita presa di posizione del legislatore sul punto, tale divieto si impone agli amministratori in qualità di principio implicito al panorama del diritto societario: principio di cautela, dunque, vorrebbe che lo statuto disciplinasse l'eventuale compimento di tali operazioni, per esempio imponendo di chiedere una preventiva autorizzazione all'assemblea dei soci, anziché agire *ex post* sindacando il già avvenuto compimento dell'atto dissolutivo, con il rischio di non poter più sperare nel ripristino dello *status quo ante*). Con quanto detto si vuole dar conto di quell'opinione che vede l'adesione di parte della dottrina secondo la quale si potrebbe desumere dal compimento di un atto esogeno rispetto all'oggetto sociale un'implicita impossibilità di perseguirlo e conseguente verifica della causa di scioglimento ex art. 2484, comma 1, n. 2, cod. civ., sul punto si veda lo Studio n. 237 del 2014, del CNN (Consiglio Nazionale del Notariato), disponibile su www.notariato.it.

¹⁰⁷ Gli amministratori, in sostanza, sono chiamati a controllare che la fattispecie che si dispiega davanti ai loro occhi sia riconducibile ad uno dei casi enucleati dall'art. 2484 cod. civ. : decorso del termine; conseguimento dell'oggetto sociale o sopravvenuta impossibilità di conseguirlo (salvo che l'assemblea, convocata senza indugio a tal fine, non decida di pronunciarsi in modifica dei contorni dell'oggetto sociale, delineandolo in modo tale che esso risulti essere ancora perseguibile); impossibilità di funzionamento o continuata inattività dell'assemblea; riduzione del capitale al disotto del minimo legale (salvo quanto è disposto dagli artt. 2247 e 2482-*ter* cod.civ.); nel caso in cui le azioni del socio recedente non riescano ad essere collocate offrendole in opzione agli altri soci né la società abbia utili e riserve sufficienti per acquistarle e l'assemblea dei soci decida di deliberare per lo scioglimento anziché per la riduzione del capitale sociale (corrispondente al valore delle azioni non collocate) ex art. 2437-*quater* cod. civ.; in caso di impossibilità di rimborsare al socio recedente le azioni rappresentanti la sua partecipazione ex 2473 cod. civ.; per deliberazione dell'assemblea; per le altre cause previste dall'atto costitutivo o dallo statuto. Si veda anche R. RORDORF, *Doveri e responsabilità*, cit., in *Società*, fasc. 6, 2013, pp. 672-674.

¹⁰⁸ Scompare, infatti, il divieto di compiere nuove operazioni previsto dall'allora vigente (si intende prima della riforma del diritto societario del 2003) art. 2449 cod. civ. L'eventuale contravvenzione al divieto era accompagnata dalla nascita a carico degli amministratori di una responsabilità illimitata e solidale per gli affari intrapresi. In ogni caso la giurisprudenza era solita far coincidere il concetto di "nuove operazioni" solo con le operazioni foriere di un ulteriore rischio per l'impresa. Perciò, tale canone ermeneutico proposto dalle Corti, già anticipava la *ratio* dell'attuale disposto normativo, vale a dire quella coincidente con l'esortazione rivolta agli amministratori di gestire la società tenendo conto anche delle spinte conservative e non solo di quelle lucrative, *ex multis S.*

conservazione di integrità del valore del patrimonio sociale (ex art. 2486 cod. civ.). In ogni caso si sottolinea come, in applicazione delle generali regole sulla responsabilità e, in particolare, dei principi sul nesso causale che deve legare la condotta inadempiente al danno cagionato, sarà necessario dimostrare che se gli amministratori avessero tenuto una condotta corrispondente a quella prescritta *ex lege* il dissesto non si sarebbe aggravato¹⁰⁹. L'obiezione sopra mossa nei confronti degli obblighi di tutela del capitale sociale vale, *a fortiori*, con riferimento alle cause di scioglimento: intervenire solo dinnanzi al profilarsi dei presupposti per la richiesta dello scioglimento della società pare costituire una via assolutamente distante dai canoni della tempestività e della prevenzione.

Gli amministratori sono anche tenuti a documentare e contabilizzare le operazioni sociali¹¹⁰, redigendo il bilancio di esercizio nel pieno rispetto dei criteri ragionieristici (ad esempio, rivalutando gli immobili in modo corretto, imputando al passivo solo gli oneri effettivamente dovuti, contabilizzando tutte le disposizioni di patrimonio), senza nascondere le perdite, al mero fine di evitare che scattino obblighi di convocazione dell'assemblea dei soci ai fini della riduzione del capitale sociale, ai sensi dei succitati artt. 2446 e 2447 cod. civ.¹¹¹. La corretta tenuta delle scritture contabili è prodromica anche a consentire all'organo di controllo di avere contezza della situazione patrimoniale e finanziaria della società, dalla quale si possono desumere importanti indici sulla sanità dell'impresa e sussistenza della continuità aziendale. Inoltre, si evidenzia che proprio dalla corretta redazione del bilancio di esercizio, si fa discendere anche il dovere specifico degli amministratori di accorgersi della crisi: un principio di redazione del bilancio, infatti, prescrive che la valutazione delle voci debba essere fatta tenendo conto della continuazione dell'attività (*going concern*). Vengono così in rilievo i c.d. doveri previsionali, che impongono agli amministratori di rilevare tempestivamente quei fattori che potrebbero mettere in pericolo la continuità

AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, Milano, 2007, pp. 303-311.

¹⁰⁹ N. ABRIANI, *Le azioni di responsabilità*, cit., in *Rivista di Diritto dell'impresa*, 2008, pp. 377 e ss.

¹¹⁰ G. TERRANOVA, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. nei confronti della società* (art. 2392 cod. civ.), in C. MARCHETTI (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2015, pp. 7 e ss. Si veda anche Cass. Civ. 15-02-05, n. 3032, in C. MARCHETTI (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2015, pp. 47-48. Si sottolinea che negligenze, errori e falle nella redazione dei documenti sociali da parte degli amministratori, oltre che una loro propria e autonoma responsabilità, sono in grado di far sorgere anche quella dei sindaci e/o dei revisori qualora essi non abbiano rilevato dette mancanze, a causa di un espletamento non diligente e accorto del loro incarico, si veda P. BOSTICCO, *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2009, pp. 330-332.

¹¹¹ App. Bologna, 12-01-04, in *Fall.*, 2005, p. 37. La Corte afferma l'omissione da parte degli amministratori del dovere di convocare senza indugio l'assemblea dei soci ex art. 2446 cod. civ., a fronte di una riduzione del capitale sociale al di sotto del terzo. Gli stessi, infatti sarebbero stati tenuti a sottoporre all'attenzione dei soci una relazione in cui davano conto della mutata situazione patrimoniale per consentire loro di adottare gli opportuni provvedimenti ai sensi degli artt. 2446 e 2447 cod. civ. Si noti anche come, in sede di quantificazione del danno, i giudici utilizzino il criterio presuntivo del *deficit* fallimentare, imputando agli amministratori inadempienti l'intero dissesto subito dalla società, poiché ritengono che lo stesso sia stato determinato dalla continuazione dell'attività non curante dello stato di crisi irreversibile in cui era incorsa l'impresa (stato che avrebbe giustificato e auspicato l'accesso a una procedura concorsuale). Simile soluzione viene fornita anche da Trib. Milano, 04-04-13, n. 4560, il cui testo completo è disponibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it.

aziendale¹¹². A tali fini, i gestori non possono esimersi dal porre in essere una costante valutazione dei dati patrimoniali e dei flussi reddituali, attuali e attesi

¹¹² Definita nel *Principio di Revisione Internazionale (ISA Italia) n. 570, Continuità aziendale*, in www.revisionelegale.mef.gov.it, come “la capacità dell’impresa di continuare a svolgere la propria attività, in un prevedibile futuro, senza che ci sia né l’intenzione, né la necessità di metterla in liquidazione, di cessare l’attività o di assoggettarla a procedure concorsuali”, ancora si dice che l’impresa deve essere in condizioni di poter operare sul mercato come “entità in funzionamento”, nell’ottica di proseguire l’attività per un periodo pari ad almeno dodici mesi dalla chiusura dell’esercizio. Nel *Documento 570* vengono enucleati anche alcuni indicatori (a formare un elenco non tassativo, bensì meramente esemplificativo) che possano fungere da guida nell’accertamento delle prospettive di continuità e che si possono classificare in: indici finanziari (capitale circolante netto negativo, situazione di *deficit* patrimoniale, bilanci storici e prospettici che mostrano cash flow negativi); indici gestionali (perdita di mercati fondamentali, di contratti di distribuzione, di concessioni o fornitori importanti); ed infine una categoria residuale classificabile come altri indicatori (riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale, presenza di contenziosi fiscali e legali, modifiche legislative e politiche governative dalle quali si attendono effetti sfavorevoli per l’impresa). Il monitoraggio della continuità aziendale è dunque un utile parametro per tenere sotto controllo lo stato di crisi approssimantesi o già sussistente: esso infatti consente di effettuare una costante diagnosi dello stato di salute dell’impresa. Per dar voce anche al formante giurisprudenziale, si cita Trib. Milano, decr. 19-04-16, n. 1906 (*non vidi* ma in G. BUFFELLI, *Il principio di continuità in presenza di crisi*, disponibile su www.ilfallimentarista.it), in cui si precisa che la sussistenza della continuità aziendale e in particolare la capacità dell’impresa di realizzare le proprie attività e far fronte alle proprie passività durante il normale svolgimento dell’attività aziendale, “suppone anzitutto un giudizio prognostico”. Tale giudizio deve fondarsi su due elementi: “la rilevazione di uno o più elementi assunti come potenzialmente indicativi (ad esempio tra quelli indicati al paragrafo A.2 del *Documento 570*) e l’esistenza e credibilità di un piano approvato dagli amministratori per fronteggiare adeguatamente gli elementi suindicati e risolverli o neutralizzarli definitivamente o per un periodo di tempo significativo (tendenzialmente almeno 12 mesi)”. “La valutazione della sussistenza o meno del presupposto della continuità aziendale -si dice in aggiunta- non può basarsi esclusivamente sulla rilevazione di eventi che pongono in dubbio la stessa, ma deve necessariamente estrinsecarsi in valutazioni sulla capacità della società di dare soluzioni alle problematiche riscontrate che dipendono dall’atteggiamento dei terzi fornitori, finanziatori ma anche della *governance*- i cui comportamenti e decisioni sono in rapporto di causalità con quegli eventi e, in particolare con la loro neutralizzazione/soluzione/sospensione prolungata”; si vedano anche: D. GALLETTI, *L’insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario*, cit., disponibile su www.ilfallimentarista.it; G. BUFFELLI, *La continuità aziendale e i principi contabili: conseguenze della non corretta applicazione sulle procedure di gestione della crisi di impresa*, disponibile su www.ilfallimentarista.it. Sul tema si veda anche: S. BRANCOZZI, *Focus sulla continuità aziendale*, in *IlSole24Ore*, 9 ottobre 2019, in cui l’Autore afferma che “Il bilancio non può essere l’unico metro di valutazione oggettivo e utile per condurre l’azienda in un futuro esente dai rischi di crisi, perché contiene dati riferiti al passato e non ha di fatto nessuna possibilità di far interpretare il futuro”. Si citano, infatti, alcuni casi in cui “pur in presenza di un solido equilibrio finanziario ed economico rilevato dagli strumenti di controllo quantitativo, l’azienda presenta una perdita di continuità aziendale attraverso il riscontro di fondati indizi di crisi che un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile, dovrebbe intercettare per lasciare indenni gli amministratori da ogni responsabilità”: “clima aziendale ostile e non collaborativo; liti fra soci o fra amministratori che impediscono all’azienda di operare correttamente; *feedback* negativi relativi alla soddisfazione dei clienti; scarsa innovazione; scarsa attività di formazione; perdita di quote di mercato; fatturato costituito in gran parte dalla vendita di prodotti e servizi in fase di decadimento”. Questi eventi vengono descritti come idonei a condurre alla “creazione di inefficienze le quali eroderanno il reddito operativo e la liquidità. Questo farà salire l’indebitamento che provocherà un aumento degli oneri finanziari che, in caso di mancato ripristino della redditività operativa, porteranno alla formazione di perdite di esercizio. L’eventuale continuazione di formazione di perdite porterà l’azienda al *deficit* patrimoniale e di conseguenza all’insolvenza e al *default*”. In poche parole: il

(c.d. analisi prospettica), nonché della situazione finanziaria della società¹¹³. Solo in questo modo, infatti, possono aver contezza dello stato in cui versano i conti della società ed eventualmente attivarsi per scongiurare una crisi attuale o prevedibile ovvero, se oramai le difficoltà sono tali da rendere la crisi inevitabile, agire per mitigarne gli effetti negativi¹¹⁴. Ai fini del suddetto monitoraggio, vengono in rilievo gli assetti: se ben predisposti, essi permettono agli amministratori di prefigurarsi scenari futuri e attuali, di programmare le dinamiche finanziarie e di prevenire la crisi o comunque accertarla tempestivamente laddove essa sopravvenga inesorabilmente. È chiaro che la corretta tenuta delle scritture contabili- insieme con tutti i poteri e i doveri che le sono strumentali e conseguenti- consente agli amministratori di avere una costante coscienza della situazione in cui si trova la società. Ciononostante, si potrebbe dubitare circa l'effettiva capacità di tali obblighi rispetto al coercire gli amministratori ad adottare un atteggiamento proattivo. Molto spesso, accade che i gestori siano perfettamente al corrente delle difficoltà che si stanno prospettando nel panorama aziendale, ma preferiscono evitare di agire e nascondersi di fronte all'evidenza. In quest'ottica non appare peregrina l'idea di prevedere che essi siano incalzati dagli organi di controllo- e, secondo l'opinione di alcuni anche dai creditori pubblici qualificati (vedi infra, par: 6.1). E analogamente, appare saggio sfruttare la forza deterrente delle azioni di responsabilità, cosicché essi si sentano minacciati dal rischio di vedersi addebitato un risarcimento dei danni, che tuttavia- si badi- presuppone la predisposizione di obblighi specifici, i cui inadempimenti possano essere fatti valere in sede di azioni di responsabilità davanti ad un giudice (vedi infra, par: 6.2)

Qualora dalla tenuta della contabilità emerga una situazione di dissesto, gli amministratori, laddove non ci si trovi nelle condizioni per poter sperare in una proficua ristrutturazione aziendale, devono optare per la liquidazione del patrimonio, chiedendo l'apertura del fallimento¹¹⁵ o l'accesso ad altra procedura

monitoraggio della continuità aziendale si offre come utile metodo per prevenire l'innescarsi di questo circolo vizioso.

¹¹³ L'obbligo di costante verifica della persistenza della continuità aziendale che sorge in capo agli amministratori si declina in plurime fattispecie. Anzitutto, esso assume rilevanza ai sensi dell'art. 2423-bis cod. civ., che dispone che la valutazione delle voci di bilancio venga fatta "secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività". In secondo luogo, anche l'art. 2428 cod. civ., il quale, nel disciplinare il contenuto della relazione sulle gestioni, che deve essere redatta dagli amministratori a corredo del bilancio, impone di descrivere i principali rischi e incertezze cui la società è esposta (comma 1, seconda parte), nonché di far risultare da detta relazione "l'evoluzione prevedibile della gestione" (comma 3, n. 6). Infine, un giudizio sulla sostenibilità prospettica della continuità aziendale è imposto anche in sede di particolari operazioni straordinarie: ad esempio, in caso di acquisizione con indebitamento, di costituzione di patrimoni o stipula di finanziamenti destinati ad un o specifico affare, di distribuzione di acconti sui dividendi, ecc.

¹¹⁴ G. BERLOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, pp. 115 e ss.; V. SALLORENZO, *Profili di responsabilità*, cit., disponibile su www.ilcaso.it, cit., p. 8: "[gli amministratori possono essere chiamati] a rispondere in sede civile per non aver utilizzato gli strumenti dettati dal legislatore, la cui corretta predisposizione avrebbe consentito di far emergere, anticipatamente, la crisi in cui si trova l'impresa"

¹¹⁵ "L'imprenditore è obbligato a chiedere il proprio fallimento quando l'omissione di tale comportamento aggrava il dissesto, per non incorrere nel reato di bancarotta semplice", esito descrittivo al quale approdano la maggior parte delle elaborazioni dottrinali sul tema dell'autofallimento, a titolo esemplificativo, si vedano sul punto: M. SCIUTO, *I presupposti del*

concorsuale, e devono farlo tempestivamente, per evitare di aggravare il dissesto mediante la prosecuzione dell'attività d'impresa senza rilevare lo stato di crisi o di insolvenza. Obblighi di tal sorta vengono estesi, mediante l'introduzione del secondo comma dell'art. 2086 cod. civ., a tutti gli imprenditori che operano in forma collettiva o societaria, i quali- lo si ricorda- sono tenuti ad "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". Sugli amministratori, dunque, incombe un dovere di reazione: essi sono tenuti a sfruttare nel modo adeguato le procedure concorsuali e gli altri strumenti che l'ordinamento pone a loro disposizione al fine di far fronte a fenomeni di crisi in modo efficiente, cercando di limitare per quanto possibile gli effetti dannosi¹¹⁶. Nuovamente, coglie nel segno quanto appuntato con riguardo agli obblighi di tutela del capitale sociale vale e alle cause di scioglimento: il rischio è quello di porsi in una fase troppo avanzata, in cui la situazione della società è ormai degenerata.

In ogni caso, in generale, emerge con evidenza come l'assolvimento di tali obblighi sia idoneo a far scorgere eventuali indici di crisi: per esempio, se vengono posti in essere atti esogeni rispetto al novero di quelli strumentali all'attuazione dell'oggetto sociale o se si verificano condotte di *mala gestio*, si

fallimento e l'apertura della procedura, in M. CIAN, *Manuale di diritto commerciale*, vol. I, Torino, 2016, pp. 168 e ss.; G. FERRI, C. ANGELICI (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2015, pp. 827 e ss. Per un'analisi dei modi di declinarsi dell'obbligo di richiedere l'autofallimento nelle società, si veda: G. BERLOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, pp. 23-28. L'Autore afferma che, in prima battuta, siano gli amministratori ad essere investiti del potere di decidere se chiedere o meno l'autofallimento; tuttavia, ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di desumere dal sistema l'esistenza di un potere di supplenza da attribuirsi al collegio sindacale, il quale entrerebbe in gioco in caso di inerzia dei gestori (come accade in altri frangenti, vedi art. 2406, comma 1, cod. civ.) Altri problemi che vengono messi in luce riguardano gli effetti di un'eventuale sfalsatura tra la volontà dei soci e quella degli amministratori, vale a dire: cosa accade se i soci deliberano di non chiedere il fallimento o non deliberano affatto e, ciononostante, gli amministratori presentano istanza? Quali sono le conseguenze derivanti, soprattutto in punto di responsabilità, dall'opposto scenario in cui i soci hanno deliberato nel senso di chiedere l'autofallimento, ma gli amministratori omettono di depositare la domanda di apertura della procedura?

¹¹⁶ R. RORDORF, *Doveri e responsabilità*, cit., in *Società*, fasc. 6, 2013, pp. 674-675, L'Autore parte dalla constatazione che, in fase di accesso alle procedure concorsuali, l'ordinamento concede al debitore un accresciuto margine di scelta, potendo egli imporre, in molte occasioni, le proprie condizioni ai creditori o ad alcuni di essi (a titolo di esempio, l'Autore cita la possibilità di paralizzare azioni esecutive o cautelari attraverso la presentazione di domande di concordato o di omologazione di accordi di ristrutturazione, sottraendosi dall'obbligo di ricapitalizzazione). A fronte di un così ampio potere, però, in un ordinamento giuridico che voglia dirsi equilibrato, serve che sia predisposto un pari livello di responsabilità. Pertanto, quantunque il legislatore ha mancato di introdurre disposizioni di legge puntuali, si ritiene che laddove l'imprenditore abusi degli strumenti forniti dall'ordinamento o ometta di accedervi in costanza di situazioni in cui invece ciò sarebbe necessario, egli sarà tenuto responsabile. Nello specifico, per esempio, si riterranno responsabili i gestori che, con operazioni imprudenti, hanno ritardato l'apertura della procedura fallimentare, quelli che hanno coscientemente cagionato l'insuccesso di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione, quelli che hanno lasciato fallire la società omettendo di optare per soluzioni alternative che avrebbero potuto salvare quanto meno gli *assets* ancora *viabiles*; Ancora si veda G. BERLOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, pp. 116-117, dove l'Autore si interroga sulla possibilità di individuare una sorta di "sistema a percorsi obbligati" che implichi l'esistenza di uno strumento più adeguato degli altri per far fronte alla crisi, con la conseguenza che qualora gli amministratori optino, per esempio, per un concordato preventivo in situazioni in cui sarebbe stato più opportuno un accordo di ristrutturazione dei debiti, potrebbero essere tenuti responsabili.

potrebbero ipotizzare segni di patimento della società, capaci, ove non colti e gestiti tempestivamente, di sfociare in crisi, o peggio, in insolvenza. Similmente, qualora gli amministratori si esimano dal predisporre assetti organizzativi, amministrativi e contabili e dal valutarne l'adeguatezza in relazione alle dimensioni e alla natura dell'impresa, non coglierebbero l'occasione per dotarsi di meccanismi adeguati a rilevare indici di difficoltà della società, finendo per porre in essere una condotta idonea, da un lato, a cagionare o aggravare- molto spesso in concorso con concause non ascrivibili a comportamenti degli organi societari ed esogene rispetto alla vita interna all'impresa- la crisi incipiente e, dall'altro a comportare una tardiva percezione della crisi e una possibile conseguente inidonea reazione alla stessa ¹¹⁷. Al contrario, invece, il dotare la società di adeguati assetti costituisce, in nuce, un utile- per non dire imprescindibile- strumento per rilevare anticipatamente la crisi dell'impresa. Ci si imbatte così nell'interrogativo che ha originato questa disamina: era davvero necessario introdurre positivamente le procedure di allerta per perseguire tale fine?¹¹⁸

4.4.2 Il ruolo della *Business Judgement Rule*

Come già ricordato, la libertà di iniziativa economica privata, forte del suo rilievo costituzionale, non può essere pretermessa nemmeno quando si ragiona di obblighi e doveri da imporsi agli amministratori di una società che navighi in cattive acque. Anche durante la *twilight zone*, infatti, i gestori conservano un ampio potere discrezionale: è a loro rimesso il compito di analizzare la situazione in cui versa l'impresa, allo scopo di appurare la sussistenza degli indizi di una possibile imminente crisi. Ancor prima, è rimesso agli amministratori il compito di predisporre e valutare gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, che

¹¹⁷ R. RORDORF, *Doveri e responsabilità*, cit., in *Società*, fasc. 6, 2013, pp. 669-675, Relazione tenuta in occasione della giornata di studio sul tema *La crisi d'impresa nell'attuale contesto socio-economico: strategie e strumenti di risanamento*, organizzata dal Dipartimento di Scienze dell'Economia dell'Università del Salento, Lecce, 23 novembre 2012. Il Presidente Rordorf afferma, con riferimento allo stato dell'arte dell'ordinamento antecedente l'introduzione delle procedure di allerta e degli altri istituti contenuti nel C.C.I.A.A., che gli amministratori di una società in crisi- fenomeno questo che, nell'assenza di una disciplina specifica da applicarsi alle società non più operanti *in bonis*, impone ai doveri e agli obblighi incombenti sugli organi societari una particolare curvatura - possono essere tenuti responsabili sotto tre profili: per aver cagionato o aggravato la crisi, per aver tardivamente percepito la crisi o avervi reagito in modo inadeguato, per aver malamente adoperato gli strumenti giuridici offerti dall'ordinamento all'imprenditore al fine di fronteggiare la crisi nel modo più proficuo possibile. Con particolare riferimento ai primi due profili, si noti come la predisposizione degli assetti adeguati assuma un particolare rilievo, meritando- in qualità di norma che esprime un principio generale dell'amministrazione societaria- un'applicazione quanto più possibile estesa, indipendentemente dal tipo di forma societaria prescelta e dalla presenza o assenza di deleghe; in altre parole, il dovere di curare che la società sia dotata di un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato è compito intrinseco a quello di gestione che dunque si impone a qualunque amministratore in qualunque circostanza esso operi.

¹¹⁸ Si dà conto di un'opinione venata di consistente criticismo: "l'impressione è che di queste regole non ci fosse alcun bisogno; l'allerta è già convenientemente assicurata dalla responsabilizzazione degli organi di amministrazione e di controllo; invece la procedura di composizione affidata agli organismi si impone quasi fosse un corpo estraneo che lascia aperti molti dubbi di carattere sistematico circa l'opportunità di tale disciplina e la sua efficacia", F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, Osservazioni sulla legge delega*, Milano, 2018, cit. p. 36.

costituiscono un imprescindibile presupposto per la rilevazione tempestiva della crisi di impresa: come già ricordato, infatti, solo se gli assetti sono adeguati essi metteranno gli organi sociali nelle condizioni ottimali per cogliere i primi indizi di crisi. Infine, una volta che lo stato di crisi è manifesto, saranno sempre i gestori a decidere in che modo farvi fronte. Dunque, anche nella fase crepuscolare gioca un ruolo importante la *Business Judgement Rule*¹¹⁹. Essa, implicando

¹¹⁹ D. CESIANO, *L'applicazione della "Business Judgement Rule" nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. Comm.*, vol. II, 2013, p. 960. L'Autore offre un'approfondita panoramica sulla *doctrine* della *Business Judgement Rule*, elaborata negli Stati Uniti, dove si affianca alla *Fairness* (da intendersi come criterio di correttezza, che costituisce l'altro *standard of review* delle condotte degli amministratori) e viene utilizzata per evitare che gli amministratori si trovino nella condizione di dover rispondere dei risultati negativi della società, addossando loro il rischio connaturato all'attività di impresa. Infatti, se si usasse uno *standard* troppo stringente, si finirebbe per indurre gli amministratori ad essere eccessivamente prudenti e così poco proficui. In Italia la *Business Judgement Rule* non trova spazio a livello legislativo ed opera solo come regola giurisprudenziale e dottrinale e implica che il giudice non può investire con il suo sindacato né l'attività gestoria in sé considerata né il merito delle scelte imprenditoriali, vagliandone la loro convenienza economica (che può costituire, al massimo, giusta causa di revoca) o opportunità tecnica; pena la lesione della libertà imprenditoriale e il rischio di attribuire al giudice il ruolo di *manager* in surroga. Al contrario, l'oggetto delle valutazioni del giudice deve inerire il modo in cui una determinata scelta viene assunta, al fine di colpire l'eventuale mancata adozione delle verifiche preventive occorrenti per valutare i rischi in modo professionalmente adeguato, l'omesso apprezzamento dei presupposti delle regole di scienza ed esperienza applicate e dei loro possibili risultati. Si veda: R. RORDORF, *Doveri e responsabilità*, cit., in *Società*, fasc. 6, 2013, pp. 669-675, Relazione tenuta in occasione della giornata di studio sul tema *La crisi d'impresa nell'attuale contesto socio-economico: strategie e strumenti di risanamento*, organizzata dal Dipartimento di Scienze dell'Economia dell'Università del Salento, Lecce, 23 novembre 2012, in cui l'Autore spiega che agli amministratori sarà possibile addebitare solamente quelle condotte poste in essere in violazione di una *rule of law*, ossia di vere e proprie regole di diritto (tra le quali spicca il dovere di gestire la società con diligenza). La disamina del giudice è anzitutto guidata dal criterio della prevedibilità delle conseguenze pregiudizievoli: saranno quindi rilevanti in termini di responsabilità solo le condotte di quegli amministratori che non hanno semplicemente subito il rischio connaturato all'operazione posta in essere, bensì quelli che si esimettero dal ponderare tutti gli elementi conoscibili dell'affare intrapreso; in altre parole, è responsabile l'amministratore che pur potendo prevedere *ex ante* fin dal momento della scelta i risultati dannosi che dalla stessa sarebbero derivati, li accetta e vuole e pratica detta scelta ciononostante. Il giudice deve porsi in un'ottica *ex ante*: non deve cadere nell'errore di sostituire il suo apprezzamento *ex post* a quello che caratterizzò le circostanze oggettive e soggettive del momento in cui l'amministratore prese una determinata decisione. Si deve appurare se quantomeno all'epoca del loro compimento le decisioni prese fossero logiche e razionali, secondo un principio di ragionevolezza. Sul tema si vedano anche: F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, cit., pp. 361-362: "La responsabilità degli amministratori deriva, come si è visto, dall'inadempimento di una loro obbligazione e, quali che siano gli sforzi interpretativi che si voglia compiere, non si può arrivare a sostenere che il nostro sistema impone agli amministratori l'obbligo di amministrare con successo economico la società loro affidata. Analoga soluzione deve darsi all'ipotesi in cui il negativo risultato della gestione sociale (o di singoli affari o atti) derivi non già da "sfortuna", o da oggettive situazioni di mercato, ma da erronee o anche irragionevoli scelte compiute dagli amministratori"; a titolo esemplificativo: R. RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza*, in *Società*, 2008, p. 1195, l'Autore osserva che ciò che rileva ai fini della responsabilità non è "il fatto in sé che si sia deciso di acquisire la partecipazione in un'altra impresa patrimonialmente pericolante, ma la circostanza che non si siano prima eventualmente passate al setaccio con la dovuta diligenza le condizioni patrimoniali, finanziarie ed economiche di detta impresa"; D. GALLETTI, *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario*, cit., disponibile su www.ilfallimentarista.it; C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Rivista del diritto commerciale*, fasc. 4, 2012, p. 573; M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance*

l'insindacabilità nel merito delle scelte gestorie e la sottoponibilità al vaglio giudiziale della sola ragionevolezza del *modus procedendi* che ha portato gli amministratori a compiere una determinata operazione o prendere una certa decisione, si pone a baluardo e garanzia della discrezionalità imprenditoriale. Gli amministratori, pertanto, sono tenuti a compiere scelte "informate, meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di un rischio calcolato, non d'irresponsabile o negligente improvvisazione", senza che possa essere puniti per il solo fatto che dette scelte si sono rivelate *ex post* scorrette¹²⁰. Inoltre, autorevole dottrina, a corroborare l'opportunità di applicare la *Business Judgement Rule* anche in contesti di crisi (attuale o solo potenziale), ha evidenziato che, se gli amministratori non fossero protetti da tale regola la combinazione tra il rischio di commettere errori e il rafforzamento del dovere di protezione del patrimonio a tutela degli interessi dei creditori e degli altri *stakeholders* finirebbero inevitabilmente per appiattire le loro scelte su un *target* di eccessiva prudenza e conseguente scarsa probabilità di profitto¹²¹.

Indagando più nello specifico il possibile modo di atteggiarsi della *Business Judgement Rule* durante la *twilight zone*, ci si potrebbe domandare se la stessa copra le scelte degli amministratori solo quando esse risultino foriere di

delle società di capitali, Bologna, 2016, p. 48 e ss.; F. TALLIA, *Il dovere di diligenza e la Business Judgement Rule*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, fasc. 4, 2013, p. 28 e ss; Per alcuni riferimenti giurisprudenziali: Cass. Civ., 06-03-70, n. 558, in *Foro it.*, vol. II, 1970, c. 1728 e ss.; Cass. Civ., 05-01-72, n. 21 in *Giust. Civ.*, vol. I, 1972, p. 246; Cass. Civ., 21-03-74, n. 790, in *Giur. Comm.*, vol. II, 1974, p. 509; Cass. Civ., 27-07-78, n. 3768, in *Giur. Comm.*, vol. II, 1980, p. 904; Cass. Civ., 16-01-82, n. 280, in *Fall.*, vol. II, 1982, p. 664; Cass. Civ., 22-06-90, n. 6278, in *Giust. Civ.*, vol. I, 1990, p. 2265; Cass. Civ., 28-04-97, n. 3652, in *Giust. Civ.*, vol. I, 1997, p. 2780, cui si conformarono, tra le tante, Trib. Napoli, 17-05-99, in *Società*, 1999, p. 1373; Trib. Parma, 03-11-99, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, vol. I, 2001, p. 220; Trib. Milano, 10-02-00, in *Giur. Comm.*, vol. II, 2001, p. 326, Trib. Milano, 20-03-03, in *Società*, 2003, p. 1268; Cass. Civ., 23-03-04, n. 5718, disponibile in *Società*, 2004, p. 850, che conferma Trib. Milano, 20-02-03, in *Società*, 2003, p. 1268 e Trib. Milano, 26-06-89, in *Società*, 1989, p. 1179, in cui la Suprema Corte afferma che "se anche il giudice non può sindacare la scelta in sé, deve però controllare il percorso attraverso il quale è stata preferita. Secondo un criterio fatto proprio da questa Corte il discrimine va individuato nel fatto che mentre la scelta tra il compimento o meno di un atto di gestione, ovvero di compierlo in un certo modo o in determinate circostanze, non è suscettibile di essere apprezzata in termini di responsabilità giuridica, al contrario, la responsabilità può essere generata dall'eventuale omissione, da parte dell'amministratore di quelle cautele, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste prima di procedere a quel tipo di scelta: in altre parole, il giudizio sulla diligenza non può investire le scelte di gestione, ma il modo in cui sono compiute"; Cass. Civ., 24-08-04, n. 16707, in *Foro it.*, parte I, 2005, c. 1844 e ss.; Cass. Civ. 12-08-09, n. 18231, in cui la Corte afferma che "non sono sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali, anche se presentino profili di alea economica superiori alla norma, resta invece valutabile la diligenza prestata nell'apprezzare preventivamente, con adeguata istruttoria i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, così da non esporre l'impresa a perdite, altrimenti prevenibili", disponibile su www.dejure.it; Cass. Civ., 12-02-13, n. 3409, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013; Cass. Civ. 22-06-17, n. 15470, nella quale la Suprema Corte ha affermato che l'insindacabilità delle 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 cod. civ. (nel testo applicabile *ratione temporis*), sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele e delle verifiche preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere", disponibile su www.dejure.it.

¹²⁰ Relazione al Dlgs. n. 6 del 17 gennaio 2003, disponibile su www.tuttocamere.it.

¹²¹ G. BERTOLOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, pp. 145 e ss

un'aspettativa di profitto "più probabile che non" o più semplicemente e ampiamente tutte le volte in cui esse non siano guidate dal mero azzardo. Alla luce delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, si può affermare che i gestori, anche di una società in crisi, possano collocare la loro azione "sul filo di un profilo di rischio anche molto elevato", dando attuazione ad una strategia imprenditoriale che "lasci intravedere una fondata probabilità di insuccesso, se le pur minori possibilità di successo siano comunque capaci di giustificare ragionevolmente l'assunzione di un elevato rischio di impresa"¹²². Tale giustificazione deve fare perno necessariamente sulla presa di coscienza che da un certo momento in poi - solitamente fissato nel momento in cui diviene palese la perdita di continuità aziendale, pur non potendo individuare un "d-day" a partire dal quale la gestione dell'impresa debba essere orientata in modo anche conservativo - gli amministratori devono tener conto, in modo diverso e maggiormente incisivo, anche degli interessi dei creditori sociali. Infatti, se in condizioni di normalità e salute dell'impresa, gli amministratori sono chiamati ad orientare il loro operato verso la massimizzazione del profitto (a vantaggio dei soci, ma pur sempre nel rispetto delle cautele e dei limiti che il legislatore pone a tutela dei creditori sociali e dei terzi in generale), in tempo di crisi alle "spinte lucrative", che normalmente caratterizzano l'attività di impresa, si aggiungono le c.d. "spinte conservative"¹²³.

¹²² A. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in www.ilcaso.it, cit., pp. 18-19; A. NIGRO, "Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a, in *Giur. Comm.*, vol. I, 2013, pp. 457 e ss.; G. BERTOLOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, p. 146: l'Autore, facendo riferimento a K. J. HOPT, *Doveri di diligenza e responsabilità dei componenti del consiglio di gestione nella disciplina tedesca dell'UMAG 2005. La Business Judgement Rule*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 736, ritiene che nulla osti all'assunzione di rischi elevati - anche tali da mettere a repentaglio la stessa esistenza della società - purché una simile scelta si dimostri indispensabile per rimanere sul mercato e purché l'iter valutativo al termine del quale gli amministratori sono giunti a quella determinata decisione rispecchi i caratteri della ragionevolezza e della ponderazione. A conferma di quanto detto, l'Autore sottolinea come la riforma del diritto societario del 2003 abbia espunto dall'art. 2486 cod. civ. il divieto di compiere nuove operazioni, a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento; si desume da questo dato che né davanti a una causa di scioglimento né, a fortiori, in prossimità di una meramente eventuale crisi, la funzione gestoria si traduca in attività di mera conservazione. G. BERTOLOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, pp. 197 e ss. afferma che non rappresentando il fallimento una causa di scioglimento della società ciò significa che fino all'ultimo gli amministratori sono legittimati ad assumere anche margini di rischio molto alto (ma pur sempre ragionevole). Sul punto non si può fare a meno di segnalare che l'art. 379 del C.C.I.I. (prevedendo una sorta di ritorno all'antico) introduce, all'art. 2484, comma 1, cod. civ. il n. 7-bis, una nuova causa di scioglimento coincidente con l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale (dal alcuni definita come "la versione 2.0 del vecchio fallimento"); sul tema si veda anche D. GALLETTI, *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario*, cit., disponibile su www.ilfallimentarista.it.

¹²³ A. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCI*, cit., in www.ilcaso.it, l'Autore evidenzia il verificarsi di una sorta di *shifting duty* a favore dei creditori, che impone agli amministratori di comporre e conciliare la gestione dell'impresa con gli interessi dei creditori concorsuali. Questi ultimi infatti, si dice, si trovano in una situazione peggiore rispetto a quella dei soci - che pure si assumono, in forza dei conferimenti dagli stessi effettuati, il rischio di impresa - non potendo indirizzare in alcun modo l'agire amministrativo, ma solamente brandire la spada di una eventuale azione di responsabilità ex art. 2394 cod. civ.; si vedano anche A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, in *Giur. Comm.*, vol. I, 2013, p. 129; L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia - Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p. 41; C. CINCOTTI, F. NIEDDU ARRICA, *Continuità aziendale, capitale e debito. La gestione del risanamento nelle*

Sorge quindi un ulteriore interrogativo: se la finalità di massimizzare il patrimonio sociale permanga anche quando la società versa in stato di (potenziale) crisi? Alcuni sostengono che in dette circostanze la gestione della società debba essere totalmente piegata al cospetto del profilo conservativo (a beneficio e tutela dei creditori sociali), in un certo senso anticipando il dovere di cessare la gestione tipica imposto ex art. 2486 cod. civ. a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento. La *Business Judgement Rule*, da questo punto di vista, viene concepita come finalizzata a incoraggiare la propensione al rischio degli amministratori e trova dunque spazio di applicazione solo in un contesto ordinario di salute dell'impresa, nel quale gli amministratori sono chiamati ad operare solo ai fini della massimizzazione del profitto (nell'interesse dei soci) e senza dover tenere in debito conto (salvo i minimali obblighi di legge) quello dei creditori sociali. Tuttavia, pare più ragionevole abbracciare una differente tesi: fintanto che il patrimonio netto evidenzia ancora un saldo attivo, l'organo amministrativo non sia costretto a "dirottare dal sentiero tracciato dallo scopo lucrativo", nonostante le spinte conservative emergenti, stante lo stato di difficoltà e della conseguente necessità di meglio tutelare la posizione dei creditori, imponga l'adozione di un profilo di rischio più prudente per poter dire di aver fatto scelte ragionevoli e quindi coperte dalla *Business Judgement Rule*¹²⁴. Così, di fronte ad una crisi incipiente, le decisioni gestorie tener conto di questa contrapposizione di interessi. Inoltre, il vero "buon amministratore" non deve solo "conservare l'esistente", bensì anche mutare le formule aziendali che si sono verificate essere idonee ad assicurare la continuità e la salute dell'impresa¹²⁵. Il margine di discrezionalità di un amministratore di una società che opera *in bonis* perciò ha meno paletti di quello che permane in capo ad un amministratore di una società in crisi, anche solo per il fatto che risulterà più semplice giustificare la scelta di compiere determinate operazioni rischiose. Ad esempio, sarà difficile, per un amministratore, andare esente da responsabilità nel caso in cui abbia deciso di porre in essere un'operazione che, alla luce di una valutazione previsionale fatta *ex ante*, risultasse già idonea a rendere il patrimonio sociale incapiente e così totalmente inadeguato a soddisfare le pretese creditorie. In conclusione, si afferma che la *Business Judgement Rule* sopravvive anche in

procedure di concordato preventivo, in www.orizzontideldirittocommerciale.it, p. 4, gli Autori evidenziano che mano a mano che la crisi avanza, si fa sempre più forte ed imperante il dovere gestorio di "tutelare l'integrità e il valore del patrimonio sociale nell'interesse [preminente] dei creditori"; F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato d'insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, in *Riv. Dir. Comm.*, vol. I, 2008, pp. 1035-1037, l'Autore rassicura che per adempiere al dovere di tener conto anche delle spinte conservative gli amministratori devono cercare di indirizzare le loro condotte al fine della salvaguardia del complesso aziendale che funge da garanzia dalle posizioni creditorie.

¹²⁴ A. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCI*, cit., in www.ilcaso.it, p. 23.

¹²⁵ V. SALLORENZO, *Profili di responsabilità*, cit., disponibile su www.ilcaso.it, cit., p. 1; Opinione differente, invece, si ritrova in G. BERTOLOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, pp. 138 e ss. L'Autore afferma che nella prospettiva di un diritto societario della crisi, che sia autonomo- *reciuts* speciale- sugli amministratori incomberebbe un compendio di doveri e diritto non perfettamente coincidente con quello declinato dal codice civile. Durante la crisi, infatti, i gestori non devono più porre in essere atti funzionali alla realizzazione dell'oggetto sociale originario: la crisi provoca una sorta di "mutazione del fine istituzionale della società", simile ad uno "scioglimento di fatto della società", con una conseguente rimodulazione dei doveri e poteri degli amministratori. L'interesse dei creditori alla conservazione del patrimonio viene fatto prevalere sulla massimizzazione dei profitti.

contesti di crisi imminente o attuale, seppur sotto una diversa configurazione, finalizzata a comporre tutti gli interessi in gioco.

Stante la sua conformazione e le implicazioni che dalla sua applicazione derivano, alcuni potrebbero sollevare l'obiezione che far operare la *Business Judgement Rule* anche nelle fasi di crisi e pre-crisi potrebbe implicare risultati negativi, in quanto ciò significherebbe lasciare eccessiva libertà alle scelte degli amministratori, in circostanze in cui gli interessi coinvolti sono plurimi e anche esterni alla società (in particolare si fa riferimento alla necessità di tutelare le posizioni e le aspettative dei creditori sociali e dell'economia di mercato generale). Da questo punto di vista, dunque, si rinnega la scelta di non porre alcun tipo di obbligo specifico, che avrebbe potuto costituire un binario entro il quale costringere gli amministratori a muoversi per poter rigettare eventuali eccezioni di condotta negligente nella rilevazione tempestiva e poi corretta gestione della crisi. Contrariamente, si saluta con favore l'introduzione da parte della Riforma di obblighi specifici da far sorgere in capo ai gestori- e a ben vedere anche agli altri organi societari- in queste delicate fasi della vita di impresa. In conclusione, si ritiene opportuno dar voce anche alla posizione opposta, ossia quella che, facendo perno sul fatto che lo *standard* valutativo della *Business Judgement Rule* comporta un vaglio *ex ante* in termini di ragionevolezza, esso costituisce già, indipendentemente dalla positivizzazione di obblighi a contenuto specifico concernenti la rilevazione e gestione della crisi di impresa, un meccanismo idoneo a evitare derive dannose o opportunistiche delle condotte gestorie volte a celare la crisi e continuare l'attività d'impresa come se nulla fosse. Ciò che è certo, infatti, è che i processi decisionali all'interno dell'impresa subiscono una alterazione a fronte di situazioni di crisi: durante la *twilight zone* (situazione che si potrebbe definire di "crisi atipica", in quanto ancora da accertarsi), e *a fortiori* in costanza di crisi o peggio ancora di insolvenza, gli amministratori, pur potendo far appello alla discrezionalità imprenditoriale riconosciuta loro dall'ordinamento, devono mutare la prospettiva in vista della quale operano. Questa variazione nella finalizzazione del loro agire non implica- come ricordato- uno stringente divieto di assumere rischi o l'imperativo dovere di gestire la società solo ed esclusivamente a fini conservativi; al contrario, in modo molto meno formalistico e molto più calato nel contesto concreto, gli amministratori sono tenuti, per potersi dire essere stati "diligenti gestori", ad avvedersi della situazione di difficoltà in cui versa l'impresa che stanno guidando e ad agire in modo ragionevole *rebus sic stantibus*.

Ad avviso di chi scrive, è importante anticipare quanto più possibile la torsione dei doveri di gestione (con il conseguente affiancamento delle spinte conservative a quelle lucrative): se infatti ai primi albori delle difficoltà gli amministratori già cominciassero a porsi nell'ottica di dover gestire un'attività che non naviga più in acque totalmente tranquille, la gestione tempestiva della crisi potrebbe permettere di raggiungere risultati più proficui.

4.4.3 Gli obblighi del collegio sindacale

"Nell'ambito di attività mirate al controllo sull'altrui attività, è pressoché principio indiscusso che la posizione di potere si tramuti in paritetico dovere di

utilizzare tale potere per raggiungere lo scopo di tutela voluto dal legislatore”¹²⁶, contemplante non solo la posizione dei soci, ma anche quella concorrente dei creditori sociali. Così agli obblighi incombenti sugli amministratori si correlano sempre anche quelli degli organi di controllo; essi non sono di facile puntuale individuazione, stante la natura variegata dell’oggetto- l’attività di gestione- cui si rivolge il controllo medesimo. Per questo motivo, già prima della riforma del 2003, i doveri di controllo imposti ai sindaci dagli artt. 2403 cod. civ. e ss. erano configurati con ampiezza ed estesi a tutta l’attività sociale, prediligendo obblighi generici che non consentissero ai sindaci di avvantaggiarsi di una tipizzazione troppo dettagliata dei loro poteri-doveri utilizzando la stessa come via di fuga dalle loro responsabilità¹²⁷. Nel 2003, si è esplicitata l’esigenza della vigilanza da parte del collegio sindacale, indicando, all’art. 2403 cod. civ., che esso è deputato ad esercitare un controllo sulla gestione, vigilando sull’osservanza della legge e dello statuto, nonché sul rispetto dei principi di corretta amministrazione. Il legislatore, con la locuzione “in particolare” ha voluto mettere in luce la pregnante rilevanza che assume la vigilanza sull’adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e sul loro concreto funzionamento rispetto alla generale vigilanza sulla correttezza dell’amministrazione¹²⁸. Oltre a ciò- indipendentemente dal fatto che sia stato o meno investito della funzione di controllo sui conti- il collegio sindacale è tenuto a verificare l’attendibilità e affidabilità del sistema di rilevazioni contabili di cui si è dotata la società, nonché, in sede di vigilanza sull’adeguatezza delle procedure amministrative e contabili, a verificare se le stesse siano idonee- a mezzo di adeguate garanzie predisposte

¹²⁶ P. BOSTICCO, *op. cit.*, Milano, 2009, cit., p. 72.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ G. A. POLICARO, *Il collegio sindacale*, in M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2016, cit., p. 282, l’Autore, sulla scia di quanti tentarono di tracciare una linea di discriminazione tra i concetti di “controllo” e di “vigilanza”, afferma che quest’ultima “identifica [infatti] un’azione più intensa, temporalmente più ampia e quindi anche preventiva rispetto a controllare (sebbene i due termini siano spesso utilizzati come sinonimi). Il concetto di “vigilanza”, che va a sostituirsi a quello di “controllo”, utilizzato prima della riforma del diritto societario, non segna quindi esclusivamente una differenza lessicale, ma ne indicherebbe invece una di carattere sostanziale; quanto all’attività di verifica dell’adeguatezza della struttura organizzativa, amministrativa e contabile, si veda A. I. BARATTA, O. LAURI, *L’attività del collegio sindacale alle luce del codice della crisi e dell’insolvenza*, disponibile su www.ilfallimentarista.it, gli Autori sottolineano la centralità della Guida Operativa fornita dal CNDCEC nel maggio 2015, recante *Attività di vigilanza del collegio sindacale delle società non quotate nell’ambito dei controlli sull’assetto organizzativo*: essa “suggerisce al collegio sindacale di verificare, in particolare, se il sistema organizzativo adottato dalla società sia in grado di: individuare in maniera sufficientemente chiara e precisa le funzioni, i compiti e le linee di responsabilità; garantire – mediante adeguate procedure e concrete modalità operative – che l’attività decisionale e direttiva della società sia effettivamente esercitata dai soggetti ai quali sono attribuiti i relativi poteri; prevedere e applicare procedure che assicurino la presenza di personale con adeguata competenza a svolgere le funzioni ad esso assegnate; implementare le direttive e le procedure aziendali in modo da garantirne un costante aggiornamento nonché l’effettiva diffusione tra il personale dipendente, [...] anche la fine di potere disporre di strutture adeguate alle verifiche periodiche finalizzate anche al monitoraggio dei presupposti per la continuità aziendale nonché di specifici flussi informativi tra l’organo di controllo e quello gestorio”. Infine, si dà conto di una recente sentenza (n. 32573 del 2019) che amplia gli obblighi di controllo sulla gestione incombenti sui sindaci, tenuti a “verificare anche gli atti degli organi interni adottati prima dell’assunzione dell’incarico ma con un’incidenza attuale e reiterabili durante il proprio mandato”, in M. D’APOLITO, *Giudici e Codice della crisi ampliano la responsabilità di sindaci e manager*, in *ISole24Ore*, 23 settembre 2019.

a tutela del loro corretto funzionamento- a fornire dati di bilancio attendibili¹²⁹. Quest'ultima, infatti, è *di default* conferita al revisore legale, ma può essere affidata anche ai sindaci. In tal caso- si rammenta- il collegio sindacale deve essere interamente composto da revisori legali iscritti nell'apposito registro, in deroga alla regola generale. Quest'ultima fa riferimento alla situazione base in cui al collegio sindacale è affidato il solo controllo di legalità sulla gestione, lasciando il controllo contabile ai revisori, e prescrive che almeno un membro effettivo e uno supplente debbano necessariamente essere scelti tra i revisori legali iscritti nell'apposito registro, mentre i restanti membri possano essere scelti fra gli iscritti agli albi professionali (individuati con il Decreto Ministeriale n. 320 del 2004¹³⁰) e fra i professori universitari di ruolo in materie economiche o giuridiche. La possibilità di far svolgere ai sindaci anche la revisione dei conti è consentita purché la società non sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato e purché lo statuto lo preveda espressamente. Se così è- ossia se al collegio sindacale è affidato anche il controllo contabile- nonostante sia venuto meno l'obbligo specifico della verifica trimestrale della consistenza di cassa (imposto ai sindaci, prima della riforma societaria del 2003, dall'art. 2403 cod. civ.), si ritiene che esso incomba tutt'ora sul collegio in virtù del fatto che allo stesso è attribuita anche la funzione di controllo contabile: solo in questo modo, infatti, si potrà colmare la lacuna lasciata dalla mancata nomina di un revisore legale. Inoltre, pare opportuno che, nell'ambito delle riunioni trimestrali i sindaci-revisori, non si limitino ad effettuare un controllo formale sulla consistenza di cassa, bensì si adoperino e attivino per ottenere notizie approfondite sulla gestione¹³¹. Solo

¹²⁹ G. A. POLICARO, *Il collegio sindacale*, in M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2016, p. 301; per esempio, il collegio sindacale, effettua una verifica sulle procedure relative alla gestione del ciclo finanziario delle banche, analizzando il flusso procedurale e documentale, sulla base di quanto illustrato dal responsabile di area ed effettuando test a campione per verificare l'effettiva operatività della procedura e dei controlli, nonché la correttezza delle risposte fornite. Inoltre, i sindaci prendono in esame il bilancio e la relazione sulla gestione, soffermandosi sulle voci più significative ed effettuando anche riscontri con il libro giornale.

¹³⁰ Decreto Ministeriale n. 320 del 29 dicembre 2004, recante *Individuazione delle professionalità abilitate a comporre il collegio sindacale, ai sensi dell'articolo 2397, secondo comma, del codice civile*, testo completo disponibile su www.tuttocamere.it.

¹³¹ P. BOSTICCO, *op. cit.*, Milano, 2009, cit., pp. 76-78, l'Autore, con riferimento alla caratura del controllo contabile affidato ai sindaci e al suo legame con lo scopo di emersione anticipata della crisi di impresa, cita un'illuminante pronuncia del Tribunale di Napoli "Il controllo della regolare tenuta della contabilità sociale e la corrispondenza del bilancio alle risultanze dei libri e delle scritture contabili non può essere inteso in senso puramente formale, perché deve consentire di accertare la veridicità sostanziale delle registrazioni contabili e non solo la regolarità formale. Infatti, il verbo "accertare" adottato nella norma esprime, come è stato condivisibilmente osservato, "qualcosa di più che non un semplice controllare" e dimostra che esso deve essere accurato e penetrante, non limitato cioè ad un esame formale e superficiale dell'attività e dei documenti da verificare [...]. Può anche concordarsi con coloro che sostengono la necessità di una particolare diligenza "qualora ricorrono quelli che sono definiti indici di rischio" [...] che impongono di valutare con maggiore severità l'operato dei sindaci e consentono di pretendere l'estensione di controlli a campione, l'analisi di singole voci delle scritture e dei documenti di riferimento", si veda Trib. Napoli, 18-03-95, in *Società*, 1995, pp. 1447 e ss; quel che è certo è che nel momento in cui al collegio sindacale viene conferita anche la funzione di controllo contabile, esso è chiamato ad attestare di aver svolto il suo giudizio in conformità ai Principi di revisione internazionali (ISA Italia), nonché di constatare del requisito dell'indipendenza. I sindaci devono anche garantire di aver acquisito elementi probativi sufficienti ed appropriati su cui basare il proprio giudizio. Più nello specifico, dopo aver dichiarato di conoscere a fondo la tipologia

adottando un simile assetto di stringenti obblighi¹³², è possibile sopprimere la figura del revisore legale esterno, senza eccessivi timori legati al possibile detrimento che ciò potrebbe infierire alle esigenze di vigilanza, ivi comprese le istanze di rilevazione tempestiva degli indizi di crisi. Con un occhio rivolto alla prassi, si osserva, tuttavia, come sovente gli istituti di credito, e altri soggetti

dell'attività svolta e la sua struttura organizzativa e contabile, tenendo anche conto delle dimensioni e delle problematiche dell'azienda, è necessario passare alla fase di pianificazione dell'attività di vigilanza, nella quale occorre valutare i rischi intrinseci all'attività, enucleando specificamente quali potrebbero essere i punti critici cui prestare maggiore attenzione durante i controlli; sul punto si veda anche: N. CAVALLUZZO, V. MARTIGNONI, *Strategia generale e piano dettagliato orientano l'esercizio della revisione*, in *IlSole24Ore*, 1° agosto 2019, il piano di revisione "si compone di un processo che viene predisposto all'inizio del lavoro ed è continuamente aggiornato [...] in questo documento dovranno essere descritte: natura tempistiche ed estensione delle procedure di valutazione (Principio ISA Italia n. 315); natura, tempistiche e ed estensione delle procedure di revisione in risposta ai rischi (Principio ISA Italia n. 330); altre procedure di revisione da svolgere in conformità ai principi di revisione; infine, nel caso in cui il controllo contabile sia affidato ai sindaci occorre tener presente che essi potrebbero esser organizzati nella forma di un collegio sindacale: in tal caso, pur potendo essi stabilire modalità di organizzazione del lavoro da esercitarsi singolarmente, saranno poi tenuti a sottoporre necessariamente ciascun atto al riesame del *plenum* collegiale, nel rispetto dell'unitarietà della funzione di revisione". Accanto al piano di pone la c.d. "strategia generale di revisione", coincidente con tutte le scelte e decisioni prese dal revisore in merito a portata, tempistiche e criteri generali di orientamento della sua attività di revisione. Tale strategia deve essere documentata in un programma di lavoro, in N. CAVALLUZZO, V. MARTIGNONI, *Nelle Srl piano di revisione dettagliato contro i buchi del controllo interno*, in *IlSole24Ore*, 4 settembre 2019.

¹³² A titolo esemplificativo, si può indicare che il controllo sarà poi incentrato sull'appurare se l'attività tipica svolta dalla società è mutata nel corso dell'esercizio in esame e se è coerente con quanto previsto dall'oggetto sociale; se l'assetto organizzativo e la dotazione delle strutture informatiche sono rimasti sostanzialmente invariati; se il personale amministrativo interno incaricato della rilevazione dei fatti aziendali non è sostanzialmente mutato rispetto all'esercizio precedente e se il livello della sua preparazione tecnica resta adeguato rispetto alla tipologia dei fatti aziendali ordinari da rilevare e può vantare una sufficiente conoscenza delle problematiche aziendali; se i consulenti ed i professionisti esterni incaricati dell'assistenza contabile, fiscale, societaria e giuslavoristica non sono mutati e pertanto hanno conoscenza storica dell'attività svolta e delle problematiche gestionali anche straordinarie che hanno influito sui risultati del bilancio; se le decisioni assunte dai soci e dall'organo di amministrazione sono state conformi alla legge ed allo statuto sociale e non sono state palesemente imprudenti o tali da compromettere definitivamente l'integrità del patrimonio sociale; se sono state acquisite le informazioni sufficienti relative al generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società; se le operazioni poste in essere sono state anch'esse conformi alla legge ed allo statuto sociale e non in potenziale contrasto con le delibere assunte dall'assemblea dei soci o tali da compromettere l'integrità del patrimonio sociale; se si pongono specifiche osservazioni in merito all'adeguatezza dell'assetto organizzativo della società, né in merito all'adeguatezza del sistema amministrativo e contabile, nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione; ecc. In definitiva viene stilata una relazione che non fa altro che riassumere l'informativa prevista dall'art. 2429, comma 2, cod. civ., concernente i risultati dell'esercizio sociale, l'attività svolta nell'adempimento dei doveri previsti dalla norma, le osservazioni e le proposte in ordine al bilancio (con particolare riferimento all'eventuale utilizzo da parte dell'organo di amministrazione della deroga di cui all'art. 2423, comma 4, cod. civ., che permette di "non rispettare gli obblighi in tema di rilevazione, valutazione, presentazione e informativa quando la loro osservanza abbia effetti irrilevanti al fine di dare una rappresentazione veritiera e corretta [...]") e l'eventuale ricevimento di denunce da parte dei soci ex art. 2408 cod. civ. A tali fini, si raccomanda di non rifuggire da proficui confronti con un eventuale studio professionale che assiste la società in tema di consulenza ed assistenza contabile e fiscale su temi di natura tecnica e specifica.

qualificati che si trovano ad instaurare rapporti con le imprese, non facciano mistero di prediligere le realtà societarie dotate sia di un collegio sindacale sia di un revisore legale o- ancor meglio- di una società di revisione. Alla luce di ciò, emerge in modo tangibile come l'affidamento delle due funzioni a soggetti tra loro diversi e naturalmente rispettivamente predestinati a svolgere proprio quegli incarichi, crei un diffuso sentimento di fiducia e credibilità, permettendo alla società di presentarsi sul mercato come dotata di tutti i possibili presidi utili a garantirle di poter efficacemente controllare l'attività gestoria. Si può infatti affermare che "la funzione economica, giuridica e sociale della revisione non è garantire l'assoluta attendibilità del bilancio d'esercizio ma di tenere sufficientemente alto il livello di fiducia che ogni *stakeholder* ripone nella credibilità dei valori di bilancio e in generale nell'informativa finanziaria"¹³³.

Vi sono poi plurimi poteri strumentali all'esercizio della funzione di controllo, enucleati dall'art. 2403-*bis* cod. civ. Essi vanno dal potere di effettuare controlli ed ispezioni a quelli di chiedere informazioni agli amministratori, comunicare con i sindaci di eventuali controllate e avvalersi di ausiliari (che, in caso di inadempimento, saranno poi tenuti necessariamente responsabili con i sindaci stessi)¹³⁴. Dai poteri-doveri ora descritti emerge in modo palmare che il ruolo attribuito ai sindaci, essendo esso imperniato sul controllo dell'agire gestorio e talora anche sul controllo contabile, si pone in prima linea nella crociata dell'emersione anticipata della crisi di impresa: il collegio sindacale, infatti, ha tutti gli strumenti per cogliere quei segnali di sofferenza della società che potrebbero far presumere una potenziale o attuale situazione di crisi.

L'attività di controllo dei sindaci deve essere globale, ossia non incentrarsi sui singoli atti di gestione¹³⁵, bensì abbracciare l'intera attività amministrativa; inoltre deve essere un controllo di legalità e non di merito¹³⁶, sospinto a far proprie le riflessioni dottrinali e giurisprudenziali in tema di *Business Judgement Rule* e i criteri di prevedibilità, ragionevolezza e contenimento del rischio dettati in quelle sedi; infine deve essere un controllo sostanziale e non formale, ovvero deve guardare al caso concreto e alle conseguenze effettive derivanti da una determinata condotta o scelta¹³⁷.

¹³³ Per costituire presidi e basi con cui proteggere e su cui fondare tale fiducia, ai sindaci si richiede il rispetto di determinati *standards* professionali ed etici e si introducono rigorose norme a regolare la loro responsabilità, in N. CAVALLUZZO, V. MARTIGNONI, *La revisione può assicurare un rendiconto ad alta credibilità*, in *IlSole24Ore*, 30 luglio 2019.

¹³⁴ P. G. DEMARCHI, *La responsabilità dell'organo di controllo interno*, in S. AMBROSINI (a cura di), *La responsabilità di amministratori sindaci e revisori*, Milano, 2007, pp. 77-104.

¹³⁵ I controlli a campione vengono dai più considerati legittimi, purché i sindaci siano in grado di dimostrare di aver scelto il campione in modo diligente e razionale.

¹³⁶ Rimane comunque sempre vera la considerazione che, potendosi la legittimità valutare solo attraverso il merito, il collegio sindacale non può limitarsi ad un controllo sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo, ma deve effettuare verifiche sulla gestione dell'impresa più ad ampio raggio, al fine di accertare che gli amministratori implementino "tutti quei comportamenti e principi che assicurino il contenimento del rischio di impresa, nei limiti della normalità dei principi di corretta amministrazione", in G. A. POLICARO, *Il collegio sindacale*, in M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2016, cit., p. 293.

¹³⁷ S. DE MATTEIS, *op. cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pp. 125 e ss.; non è sufficiente "un'attività di controllo meramente cartolare; è invece necessario che i sindaci facciano impiego di tutti i poteri di cui la legge li dota per la verifica della corrispondenza della situazione risultante dai documenti contabili allo stato effettivo della società. [...] non può limitarsi, pertanto, ad un controllo di alta vigilanza meramente formale (App. Venezia, 22-03-18); né

È chiaro che espletando la loro funzione di controllo i sindaci possono acquisire una dettagliata e approfondita conoscenza della situazione patrimoniale e finanziaria della società, tuttavia si potrebbe ritenere che questo non sia sufficiente per prevenire la crisi. I sindaci- anche e soprattutto in forza del divieto di ingerenza nella gestione (vedi infra, par: 5.5.2)- non possono intervenire prendendo concreti e positivi provvedimenti per dimettere l'impresa sui binari della floridità. Si potrebbe perciò sostenere che la previsione di meri obblighi di controllo sarebbe monca, nel caso in cui non si affiancasse ad essa una pletora di poteri volti a sollecitare gli amministratori ad attivarsi. In quest'ottica, dunque, l'introduzione delle procedure di allerta risulterebbe costituire il tanto atteso compendio dei poteri di controllo dei sindaci.

Ciononostante, i sindaci non si possono limitare a vigilare e ad entrare, per via dell'esercizio di questa loro sola primaria funzione, in possesso di rilevanti informazioni inerenti al livello di sanità dell'impresa. Dalla stessa lettura degli articoli del codice civile dedicati al collegio sindacale si evince come il legislatore abbia deciso di non utilizzare forme verbali passive, come sovente fatto in relazione all'attività di altri organi di controllo (quali la Consob o il Certificatore dei bilanci). La scelta è emblematica perché svela limpidamente la volontà di attribuire al collegio sindacale il dovere di "utilizzare tutti i propri poteri per influire sulla gestione al fine di garantire che essa venga svolta secondo i dettami imposti dalla legge e dall'atto costitutivo"¹³⁸. Per esempio, qualora durante l'espletamento del suo incarico, il collegio sindacale ravvisi "fatti censurabili di rilevante gravità", per i quali vi sia urgente necessità di provvedere, ai sensi dell'art. 2406, comma 2, cod. civ., esso può convocare l'assemblea (previa comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione). È evidente che i fatti di grave gestione che fanno scattare l'obbligo di convocazione dell'assemblea dei soci possono attenerne anzitutto la mancata tempestiva predisposizione delle misure idonee a prevenire o a fronteggiare la crisi, ma anche a condotte idonee, a causa della loro irragionevolezza e inconvenienza, a cagionare il prodursi di una situazione di sofferenza aziendale, che potrebbe fungere da indice della sussistenza di una attuale o solo potenziale crisi. I suddetti "fatti censurabili" occupano un posto centrale anche nel dettato normativo ex art. 2408 cod. civ.: ogni socio può infatti denunciarli al collegio sindacale, che ne deve tener conto nella relazione all'assemblea; con la precisazione che, se la denuncia è qualificata (vale a dire proveniente da un numero tale di soci da superare determinate soglie), i sindaci hanno il dovere di indagare senza indugio sulla questione e presentare le loro conclusioni alla successiva assemblea dei soci.

Si intende concludere questa ricognizione del ruolo dei sindaci, così come enucleato dalla disposizioni codicistiche, con una menzione all'art. 2409 cod. civ., che permette ai soci che rappresentano almeno il decimo del capitale sociale (o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo) di

l'obbligo di vigilanza può esaurirsi in semplici ammonimenti diretti all'organo amministrativo (Trib. Roma, 22-12-17)", in R. BORSARI, *Due forme di responsabilità per le diverse violazioni*, in *ISole24Ore*, 27 agosto 2019.

¹³⁸ P. BOSTICCO, *op. cit.*, Milano, 2009, cit., p. 72; "Gli obblighi di vigilanza si traducono in obblighi di ricerca di informazioni e perciò non possono ritenersi esonerati i sindaci che abbiano accolto passivamente il deficit informativo (Cass. Civ., n. 31204/2017)", in R. BORSARI, *Due forme di responsabilità per le diverse violazioni*, in *ISole24Ore*, 27 agosto 2019. Si veda anche il testo completo di Cass. Civ., 29-12-17, n. 31204, disponibile su www.eius.it.

denunciare i fatti al Tribunale (con ricorso notificato anche alla società). Sono legittimati ad adire il Tribunale anche il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione, nonché, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il pubblico ministero, laddove vi sia “il fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società [...]”, i fatti che costituiscono tali irregolarità¹³⁹. Molteplici sono i presupposti che devono sussistere per consentire l'utilizzo dell'istituto: anzitutto, le irregolarità gestionali, come ben si evince dal tenore letterale della norma, debbono essere gravi, pregiudizievoli e attuali¹⁴⁰. Ancora, il sospetto di irregolarità deve essere fondato, cioè dotato di un quadro indiziario a suo sostegno. Infine, ad ampliare le maglie applicative dell'istituto, si rammenta che il danno derivante da tali gravi irregolarità può essere anche solo potenziale¹⁴¹. Nonostante manchi una norma analoga o un richiamo esplicito nella disciplina delle s.r.l., essa si ritiene applicabile, benché si registrino alcune opinioni di senso opposto¹⁴². Di là delle questioni concernenti il suo funzionamento e il fatto che i

¹³⁹ Per un'analisi più approfondita dell'istituto si rimanda a G. BARBIERI, G. ANZANI, *Denuncia ex art. 2409 c.c. per gravi irregolarità nella gestione di una società: riflessioni minime a proposito di alcune questioni dibattute*, in www.ilcaso.it.

¹⁴⁰ Si attesta sul punto una contrapposizione di opinioni: taluni affermano che possa rilevare solo un atto gestorio che singolarmente considerato presenti tutti e tre i caratteri richiesti dalla norma (Trib. Milano, ord. 28-09-16, n. 10374, in www.personaedanno.it) altri, invece, propongono di considerare olisticamente l'intera attività di gestione, in modo da poter attribuire rilevanza anche a atti gestori che solo se considerati accanto agli altri impongono e palesano una necessità di reazione (si veda G. GIANNELLI, *Sub. art. 2409 c.c.*, in P. ABBADESSA, G. B. PORTALE, *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, Milano, 2016, pp. 1751 e ss.)

¹⁴¹ S. AMBROSINI, *Il controllo giudiziario*, in N. ABBRIANI, S. AMBROSINI, O. CAGNASSO, P. MONTALENTI, *La società per azioni*, vol. IV, Padova, 2010, pp. 824 e ss.

¹⁴² Si vedano: Cost., 29-12-05, n. 481, in www.giurcost.org, che si oppone all'estensione applicativa dell'art. 2409 cod. civ. alle s.r.l. rimarcando le differenze tipologiche intercorrenti tra i due tipi societari; Cass. Civ., 13-01-10, n. 403, in *Foro it.*, parte I, 2010, c. 3113 e ss., in cui la Corte afferma che l'art. 2409 cod. civ. non può applicarsi né alle s.r.l. che si sono dotate di un organo di controllo- in mimesi alle modello azionario- né a quelle che hanno deciso di rimanerne prive. La principale argomentazione avanzata dalla Cassazione a suffragio di tale tesi ruota intorno alla Relazione Ministeriale che accompagna la riforma del diritto societario del 2003 e che dà conto della volontà dei redattori di virare nella direzione di una privatizzazione dei controlli. Al contrario, milita- fra altre- a favore dell'estensione analogica dell'istituto della denuncia al Tribunale una pronuncia della Consulta del 2014 (Cost., 07-05-14, n. 116, in *Notariato*, 2014, pp. 393 e ss.), che, da un lato, evidenzia l'inutilità- in termini di garanzia- di concedere solo ai soci di s.r.l. (come da taluni era stato proposto) di potersi avvalere della denuncia al tribunale sulla scorta dell'ovvia constatazione che molto spesso i soci potrebbero essere consenzienti con gli amministratori (se non addirittura soggettivamente coincidenti con essi) e perciò esimersi dal denunciare gli atti di *mala gestio* e, dall'altro, mette in guardia dal possibile rischio di introdurre surrettiziamente nel sistema una forma di responsabilità oggettiva (infatti, essendo i sindaci responsabili solidalmente con gli amministratori per le azioni e omissioni da questi compiute, se al collegio sindacale di s.r.l. non si consentisse di avvalersi della denuncia al Tribunale si correrebbe il rischio di esporlo a responsabilità, senza fornirgli alcuno strumento per ovviare alla colpa nell'attivazione). Altra voce a favore dell'applicazione estensiva in E. PEDERZINI, *I controlli. Sindaco e revisore tra imperatività e facoltatività*, in E. PEDERZINI, R. GUIDOTTI (a cura di), *La governance delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2018, pp. 355-361. Si dà infine conto di una tesi intermedia sostenuta dal Tribunale di Bologna (Trib. Bologna, 20-06-17, n. 19101, in www.ilcaso.it), che opta per l'estensione della portata applicativa della norma in parola solo nei confronti di quelle s.r.l. recanti l'obbligo di istituire un organo di controllo: si ritiene infatti che dette s.r.l. abbiano un carattere di equidimensionalità rispetto alle s.p.a e quindi, facendo discendere

provvedimenti adottabili costituiscono forse la più pervasiva e incisiva alterazione del governo societario che l'Autorità Giudiziaria possa esercitare, si vuole in questa sede sottolineare che mediante la denuncia al Tribunale si dà la possibilità al collegio sindacale di sottoporre all'attenzione dell'Autorità Giudiziaria condotte gestorie che, essendo caratterizzate da "gravi irregolarità", potrebbero costituire indici di patologia e possibile imminente crisi. Tuttavia, ci si potrebbe chiedere: non sarebbe forse più proficuo, prima di portare le difficoltà dell'impresa all'attenzione di un soggetto esterno all'impresa, quale è un giudice, segnalarle agli amministratori? Questo preliminare tentativo- che, in definitiva, costituisce il fulcro delle procedure d'allerta per come delineate dalla Riforma Rordorf- consentirebbe di rivolgersi, in prima battuta, proprio a quei soggetti che si trovano a ricoprire la funzione gestoria della società. Costoro, dunque, sono gli individui meglio posizionati per adottare velocemente, e quindi tempestivamente, provvedimenti- quantomeno programmaticamente- diretti a prevenire la degenerazione delle difficoltà rilevate¹⁴³.

A *latere* della disciplina codicistica, non si può esimersi dal menzionare i Principi di comportamento del collegio sindacale, varati dal CNDCEC¹⁴⁴. Si fa particolare riferimento alla Norma n.11, comma 1, la quale, con riguardo all'attività del collegio sindacale durante la fase di crisi dell'impresa¹⁴⁵, prevede che "il collegio, nello svolgimento delle funzioni riconosciutegli dalla legge, debba vigilare che il sistema di controllo e gli assetti organizzativi adottati dalla società siano sufficientemente adeguati a rilevare tempestivamente i segnali che possano far emergere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come una entità in funzionamento". Così, pare opportuno postulare che l'organo di controllo verifichi i principali indici di bilancio, avvalendosi dell'ausilio fornito, dal un lato, dal *Documento 570* (vedi *infra*, par: 4.4.4), il quale enuclea una serie di indici finanziari e gestionali idonei a rilevare l'eventuale venir meno della continuità aziendale, e, dall'altro, dagli imprescindibili scambi di informazioni con il soggetto deputato alla revisione legale dei conti¹⁴⁶. Inoltre, l'organo di controllo ha anche il potere di chiedere chiarimenti agli amministratori e, nel caso di conferma dei dubbi o insufficienza delle informazioni e dei chiarimenti ricevuti a seguito dell'escussione, può (*rectius*: deve) sollecitarli ad assumere utili iniziative idonee a garantire la continuità aziendale¹⁴⁷. Infine, il collegio vigila sull'attuazione dei provvedimenti adottati¹⁴⁸. Si precisa anche che

da detta identità dimensionale una identità di interessi coinvolti, risultino meritevoli di vedersi estesi gli istituti pensati dal legislatore per il tipo azionario, fra i quali anche quello della denuncia al Tribunale.

¹⁴³ Riducendo al minimo l'adizione di soggetti esterni alla società di può anche diminuire esponenzialmente il rischio di danni all'immagine commerciale (vedi *infra*, par: 7.2).

¹⁴⁴ Il documento è disponibile su www.commercialisti.it; in dottrina si veda: G. JACHIA, *Obblighi e responsabilità*, cit., disponibile su www.ilfallimentarista.it.

¹⁴⁵ Il riferimento cronologico è in realtà esplicitamente diretto alla perdita di continuità aziendale, che tuttavia si può affermare venga ormai diffusamente e concordemente dagli interpreti considerata come un fenomeno indice di una possibile incipiente o corrente crisi.

¹⁴⁶ G. A. POLICARO, *Il collegio sindacale*, in M. IRRERA (a cura di), *op.cit.*, Torino, 2016, cit., p. 300.

¹⁴⁷ Si vedano i Principi di comportamento del collegio sindacale, Norme nn. 4.2 e 5.2, disponibili su www.commercialisti.it.

¹⁴⁸ L. BENEDETTI, *Le procedure d'allerta: mieux vaut prévenir que guérir*, Atti del VIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di diritto commerciale "Orizzonti del

la predisposizione di detti assetti è appannaggio dell'organo amministrativo: il ruolo dei sindaci si gioca in termini di controllo e vigilanza, per il quale risultano imprescindibili i proficui scambi di informazioni con il soggetto incaricato della revisione legale per appurare le prospettive di continuità aziendale¹⁴⁹.

Di fatto, dunque, l'art. 14, comma 1, del C.C.I.I., in un'ottica di ricomposizione e rafforzamento di obblighi che già gravavano in capo ai sindaci, ha recepito quanto era presente nel sistema, il quale prevedeva che il collegio sindacale dovesse operare una metodica disamina degli strumenti organizzativi approntati dagli amministratori. Risale ad un'epoca antecedente a quella della Riforma Rordorf l'abbandono del paradigma per cui i sindaci potevano limitarsi ad un controllo postumo, caratterizzato da un approccio meramente retrospettivo e limitato ad una verifica *ex post* del rispetto, da parte degli amministratori, degli obblighi previsti dalla legge e dallo statuto. L'organo di controllo, infatti, era chiamato- già prima del C.C.I.I.- a svolgere un ruolo propositivo e di stimolo rispetto alla funzione gestoria (pur senza potervi interferire essendo essa competenza esclusiva dell'organo amministrativo), affinché la stessa fosse esercitata con diligenza e correttezza, per cercare di evitare di incorrere in situazioni di crisi ovvero, laddove la crisi risultasse inevitabile in quanto esogena (ossia non dipendente dall'*agere* amministrativo) affinché se ne avvedessero e si attivassero per porvi rimedio tempestivamente¹⁵⁰. I sindaci erano chiamati non ad un mero controllo formale sulla documentazione messa a disposizione dagli amministratori, ma a chiedere notizie sull'andamento generale e su specifiche operazioni, agendo attivamente per mutare le condotte reputate non conformi alla legge¹⁵¹. In sintesi, rispetto al mero ruolo di verifica *a posteriori*, si privilegiavano gli strumenti organizzativi capaci di intercettare tempestivamente il rischio di crisi imminente¹⁵². Non si può infatti negare che, nel generale dovere di monitoraggio sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, già rientrasse anche la valutazione del livello di gravità della crisi.

Infine, per quanto riguarda più specificamente il profilo della responsabilità (*funditus* infra, par: 6.5), si rammenta che i sindaci sono solidalmente responsabili- oltre che tra loro nel caso in cui non si sia in presenza di un sindaco unico bensì di un collegio sindacale¹⁵³- anche per fatti e omissioni degli

diritto commerciale": "Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti", Roma, 17-18 febbraio 2017, in www.rivistaodc.eu, p. 11

¹⁴⁹ G. LOMBARDI, *Il ruolo degli organi di controllo e di revisione nelle procedure di allerta di cui al disegno di legge-delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *op. cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p. 83.

¹⁵⁰ Si veda C. ANGELICI, *La società per azioni*, vol. I, Milano, 2012, pp. 364 e ss., l'Autore mette in luce come amministrazione e controllo siano da non considerarsi come due funzioni distinte bensì come imprescindibili l'una per l'altra e ambedue coesistenti alla funzione imprenditoriale.

¹⁵¹ Cass. Civ., 24-03-99, n. 2772, in *Fall.*, 2000, pp. 474 e ss.; Cass. Civ., 28-05-98, n. 5287, in *Fall.*, 1999, pp. 397 e ss.

¹⁵² F. LOZZI, *Crisi d'impresa: procedure di allerta interna come prima linea di difesa*, in www.ipsoa.it, p.2; G. LOMBARDI, *Il ruolo degli organi di controllo e di revisione nelle procedure di allerta di cui al disegno di legge-delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *op. cit.*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p. 83.

¹⁵³ P. G. DEMARCHI, *La responsabilità dell'organo di controllo interno*, in S. AMBROSINI (a cura di), *op. cit.*, Milano, 2007, pp. 70-71. L'Autore ricorda la possibilità di modulare il grado di responsabilità fra i componenti del collegio sindacale, in base al livello di partecipazione. Tale

amministratori, a meno che non riescano a dimostrare di aver vigilato diligentemente o che, anche qualora avessero posto in essere un perfetto adempimento degli obblighi derivanti dalla loro carica, il danno si sarebbe comunque prodotto. In ogni caso la responsabilità dei sindaci non sorge solo per effetto e in dipendenza del sussistere di quella degli amministratori, al contrario, in caso di violazione di determinati obblighi di legge, i sindaci possono anche incorrere in forme di responsabilità esclusiva. Ad esempio, “sono responsabili della verità delle loro attestazioni” e hanno l’obbligo di mantenere il segreto sui fatti e sui documenti di cui prendono conoscenza in ragione del loro ufficio, ex art. 2407, comma 1, seconda parte, cod. civ. (vedi infra, par: 6.5). Lo *standard of review* delle modalità di adempimento dei doveri dei sindaci è esplicitato all’art. 2407 cod. civ. e non risulta perfettamente sovrapponibile con il corrispettivo dettato per i gestori. Si fa infatti riferimento ai canoni di “professionalità” e “diligenza” richiesti dalla natura dell’incarico¹⁵⁴.

4.4.4 Gli obblighi del revisore legale

Il revisore legale (o società di revisione, a seconda dei casi) è, ai sensi dell’art. 2409-*bis* cod. civ., il naturale deputato ad esercitare il controllo contabile. In quanto tale, è chiamato a verificare periodicamente la regolare tenuta della contabilità e la corretta rilevazione, nelle scritture contabili, dei fatti di gestione e a vagliare la rispondenza del bilancio alla legge (*in primis* ai principi di redazione del bilancio ex art. 2423-*bis* cod. civ.¹⁵⁵) e alle risultanze delle scritture contabili e degli accertamenti eseguiti¹⁵⁶. Qualora si ammettesse la possibilità opposta- che sovente si propone in ambito di società a responsabilità limitata- di sopprimere il collegio sindacale e istituire come unico organo deputato al controllo- accanto ai soci, che possono esercitare i loro poteri ex art. 2476,

graduazione tuttavia avrà un effetto solo interno, fra i sindaci-solidaristi che potranno eventualmente agire in reciproco regresso.

¹⁵⁴ P. G. DEMARCHI, *La responsabilità dell’organo di controllo interno*, in S. AMBROSINI (a cura di), *op. cit.*, Milano, 2007, pp. 97 e ss., l’Autore dà conto di due tesi contrapposte sul modo di intendere il requisito della professionalità. Secondo alcuni, essendo anch’essa da riferirsi alla “natura dell’incarico” ed essendo oggi l’incarico unico e identico per tutti i sindaci, si dovrebbe parlare di un solo canone di professionalità da richiedersi ai membri del collegio sindacale. Secondo altri, invece, solo il requisito della diligenza merita di essere connesso alla “natura dell’incarico”, lasciando perciò ampio margine per la determinazione specifica dei contorni della professionalità, che dipenderà di volta in volta delle qualifiche, dalle esperienze e dalla formazione del soggetto (che sono varie e diverse in linea con la volontà di adeguare la struttura dell’organo di controllo alla pregnante eterogeneità dell’oggetto da vigilare, ovverosia la gestione dell’impresa).

¹⁵⁵ Il dato normativo impone che, nella redazione del bilancio, la valutazione delle voci sia fatta secondo prudenza, nella prospettiva della continuazione dell’attività e tenendo conto della funzione economica dell’elemento dell’attivo o del passivo considerato; che la rilevazione e la presentazione delle voci sia effettuata tenendo conto della sostanza dell’operazione o del contratto, si indichino esclusivamente gli utili realizzati alla data di chiusura dell’esercizio; si tenga conto dei proventi e degli oneri di competenza dell’esercizio, indipendentemente dalla data dell’incasso o del pagamento, e dei rischi e delle perdite di competenza dell’esercizio, anche se conosciuti dopo la chiusura di questo; si valutino separatamente gli elementi eterogenei ricompresi nelle singole voci; non si modificano i criteri di valutazione da un esercizio all’altro, salvo casi eccezionali (da motivarsi nella nota integrativa, che deve anche indicarne l’influenza sulla rappresentazione della situazione patrimoniale e finanziaria e del risultato economico).

¹⁵⁶ P. G. DEMARCHI, *La responsabilità dell’organo di controllo interno*, in S. AMBROSINI (a cura di), *op. cit.*, Milano, 2007, pp. 77-104.

comma 2, cod. civ. (vedi infra, par: 8.2)- un revisore legale, è chiaro che egli dovrà supplire al vuoto lasciato dall'assenza dei sindaci e quindi sicuramente vigilare sull'adeguatezza degli assetti e più in generale sulla correttezza della gestione¹⁵⁷.

A fronte dello scarno spazio che la figura del revisore legale trova fra gli articoli del codice civile, pare opportuno prendere in esame il vero cuore della disciplina in materia, che si rinviene nel Dlgs. n. 39 del 2010 (così come modificato dal Dlgs. n. 135 del 2016¹⁵⁸, varato in attuazione della Direttiva europea n. 56 del 2014). Tale testo normativo ha il pregio di raccogliere in un'unica sede tutte le disposizioni in materia di revisione legale, che prima si trovavano frammentate e sparse tra il codice civile e il Testo unico sull'intermediazione finanziaria (TUIF). Si presenta così come un compendio di norme e di principi comuni e generali, al punto che non di rado viene definito come il "Testo unico sulla revisione legale"¹⁵⁹. L'art. 14 del Dlgs. n. 39 del 2010¹⁶⁰, riproponendo di fatto il contenuto dell'art. 2409-*ter* cod. civ., enuncia nel dettaglio i doveri del revisore. Anzitutto, è tenuto a esprimere, in un'apposita relazione, il suo giudizio sul bilancio di esercizio (e sul bilancio consolidato ove redatto). Tale giudizio potrà essere "positivo", "con rilievi", "negativo" o "di impossibilità di esprimere un giudizio" e, in particolare, dovrà incentrarsi sulla conformità sostanziale del bilancio con la legge, interpretata e integrata dai principi contabili¹⁶¹. Inoltre, i revisori sono tenuti, nel corso dell'esercizio, a verificare la

¹⁵⁷ Si fa notare la potenziale irrazionalità di una previsione di tal sorta, che finirebbe per conferire ad un soggetto esterno alla società- il revisore o la società di revisione appunto- la possibilità di esercitare controllo e influenza sulla gestione posta in essere dagli amministratori (vedi infra).

¹⁵⁸ Testo completo disponibile su www.revisionelegale.mef.gov.it; in dottrina si vedano i commenti di P. GIUDICI, *La responsabilità civile del revisore legale*, in *Società*, 2010, pp. 33 e ss.; G. CIERVO, *La responsabilità civile del revisore legale alla luce del d.lgs. 39/2010*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2010, pp. 68 e ss.; F. SALERNO, *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze e vecchi problemi*, in *Riv. Soc.*, vol. LVIII, fasc. 5, 2013, pp. 985-1043. La nuova disciplina è intervenuta a distanza di quasi due anni dalla Raccomandazione dell'Unione Europea n. 473 del 2008, con cui la Commissione ha invitato gli Stati Membri ad adottare misure volte a garantire la limitazione della responsabilità civile dei revisori.

¹⁵⁹ Quaderno n. 31 della SAF (Scuola di Alta Formazione), *La riforma della revisione legale in Italia: una prima analisi del D.Lgs. 39 del 27 gennaio 2010*, disponibile su www.odcec.mi.it, in cui viene anche fornita una breve panoramica del quadro normativo previgente, che si snodava tra il Dlgs. n. 882 del 1992 (disciplinante i soggetti legittimati a esercitare attività di revisione, il registro dei revisori contabili e le regole di accesso a tale registro), l'articolato codicistico in tema di controllo contabile e, infine, le norme speciali per società quotate, assicurative, di gestione dei mercati regolamentati ecc.

¹⁶⁰ Dlgs. n. 39 del 2010, art. 14, comma 1, lett. a e b, che prevedono, rispettivamente, che il revisore (o la società di revisione) "esprimono con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto ed illustrano i risultati della revisione legale" e "verificano nel corso dell'esercizio la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili".

¹⁶¹ Per imputare ai revisori la responsabilità per non aver adempiuto agli obblighi di controllo del bilancio di esercizio, serve che sussista un danno alla società o ai terzi e che tale danno sia causalmente riconducibile ad un giudizio non corretto sul bilancio a sua volta cagionato da una negligenza del revisore, che, per esempio, non adottò i principi di revisione ISA. Perciò la responsabilità sorge quando, dalla disapplicazione dei principi di revisione, scaturiscono inadempienze o errori talmente gravi da riflettersi sul giudizio espresso e così idonei constare di una portata dannosa; Si rammenta che un giudizio positivo sul bilancio non equivale ad una affermazione di salute dell'azienda o di qualità della gestione aziendale: esso costituisce meramente un'attestazione di corretta rappresentazione nel bilancio dei fatti aziendali.

regolare tenuta della contabilità sociale e della corretta rilevazione dei fatti di gestione all'interno delle scritture contabili. Il Dlgs. n. 39 del 2010 è intervenuto anche in punto di responsabilità dei revisori, introducendo un'ipotesi tipica e autonoma di responsabilità: "novità importante che denota la volontà di diversificare l'attività dei revisori da quella del collegio sindacale"¹⁶². Ciononostante- anche qui, come per i sindaci- si impone una duplicità di regole: la prima (c.d. responsabilità per omesso controllo) lascia intoccata la responsabilità solidale tra revisori e amministratori per i danni provocati da questi ultimi (pur precisando che ciascun revisore sarà responsabile *pro quota* solo nei limiti dell'effettivo contributo da loro apportato al danno cagionato, rendendosi così possibili azioni di regresso interne a seguito dell'escussione di un solo solidarista cui viene richiesto di risarcire l'intero danno). La seconda (c.d. responsabilità per fatto proprio) prevede che i revisori siano tutti solidalmente responsabili tra loro per i danni cagionati con le loro condotte inadempienti (anche qui, internamente *pro quota* nei limiti del contributo causale che ciascuno ha apportato al danno). Il legislatore, nel predisporre le norme sulla responsabilità, ha tentato di conciliare una serie di esigenze divergenti: la necessità di assicurare una sufficiente qualità della revisione e con essa uno *standard* minimo di tutela dei terzi e del loro affidamento sui giudizi espressi dai revisori, nonché dell'interesse dei revisori medesimi di non essere chiamati a rispondere per le perdite subite da parte di coloro che chiedono il risarcimento al di là del proprio effettivo contributo al danno stesso. Per andare esente da responsabilità, il revisore legale (ovvero- lo si specifica per completezza- il sindaco cui sia stata affidata anche l'attività di revisione contabile) deve essere in grado di dimostrare di aver acquisito una ragionevole sicurezza che il bilancio d'esercizio nel suo complesso non contenesse errori significativi (dovuti a frodi o a comportamenti o eventi non intenzionali)¹⁶³.

¹⁶² Quaderno n. 31 della SAF (Scuola di Alta Formazione), *La riforma della revisione legale in Italia: una prima analisi del D.Lgs. 39 del 27 gennaio 2010*, disponibile su www.odcec.mi.it, cit., p. 16.

¹⁶³ Per ragionevole sicurezza si intende un livello elevato di sicurezza. Esso non è però tale da fornire la garanzia che una revisione contabile svolta in conformità ai principi di revisione internazionali (ISA Italia) individui sempre tutti gli errori significativi, qualora esistenti. Gli errori sono considerati significativi qualora ci si possa ragionevolmente attendere che essi, singolarmente o nel loro insieme, siano in grado di influenzare le decisioni economiche prese dagli utilizzatori sulla base del bilancio d'esercizio. Si veda il Principio di revisione n. 200, da cui si desume che solo laddove il bilancio non consti di errori significativi, il revisore sarà nelle condizioni di esprimere un giudizio in merito alla redazione del medesimo nel rispetto del quadro normativo sull'informativa finanziaria. "Il revisore non può mai ottenere la certezza che il bilancio non sia viziato da errori significativi, in quanto le caratteristiche stesse del processo di revisione (controlli a campione e dalla presenza di elementi di valutazione soggettivi) e la possibilità di manipolazione da parte di terzi, non garantiscono di azzerare la possibilità di errore". Inoltre, non essendo la revisione contabile un'indagine ufficiale su presunti illeciti, al revisore non sono attribuiti specifici poteri di carattere investigativo; ciò comporta che egli abbia dei meri poteri ispettivi, i quali subiscono irrimovibili limiti di natura pratica e legale alla sua capacità di acquisire elementi probatori. Il che implica la conseguenza che il revisore non potrà mai essere totalmente certo della correttezza e completezza delle informazioni che riceve, in N. CAVALLUZZO, V. MARTIGNONI, *La revisione*, cit., in *ISole24Ore*, 30 luglio 2019; "Se il processo adottato dall'impresa per la valutazione del rischio è appropriato e adeguato alle circostanze, il revisore sarà agevolato nell'attività di identificazione dei rischi di errori significativi e nella valutazione di significatività di eventuali carenze riscontrate nel controllo interno", in N. CAVALLUZZO, T. DRAGO,

I revisori devono espletare le loro funzioni con diligenza, dovendo anche mantenere un costante aggiornamento professionale; essi sono tenuti ad osservare i principi di revisione e gli altri principi tecnici, nonché, in generale, ad agire in conformità alle norme di legge. Per esempio, analogamente a quanto richiesto anche agli amministratori, i revisori, all'atto del passaggio di consegne per via della successione degli incarichi, sono tenuti a consultare il soggetto precedentemente incaricato della revisione al fine di ottenere ogni informazione utile all'espletamento del loro incarico (il revisore uscente è ovviamente tenuto a consentire l'accesso a tali informazioni). In questo modo si creano le condizioni per acquisire uno sguardo di insieme sull'andamento della società, imprescindibile per la rilevazione di un fenomeno- come quello della crisi di impresa- che non sorge dall'oggi al domani, bensì prende corpo lentamente, per via di una protratta involuzione delle difficoltà finanziarie della società.

Visto che per adempiere ai loro obblighi i revisori hanno anche diritto di ottenere dagli amministratori documenti e notizie utili alla loro attività di revisione e possono procedere ad accertamenti e controlli, nonché esaminare atti e altra documentazione, come contraltare rispetto a questi poteri, si pongono obblighi di riservatezza e norme sul segreto professionale, perlopiù elaborate da associazioni ed ordini professionali congiuntamente al Ministero dell'economia e delle finanze e alla Consob. Ai sensi di tali norme i revisori non possono rivelare notizie riservate (anche dopo la fine della relazione professionale con la società che ha conferito l'incarico)¹⁶⁴. È chiaro che quando si parla di informazioni delicate e riservate non si può non enumerare fra le stesse anche quelle concernenti un'eventuale stato di crisi dell'impresa, sia nel caso in cui esso sia attuale e certo sia, *a fortiori*, laddove risulti solo potenziale o da verificarsi per appurarne la reale sussistenza.

Gli interpreti si sono spesso interrogati sull'effettiva capacità di tali obblighi, formulati in modo tanto ampio e generale, di costituire efficaci baluardi per proteggere le imprese dal rischio che le difficoltà incontrate (e magari anche rilevate tempestivamente) degenerino, talora irreversibilmente conducendo all'insolvenza. Ad avviso di chi scrive furono proprio questi dubbi che indussero il legislatore della Riforma ad introdurre obblighi più precisi e stringenti come quelli che ruotano intorno al sistema delle procedure di allerta.

Parlando di revisione dei conti, è d'obbligo menzionare anche i Principi di revisione internazionali, che fungono da importante supporto tecnico all'attività del revisore: egli infatti, in base alla propria competenza tecnica e professionale, determina proprio nel solco di tali principi, l'estensione e l'efficacia dei controlli di revisione¹⁶⁵. Utile per la disamina dei principi generali cui il revisore deve

V. MARTIGNONI, *Il revisore dà un punteggio al rischio*, in *IlSole24Ore*, 2 agosto 2019; si veda anche: N. CAVALLUZZO, V. MARTIGNONI, *Il revisore sottoposto all'esame qualità*, in *IlSole24Ore*, 6 settembre 2019.

¹⁶⁴ Quaderno n. 31 della SAF (Scuola di Alta Formazione), *La riforma della revisione legale in Italia: una prima analisi del D.Lgs. 39 del 27 gennaio 2010*, disponibile su www.odcec.mi.it.

¹⁶⁵ Il Dlgs. n. 39 del 2010 prevede "che in Italia la revisione legale sia svolta in conformità con ai principi di revisione internazionali adottati dalla Commissione Europea in base alla Direttiva 2006/43/CE come modificata dalla direttiva 2014/56/CE. In attesa che i principi siano omologati e pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale Europea, la revisione viene svolta in conformità ai principi di revisione elaborati da associazioni e ordini professionali congiuntamente al Mef e alla Consob. I principi di revisione in vigore in Italia, prima del 2015, erano stati elaborati (*rectius* tradotti) dal

attenersi nello svolgimento del suo incarico è indubbiamente il Principio di revisione n. 200¹⁶⁶. Da esso si desume che, anzitutto, i revisori devono dimostrare di incarnare il requisito dell'indipendenza (a decorrere dal primo giorno dell'esercizio cui si riferisce il primo bilancio revisionato e fino al giorno in cui il revisore rilascia l'ultima relazione di revisione prevista nell'ambito del suo incarico). Nello specifico, al revisore si richiede di assicurare un'indipendenza sia formale (o legale), che coincide con l'assenza di incompatibilità ai sensi della legge, sia sostanziale (o professionale), che è rappresentata da un atteggiamento mentale indipendente nei confronti della società da revisionare. Il requisito in parola è imposto poiché è ovvio che, solo se indipendente, il revisore potrà svolgere il proprio incarico con integrità e obiettività, senza avere alcun conflitto di interessi, diretto o indiretto, né con la società che ha conferito l'incarico, né con i soci, gli amministratori o la direzione generale della stessa. Più genericamente, egli dovrà agire con equità, sincerità e onestà intellettuale, nella totale assenza di vincoli che possano influire sull'imparziale e libero esercizio delle sue funzioni valutative e sull'espressione del suo giudizio professionale.

Il requisito dell'indipendenza consente di postulare che i revisori, soggetti esterni alla società, siano, oltre che ben posizionati, anche ben disposti a prendere coscienza dei segnali di crisi e ad agire per far sì che ci si adoperi in vista del vaglio della loro fondatezza ed eventualmente del superamento della fase di difficoltà. La terzietà dei revisori pone le basi per non consentire ai soci di esercitare su di loro un'eccessiva ingerenza, volta a convincerli- più o meno esplicitamente- a non ostendere la situazione di crisi, precludendosi così- in forza di tale mancata esibizione delle proprie difficoltà e conseguente noncurante

CNDCEC nel 2010 e raccomandati dalla Consob. Si tratta dei principi emessi dall'Ifac (*International Federation of Accountants*) e denominati ISA (*International Standards of Auditing*) versione *Clarified 2009*. Poi, con determina del Ragioniere generale dello Stato i principi di Revisione ISA Italia, che comprendono alcuni dei principi di recisione internazionali (come ad esempio i *Principi* nn. 200 e 720), sono stati applicati ai bilanci a decorrere dal 1° gennaio 2015. Gli ISA Italia contengono anche alcune prescrizioni eccentriche rispetto ai principi di revisione internazionali, che si è voluto inserire per andare in contro a esigenze caratterizzanti in modo peculiare il nostro ordinamento; a titolo di esempio si citano: il Principio ISA Italia n. 250B, su *le verifiche periodiche in materia di regolare tenuta della contabilità sociale*; il Principio ISA Italia n. 720B (su *le responsabilità del soggetto incaricato della revisione legale relativamente all'espressione del giudizio sulla coerenza*), che impone, all'interno della relazione di revisione, di rendere un giudizio sulla coerenza delle informazioni contenute nella relazione sulla gestione e di alcune informazioni sul governo societario e sugli assetti proprietari. Infine, si fa menzione del Principio di revisione Isqc Italia 1 (sul *controllo della qualità per i soggetti abilitati che svolgono revisioni contabili complete e limitate del bilancio, nonché altri incarichi finalizzati a fornire un livello di attendibilità ad un'informazione e servizi connessi*), che richiede al revisore di istituire e mantenere un sistema di controllo della qualità in modo da assicurare che egli stesso e il suo personale rispettino i principi professionali e le disposizioni di legge, in N. CAVALLUZZO, V. MARTIGNONI, *Nelle Srl estesi i controlli*, cit., in *ISole24Ore*, 30 luglio 2019; i testi delle due direttive europee succitate sono entrambi disponibili su www.eur-lex.europa.eu; tutti i *Principi di Revisione Internazionale* (ISA Italia) sono invece disponibili su in www.revisionelegale.mef.gov.it.

¹⁶⁶ *Principio di Revisione Internazionale* (ISA Italia) n. 200, *Obiettivi generali del revisore indipendente e svolgimento della revisione contabile in conformità ai principi di revisione internazionali*, in www.revisionelegale.mef.gov.it; il Principio di revisione ISA Italia n. 200 precisa *inter alia* i principi generali che devono informare l'attività di revisione del bilancio, in N. CAVALLUZZO, V. MARTIGNONI, *La revisione può assicurare un rendiconto ad alta credibilità*, in *ISole24Ore*, 30 luglio 2019

prosecuzione della normale attività gestoria- di poter percorrere molte delle vie fornite dall'ordinamento per potervi porre rimedio tempestivamente e perciò più efficacemente.

Un altro centrale Principio di revisione ai fini della prevenzione della crisi è il Principio di revisione internazionale n. 265¹⁶⁷. Esso tratta della responsabilità del revisore (e pertanto, anche al sindaco-revisore) di comunicare, in modo appropriato, ai responsabili delle attività di *governance* e alla direzione, le carenze nel controllo interno che ha identificato nello svolgimento dell'attività di revisione contabile del bilancio. Il principio grava il revisore di precisi "obblighi" di comunicazione al verificarsi di determinate circostanze. In particolare, il revisore: deve comunicare quelle carenze del controllo interno che ritiene "significative" secondo il proprio giudizio professionale¹⁶⁸; mentre conserva una mera facoltà di comunicare quelle carenze del controllo interno che, sempre secondo il proprio giudizio professionale, non ritiene "significative", ma che reputa comunque utile e corretto portare all'attenzione della direzione (ad esempio perché avrebbero dovuto essere comunicate da altri soggetti e ciò non è avvenuto). Il principio di revisione internazionale n. 265 prevede anche la possibilità per il revisore di omettere di comunicare le carenze significative del controllo interno ai responsabili delle attività di *governance* o alla direzione, qualora, in determinate circostanze, risulti inappropriato comunicarle¹⁶⁹. L'appena descritta attività

¹⁶⁷ *Principi di Revisione Internazionale (ISA Italia) n. 265, Comunicazione delle carenze nel controllo interno ai responsabili delle attività di governance ed alla direzione*, in www.revisionelegale.mef.gov.it.

¹⁶⁸ Per carenza "significativa" nel controllo interno deve inoltre intendersi "una carenza, o una combinazione di carenze nel controllo interno, che, secondo il giudizio professionale del revisore, siano sufficientemente importanti da meritare di essere portate all'attenzione dei responsabili delle attività di *governance*". Il revisore deve valutare una carenza come significativa a prescindere dalla circostanza che l'errore si sia effettivamente verificato. Egli deve infatti valutare una carenza anche dal punto di vista potenziale ovvero considerando la probabilità che un errore possa verificarsi; In riferimento alla forma della comunicazione è inoltre previsto che le carenze significative debbano essere comunicate in forma scritta, con possibilità di comunicarle anche verbalmente (la comunicazione verbale è quindi solo possibile ma non è alternativa alla comunicazione in forma scritta); al contrario, le carenze importanti ma non significative possono invece essere comunicate, a scelta del revisore, sia in forma scritta che solo verbalmente. Infine, il livello di dettaglio delle comunicazioni è oggetto di giudizio professionale del revisore, pur essendo previsto che egli vi includa sempre una chiara descrizione delle carenze rilevate e dei loro potenziali effetti (non è quindi obbligatorio "quantificare" gli effetti), nonché specifici che egli ha tenuto in considerazione solamente quella parte del controllo interno pertinente alla redazione del bilancio, al fine di definire le procedure di revisione da svolgere e non per esprimere un giudizio sull'efficacia del controllo interno, in F. RIZZI, *Il revisore deve comunicare le carenze del controllo interno*, in *Euroconference*, patrocinata dal Centro Studi Tributari, 11 maggio 2019, disponibile su www.ecnews.it.

¹⁶⁹ Ciò può avvenire in tutti quei casi in cui i risultati del lavoro possono mettere in discussione l'integrità della direzione (quando ad esempio sono stati identificati elementi che possono indicare una frode o una sospetta frode) o la sua competenza (quando ad esempio le carenze rilevate palesino o mettano in dubbio le competenze della direzione nella supervisione e nella redazione del bilancio). In tutti i casi in cui risulti non appropriato comunicare le carenze nel controllo interno ai responsabili della *governance* o alla direzione, i Principi di revisione stabiliscono delle precise regole per il revisore che, in genere, si basano sull'effettuare la comunicazione a coloro che nell'ambito dell'impresa si trovano a un livello gerarchico immediatamente superiore. Il principio in parola chiarisce inoltre che gli obblighi di comunicazione delle carenze nel controllo interno vanno adempiuti dal revisore a prescindere dalla circostanza che la direzione e i responsabili delle attività di *governance* possano essere già a conoscenza delle carenze del controllo interno,

incarna perfettamente quella natura della funzione di controllo che si incentra sul rilevare i rischi quando ancora essi sono ancora solamente in potenza, e non ancora in atto. Ciò dimostra che l'attività di controllo si colloca non solo nella fase di crisi, ma anche in quella di pre-crisi.

Infine, un punto di riferimento imprescindibile, soprattutto se si considera la figura del revisore con uno sguardo attento al suo ruolo nella prevenzione e rilevazione della crisi, è fornito dal già menzionato *Documento 570*¹⁷⁰, redatto dalla *Commissione Paritetica per i Principi di Revisione*. Con esso, si vogliono fornire utili *guide-lines* sui compiti del revisore nell'ambito della revisione contabile del bilancio: si dispone che nella sua relazione il revisore debba rilevare quegli indicatori che possono ingenerare dubbi significativi sulla persistenza della continuità aziendale: egli è tenuto a "esaminare e valutare i piani di azione futuri della direzione; ottenere elementi probatori sufficienti e appropriati che confermino la fattibilità dei piani della direzione; richiedere alla direzione attestazioni scritte relative ai piani di azione futuri"¹⁷¹. Tale compito è facilitato dall'avvenuto affinamento delle tecniche di rappresentazione della situazione finanziaria delle società di capitali: esse permettono oltre alla pianificazione delle strategie imprenditoriali, anche il monitoraggio dell'andamento economico e finanziario della società fungendo da strumento per poter rilevare in via preventiva il rischio di *default*¹⁷². La valutazione del rischio, dunque, occupa un posto d'onore tra i compiti di vigilanza espletati dal revisore, il quale mira a "individuare i rischi connessi all'impresa e a rilevare che, in presenza di tali rischi, il controllo esista e risulti efficace", al fine di "determinare se le misure di prevenzione adottate risultano adeguate o meno, in modo tale da controllare i rischi prima del verificarsi dell'eventuale evento dannoso"¹⁷³.

nonché a prescindere della circostanza che abbiano deciso di non porvi rimedio sulla scorta di un'analisi di opportunità e di valutazione di costi e benefici (analisi che compete solo alla direzione e ai responsabili della *governance*).

¹⁷⁰ *Principi di Revisione Internazionale (ISA Italia) n. 570, Continuità aziendale*, in www.revisionelegale.mef.gov.it.

¹⁷¹ G. LOMBARDI, *Il ruolo degli organi di controllo e di revisione nelle procedure di allerta di cui al disegno di legge-delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *op. cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p. 84; si veda anche il *Documento Banca d'Italia/Consob/Isvap n. 2 del 6 febbraio 2009*, recante *Informazioni da fornire nelle relazioni finanziarie sulla continuità aziendale, sui rischi finanziari, sulle verifiche per riduzione di valore delle attività e sulle incertezze nell'utilizzo di stime*, disponibile su www.consob.it.

¹⁷² G. LOMBARDI, *Il ruolo degli organi di controllo e di revisione nelle procedure di allerta di cui al disegno di legge-delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *op. cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p. 84.

¹⁷³ N. CAVALLUZZO, T. DRAGO, V. MARTIGNONI, *Il revisore dà un punteggio al rischio*, in *ISole24Ore*, 2 agosto 2019, gli Autori enumerano poi quattro approcci attraverso cui il revisore può effettuare la valutazione del rischio, che si differenziano in base all'elemento preso come riferimento: il bilancio (*balance sheet approach*), le procedure (*system-based approach*), il rischio (*risk based approach*), il rischio di impresa (*business risk approach*). Si raccomanda inoltre il coinvolgimento del personale, nel "rilevare e comprendere le problematiche presenti nei processi aziendali, in modo tale da attuare in seguito delle migliorie", nonché l'utilizzo, oltre che della documentazione fornita dall'impresa, anche di apposite *check-list*. Queste ultime possono assumere una duplice declinazione: esistono *check-list* "generiche", che vengono compilate annualmente, dopo aver analizzato il controllo interno in maniera trasversale (esse permettono al revisore di scegliere la modalità e l'estensione delle verifiche finalizzate a minimizzare il rischio che il bilancio non rappresenti in modo veritiero e corretto la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della

Similmente a quanto detto parlando del ruolo del collegio sindacale (vedi *supra*, par: 4.4.3), non si dubita che i revisori legali, alla luce dell'incarico loro assegnato, siano in grado di effettuare una pregevole ricognizione dell'andamento della vita sociale (qui, ovviamente, da un punto di vista segnatamente- anche se non solo- contabile); ciò che ci si chiede, invece, è se non sarebbe più conveniente assegnare loro anche un qualche potere di incalzare gli amministratori ad agire, dopo aver fatto loro notare che l'impresa ha cominciato a vacillare e non si trova più in una condizione di tranquillità e salute.

In generale, il fatto che il revisore legale sia il soggetto che più di ogni altro si trova nelle condizioni di verificare il mantenimento della continuità aziendale, e così di cogliere tempestivamente la crisi, è confermato dalle Norme di comportamento del collegio sindacale (predisposte dal CNDCEC), che impongono ai sindaci di mantenere un serrato dialogo con il revisore esterno, in relazione alla concreta realtà aziendale e ad un eventuale profilarsi di crisi¹⁷⁴. Ciò che rende difficile il rapporto tra sindaci e revisori è rappresentato dal fatto che entrambe le funzioni assegnate a questi soggetti, in definitiva, si pongono nel segno del controllo, pur differenziandosi nell'oggetto¹⁷⁵. Infatti, a meno che al collegio sindacale non venga affidata anche la funzione di controllo contabile¹⁷⁶, i sindaci vigilano sulla gestione, i revisori legali compulsano i conti sociali. Da un lato, la necessità di tracciare una precisa linea di confine tra le attribuzioni dei due organi si impone con forza in sede di determinazione delle rispettive responsabilità. Dall'altro lato, si apprezza che il legislatore italiano abbia deciso di legittimare entrambi i soggetti all'avvio delle procedure di allerta: infatti- come meglio si dirà (vedi *infra*, par: 4.6.1)- il presupposto di avvio delle stesse è formulato in modo molto ampio. Esso non assume un carattere prettamente aziendalistico¹⁷⁷, ma si compone di varie e numerose sfaccettature, tanto che permettere a plurimi soggetti, tutti espletanti funzioni di controllo non perfettamente sovrapponibili, di apprezzarne la sussistenza non può che rappresentare una scelta normativa da salutarsi con favore.

Si può concludere dunque che anche con riferimento ai soggetti preposti al controllo contabile, le norme già presenti nell'ordinamento prima della Riforma Rordorf ponessero utili presidi per far sì che la crisi venisse colta in modo quanto

società), e *check-list* "dettagliate", riferibili ai singoli processi o aree rilevanti. Si veda anche: N. CAVALLUZZO, V. MARTIGNONI, *Nelle Srl piano di revisione dettagliato contro i buchi del controllo interno*, in *IlSole24Ore*, 4 settembre 2019.

¹⁷⁴ G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Torino, 2016, pp. 76-77, l'Autore, riconnettendosi al tema dell'adeguatezza degli assetti, afferma la necessità di contemplare negli stessi meccanismi che consentano un proficuo dialogo tra i due soggetti- sindaci e revisori- deputati al controllo della società, essendo esso imprescindibile tassello per la costruzione di un sistema in grado di rilevare tempestivamente il profilarsi della crisi.

¹⁷⁵ Vedi *infra*, par: 4.6.2, par: 6.3.1, par: 6.3.2, par: 6.5.

¹⁷⁶ Vedi *supra*, par: 4.4.3.

¹⁷⁷ In questo senso, invece, si è mosso il legislatore francese, che, parlando di "*faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise*", ha attribuito al presupposto oggettivo delle *procédures d'alerte* un carattere segnatamente contabile e aziendalistico, cosicché il *commissaire aux comptes* costituisse, in qualità di soggetto deputato al controllo dei *comptes sociaux*, la naturale figura da incaricare dell'avvio della procedura (vedi *infra*, par: 5.3.1)

più possibile tempestivo; il punto dunque è: erano davvero sufficienti per assicurare un'efficace prevenzione della crisi di impresa?

4.4.5 La funzione preventiva delle regole sulla responsabilità

La dottrina tedesca sottolinea da sempre la centralità della funzione preventiva delle ipotesi di responsabilità. Non si può negare che fra le norme sparse nel nostro ordinamento, ve ne siano alcune da leggersi in chiave deterrente (vale a dire volte a prevenire la crisi in una prospettiva *ex ante*), e che fra esse spicchino le norme sulle azioni di responsabilità. Queste permettono di agire nei confronti di coloro che- amministratori, sindaci o revisori- abbiano peccato nell'adempimento dei loro obblighi, cagionando a mezzo della loro negligenza un danno. Temendo di poter incorrere in azioni di responsabilità e soprattutto nelle conseguenti potenziali condanne di risarcimento danni, tali soggetti saranno maggiormente incentivati ad onorare i loro doveri; "l'importanza strategica di queste norme non deve essere sottovalutata, essendo un sistema di rimedi *ex post* senz'altro in grado di produrre incentivi di una corretta gestione *ex ante* e così di tempestiva rilevazione dello stato di crisi dell'impresa"¹⁷⁸. Quasi inevitabile è l'accostamento con l'ordinamento anglosassone, il quale pure, mediante la previsione del *Wrongful Trading Remedy*, agisce *ex post* rispetto alla condotta di mancata rilevazione tempestiva della crisi. Il rimedio previsto tuttavia ha un pregio che manca al sistema italiano, ovvero sia quello di individuare con maggiore precisione le condotte che si vogliono colpire, evitando conseguentemente di consegnare nelle mani degli interpreti e della loro attività ricostruttiva della *ratio* (e della portata applicativa delle norme sulla responsabilità) la determinazione di quali siano i comportamenti negligenti e in quanto tali meritevoli di essere colpiti con azioni di responsabilità.

A potenziamento della forza deterrente delle norme sulle azioni di responsabilità, si pongono le elaborazioni giurisprudenziali in tema di quantificazione del danno. La celebre pronuncia delle Sezioni Unite n. 9100 del 2015¹⁷⁹ costituisce, notoriamente, il principale punto di riferimento per lo studio del tema. La Suprema Corte si propose di comporre il contrasto giurisprudenziale che nel corso degli anni si era creato sul tema in questione; per farlo, si ripercorsero le principali e pregresse prese di posizione giurisprudenziali¹⁸⁰. Le

¹⁷⁸ S. DE MATTEIS, *op. cit.*, Milano, 2017, pp. 252 e ss. Si noti che l'Autore, affianco alla disciplina sulla responsabilità di sindaci ed amministratori, fa menzione anche delle norme volte a sanzionare l'abuso di attività di direzione e coordinamento *ex art.* 2497 cod. civ.

¹⁷⁹ Cass. Civ. Sez. Un., 06.05.2015, n. 9100, testo completo disponibile su www.ilcaso.it.

¹⁸⁰ Cass. Civ. Sez. Un., 06.05.2015, n. 9100, con nota di M. SPIOTTA, *L'atteso chiarimento delle Sezioni Unite sull'utilizzabilità del criterio del deficit*, in *Giur. it.*, vol. III, 2015, pp. 1413-1424. L'Autore della nota a sentenza cita anzitutto un precedente giurisprudenziale del 1997, datato ma importante per comprendere come, nella vigenza della vecchia disciplina, fosse agevole utilizzare il divieto di nuove operazioni a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento *ex art.* 2449 cod. civ. (vecchio testo) come base presuntiva per provare il nesso di causalità e imputare agli amministratori l'intero dissesto. Se, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, gli amministratori compiono nuove operazioni, violano il divieto e con questa loro condotta causano o aggravano il dissesto della società. Il danno imputabile corrisponde così alla differenza tra la situazione patrimoniale al verificarsi della causa di scioglimento e quella al momento della dichiarazione di fallimento, sulla scorta di un ragionamento controfattuale secondo il quale, se gli amministratori avessero rispettato il divieto di compiere nuove operazioni non avrebbero fatto gravare sulla società nuove perdite (c.d. "criterio dei netti patrimoniali").

Sezioni Unite colsero l'insoddisfazione degli operatori per l'utilizzo di criteri presuntivi e automatici che sono, per loro stessa natura, approssimativi¹⁸¹ ed irrispettosi dei principi propri della responsabilità contrattuale (primo fra tutti quello che impone la necessità di indagare il nesso eziologico, al fine di imputare agli amministratori solo quei danni che sono diretta conseguenza di una loro condotta negligente). Si affermò così che la mancata, scorretta o lacunosa tenuta delle scritture contabili, non può giustificare *ex se* l'utilizzo del criterio del *deficit* fallimentare¹⁸² per determinare il *quantum* di danno risarcibile. Quantunque non si possa negare che la mancata o negligente tenuta delle scritture contabili, da parte degli amministratori, renda gravoso per il curatore il lavoro di ricostruzione della situazione finanziaria della società, non è corretto affermare che esso debba essere sempre e comunque utilizzato, attribuendogli così una palese funzione sanzionatoria¹⁸³. Al contrario- afferma la Corte- il criterio forfettario del *deficit* fallimentare merita di essere utilizzato solo in via residuale: solamente quando le omissioni inerenti l'obbligo di corretta tenuta delle scritture contabili abbiano reso difficile o impossibile la determinazione del danno, se il giudice ritiene ricorrenti le condizioni per procedere ad una liquidazione equitativa dello stesso, indicate le ragioni che non permettono di accertare in modo diretto e preciso quali effetti dannosi sono causalmente derivati da quali condotte, può scegliere, fra i vari criteri utilizzabili, anche quello del *deficit* fallimentare, ove ritenga logicamente plausibile, alla luce delle circostanze del caso, che esso risulterà il maggiormente adeguato alla quantificazione delle voci di danno. Oltre al criterio presuntivo del *deficit* fallimentare, preso in considerazione dalle Sezioni Unite nel 2015, la giurisprudenza ha, nel corso del tempo, variamente utilizzato anche altri metodi forfettari di quantificazione del danno: si cita, per esempio, il criterio dei netti patrimoniali, applicato a casi in cui gli amministratori omettano o ritardino la richiesta di apertura della procedura fallimentare o di altra procedura concorsuale nonostante ne sia stata appurata e resa palese ai loro occhi la necessità, alla luce delle condizioni patrimoniali e finanziarie in cui versa la società. Alcuni degli approdi giurisprudenziali raggiunti sono stati attentamente

¹⁸¹ Si tenga presente, a tal proposito, che il criterio del *deficit* fallimentare potrebbe condurre ad una quantificazione errata sia per difetto (nel caso in cui alcuni creditori non si insinuino nel fallimento, rimanendo creditori concorsuali e non divenendo concorrenti e facendo così risultare un affossamento del passivo minore di quello reale) sia per eccesso (nel caso in cui la condotta negligente degli amministratori non fosse idonea a cagionare l'intero dissesto della società, ma risulti ai fini dello stesso eziologicamente rilevante solo *in parte qua*, essendo l'attività d'impresa intrinsecamente connotata dal rischio di perdite e non potendosi per tale ragione presupporre che l'intero ammontare delle stesse sia stato cagionato dalle negligenze degli amministratori; in altre parole si deve tener presente che lo sbilancio patrimoniale che viene accertato in sede concorsuale potrebbe avere molteplici cause anche non riconducibili a condotte di *mala gestio* degli amministratori: si rischierebbe di pretermettere l'applicazione del principio civilistico che impone di provare l'esistenza del nesso di causalità tra condotta illegittima e danno subito.

¹⁸² Utilizzando il criterio presuntivo del *deficit* fallimentare, il *quantum* danno risarcibile viene fatto corrispondere alla differenza tra attivo e passivo accertati in sede di dichiarazione di fallimento.

¹⁸³ Le Sezioni Unite sottolineano, infatti che, benché si possano ritrovare all'interno dell'ordinamento casi di danno punitivo (si pensi, ad esempio, all'art. 96 c.p.c. relativo alla responsabilità processuale aggravata per lite temeraria), questi debbano essere circoscritti ai casi previsti *ex lege*, per evitare il rischio di entrare in collisione con quanto previsto dall'art. 25, comma 2, della Costituzione e dall'art. 7 della CEDU.

presi in considerazione e recepiti dal legislatore della Riforma¹⁸⁴. L'art. 377 del C.C.I.I., modificando l'art. 2486 cod. civ., stabilisce che qualora gli amministratori, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, omettano di gestire la società "ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale", il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra patrimonio netto alla data di apertura della procedura concorsuale (o alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica) e il patrimonio netto alla data in cui si è verificata la causa di scioglimento¹⁸⁵. Viene in questo modo recepito il criterio dei netti patrimoniali di cui alla sentenza della Suprema Corte del 1997¹⁸⁶, pur con due elementi mitigatori: la clausola di salvezza circa la possibilità di fornire la prova positiva di un diverso ammontare del danno¹⁸⁷ e la detrazione dei costi sostenuti e da sostenere secondo un criterio di normalità dopo la causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Sempre ai sensi dell'art. 377 del C.C.I.I., qualora il criterio dei netti patrimoniali non possa essere utilizzato, a causa della mancata o irregolare tenuta delle scritture contabili o per qualunque altro motivo, si dovrà utilizzare come criterio di quantificazione del danno quello del *deficit* patrimoniale¹⁸⁸. L'intervento riformatore, dunque, rinvigorisce ulteriormente la portata deterrente delle norme sulla responsabilità che, essendo accompagnate

¹⁸⁴ Per un approfondimento sulle tecniche di quantificazione del danno in caso di responsabilità degli organi di gestione e controllo alla luce delle novità introdotte dalla Riforma Rordorf, si veda L. JEANTET, P. VALLINO, *La responsabilità degli amministratori: guardare al passato, pensare al futuro e interpretare il presente*, in www.ilfallimentarista.it, pp. 10-16, in cui gli Autori, oltre alla disamina dei criteri dei netti patrimoniali e del *deficit* fallimentare, approfondiscono la possibilità di utilizzare metodi differenti, quali i criteri evolutivi e dinamico-aziendali.

¹⁸⁵ Si evidenzia come l'utilizzo del criterio dei netti si possa riferire solamente a circostanze nelle quali il danno è stato arrecato a mezzo della prosecuzione della gestione caratteristica della società, pur a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento. Non si potrà quindi mai addebitare agli amministratori lo sbilancio antecedente alla perdita di capitale, mancando qui l'illiceità del comportamento di gestione non meramente conservativa. Inoltre, si pone in evidenza che, anche nella vigenza della nuova disciplina, al fine di addebitare agli amministratori le conseguenze pregiudizievoli derivanti da singoli e specifici atti di *mala gestio*, non ci si potrà esimere dal fornire la prova positiva del nesso eziologico intercorrente tra danno e condotta e non si potrà nemmeno pensare di addebitare l'intero differenziale tra i netti, dal momento che il *quantum* del danno verrà fatto coincidere con la diminuzione patrimoniale subita dalla società a causa della condotta di cattiva gestione, si veda S. BASTIANON, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori al tempo del Codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.ilfallimentarista.it, p. 7

¹⁸⁶ Cass. Civ. 17-09-97, n. 9252, in *Fall.*, 1998, p. 666.

¹⁸⁷ Per un approfondimento circa il carattere relativo o assoluto delle presunzioni introdotte si veda A. BONELLI, *Codice della crisi d'impresa: in vigore le modifiche al diritto societario*, in www.ipsoa.it; sempre sul punto, si veda S. BASTIANON, *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori al tempo del Codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.ilfallimentarista.it, p.11, dove l'Autore afferma la sussistenza in capo all'attore dell'onere di allegare le condotte poste in essere in spregio al dovere di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. Si tratta, nella quasi totalità dei casi, di una *probatio diabolica*, dovendo l'attore fare i conti con attività gestorie varie, complesse e soprattutto risalenti nel tempo. Ciò comporterà- prognostica l'Autore- che tale criterio diverrà criterio *standard* di applicazione meccanica.

¹⁸⁸ Si rammenta che l'applicabilità del criterio del *deficit* fallimentare presuppone la sussistenza congiunta di un duplice presupposto: l'avvenuta apertura di una procedura concorsuale e l'impossibilità di determinare i netti patrimoniali, e così utilizzare il corrispondente criterio, a causa della mancata o irregolare tenuta delle scritture contabili o per altri motivi. Nel silenzio della norma si ritiene che dette "altre ragioni" vadano rintracciate in seno all'elaborazione giurisprudenziale. S. BASTIANON, *Le azioni di responsabilità*, cit., in www.ilfallimentarista.it.

da tali criteri in punto di quantificazione del danno, sono oggi, ancor più di ieri, idonee di per sé ad indurre gli amministratori ad adempiere diligentemente ai loro obblighi, incentivandoli a tenere un comportamento che ben si presta a rendere tempestivamente rilevabile il palesarsi di indizi di una possibile crisi.

Pare inoltre indubbio che una corretta applicazione dei principi di diritto sostanziale e processuale costituisca un irrinunciabile presupposto per rafforzare la fiducia di chi assume incarichi di gestione e controllo (evitando quel deleterio meccanismo di selezione avversa di cui si è fatta menzione) e per scoraggiare “comportamenti opportunistici, attraverso una più diretta correlazione tra funzioni, poteri e responsabilità”¹⁸⁹.

4.5 La *ratio* dell'introduzione dei nuovi specifici obblighi

Ci si potrebbe dunque domandare per quale motivo, pur essendo già ricompresa nel sistema una pleora di obblighi, presidi e meccanismi idonei a consentire un'emersione tempestiva della crisi, il legislatore abbia preso la decisione, con il rischio di creare un inutile pleonasma, di introdurre le procedure di allerta e tutta quella serie di obblighi che ne permettono il concreto e corretto funzionamento. Infatti, malgrado il rischio di entrare in collisione con un altro fine della Riforma- quello della semplificazione delle procedure- si è deciso di intervenire positivamente, ponendo istituti e meccanismi nuovi, che si affianchino e rafforzino quanto già era presente nel sistema¹⁹⁰.

Innanzitutto, si pone l'attenzione sul fatto che la fenomenologia delle situazioni che caratterizzano quella zona grigia tra la continuità aziendale e l'assenza di continuità è molto varia e ciò rende a volte ostico cogliere tempestivamente l'insorgere di indizi di crisi o pre-crisi; si rischiano così ritardi nelle verifiche e problemi di coordinamento tra gli organi¹⁹¹. Inoltre, solo imponendo obblighi specifici di segnalazione si può pensare di abbattere il muro di omertà che spesso, al presentarsi della crisi, lega l'imprenditore e gli organi di controllo, da lui stesso scelti e nominati¹⁹². Questo è vero, a maggior ragione, a fronte del fatto che molte società italiane sono strutturate su base familiare. Da ciò deriva che, non di rado, azionisti e amministratori sono membri della stessa famiglia (pur non mancando anche casi più estremi in cui le due nature si sommano in capo alla medesima persona fisica): non è difficile immaginare come sia gioco facile per i soci e gli amministratori intralciare il lavoro di vigilanza e rilevazione delle difficoltà che i controllori vorrebbero portare avanti. In aggiunta, essendo il collegio sindacale formato da professionisti i quali, più che ricoprire la carica di soggetti deputati ad una funzione di controllo) si atteggiavano a consulenti dei soci-amministratori, spesso capita che essi mantengano un atteggiamento inerte e tollerante. Ed è proprio nel tentativo di rompere il circolo vizioso che porta a insabbiare le situazioni di difficoltà, a causa della connivenza appena descritta

¹⁸⁹ M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, in M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2016, cit., p. 997.

¹⁹⁰ G. BERLOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, pp. 185 e ss.

¹⁹¹ G. LOMBARDI, *Il ruolo degli organi di controllo e di revisione nelle procedure di allerta di cui al disegno di legge-delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *op. cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p. 85.

¹⁹² F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, p. 113, l'Autore sottolinea, con particolare riferimento ai poteri-doveri imposti ai sindaci, come detti obblighi siano a contenuto generico, mentre invece si auspicherebbe una loro specificazione.

tra imprenditori e controllori, che si è preferito prevedere la possibilità di portare la questione al cospetto di un soggetto esterno (l'Organismo di composizione assistita della crisi, *infra*), nella consapevolezza che non si può dare per scontato che i rimedi endosocietari funzionino sempre proficuamente, potendo essi prestarsi a distorsioni e abusi o, nei casi meno gravi, a semplici e non intenzionali malfunzionamenti. Gli organi di controllo vengono incentivati a richiamare l'attenzione dell'imprenditore sulla sua stessa crisi, invitandolo a comprenderne la portata e le cause e ad accettare la necessità di un intervento. Non è un compito semplice, dunque, quello che viene affidato agli organi di controllo, chiamati a pungolare l'imprenditore in crisi, nel tentativo di vincere le già disaminate remore che tipicamente lo inducono a restare inoperoso e a cercare di celare la situazione di difficoltà¹⁹³. Perciò la dettagliata specificazione, fornita dalla Riforma, circa gli obblighi che incombono in fase di crisi incipiente sui vari soggetti coinvolti (imprenditori-amministratori e organi di controllo) risponde alla necessità di formulare misure in qualche modo coercitive della volontà dell'imprenditore, avventurandosi con coraggio sui sentieri impervi della difficile convivenza tra libertà d'impresa e tutela degli interessi collettivi. Si è infatti dovuto fare i conti con l'evidenza per cui le misure sanzionatorie non bastano a garantire una tempestiva emersione della crisi, avendo esse un effetto limitato sugli imprenditori naturalmente refrattari a riconoscere la necessità di rimedi forti per superare le fasi di difficoltà¹⁹⁴. È palese il bisogno di rimedi per vincere le ritrosie dell'imprenditore a prendere di petto la situazione e ad imporre *malgré lui* l'avvio di un percorso diretto alla salvaguardia dell'impresa con il consenso dei creditori¹⁹⁵. Chiaramente il carattere coercitivo della procedura pone non pochi dubbi di legittimità costituzionale, essendo idoneo ad entrare in collisione con la libertà di iniziativa economica privata (garantita ex art. 41 Cost.). Non bisogna tuttavia dimenticare che suddetta libertà non può svolgersi e concretizzarsi contrastando con l'utilità sociale, la quale costituisce un limite idoneo a giustificare l'ingerenza comportata dall'operare dei meccanismi di allerta. Inoltre, si rammenta che l'intrusione da parte dell'OCRI negli affari sociali si verifica solo nel caso in cui gli amministratori, a fronte delle sollecitazioni dell'organo di controllo o del revisore legale, rimangono inerti o prendano provvedimenti che

¹⁹³ G. LOMBARDI, *Il ruolo degli organi di controllo e di revisione nelle procedure di allerta di cui al disegno di legge-delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *op. cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p. 85; L. BENEDETTI, *Le procedure d'allerta: mieux vaut prévenir que guérir*, Atti del VIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale": "Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti", Roma, 17-18 febbraio 2017, in www.rivistaodc.eu, in cui l'Autore auspica che la futura disciplina possa essere in grado di spezzare il meccanismo che porta l'organo di controllo a farsi complice dell'imprenditore in difficoltà, fermo nella sua volontà di non palesare la crisi, per interesse alla continuità dell'incarico (l'imprenditore, infatti, ha nelle sue mani uno strumento potente, essendo lui a scegliere chi svolgerà la funzione di controllo) o per la solidarietà che tra i due soggetti nasce in forza della consuetudine dei rapporti; si veda anche: P. RINALDI, *Riforma e Organismi di gestione della crisi*, *cit.*, in www.ilfallimentarista.it, p. 4.

¹⁹⁴ Convegno *La crisi di impresa come opportunità di crescita. Uno sguardo alla futura riforma del diritto fallimentare, tra prospettive, scenari e problemi applicativi* organizzato dal Centro Studi Polaris, Fondazione CariTro, Trento, 21 giugno 2018.

¹⁹⁵ A. JORIO, *Su allerta e dintorni*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *op. cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p. 58.

risultino, alla luce delle circostanze del caso inadeguati¹⁹⁶ (vedi *infra*, par: 4.7). Infine, la predisposizione di specifici doveri di impulso in capo agli organi di controllo e della possibilità di affidare la gestione della crisi ad un organo esterno alla società deriva dalla ineludibile esigenza di creare fiducia nel ceto bancario, per evitare che, al palesarsi dei primi segnali di crisi, gli istituti di credito facciano venir meno i flussi di finanziamento, con il rischio di aggravare ancor più la situazione in cui opera la società¹⁹⁷.

Quanto al mutato ruolo degli amministratori, si può rilevare che, antecedentemente all'entrata in vigore del C.C.I.I. essi operavano nell'assenza di un esplicito dato normativo che prendesse a riferimento una società non più *in bonis*, tanto che si era costretti a postulare la necessità di applicare analogicamente i principi dettati, dal codice civile, per gli amministratori di società in salute. Ora, con l'introduzione (nella seconda parte del nuovo secondo comma dell'art 2086 cod. civ.) dell'obbligo di attivarsi, senza indugio, per superare la crisi e recuperare la continuità aziendale, si pone maggiore chiarezza su cosa gli amministratori debbano fare per poter dire di aver agito secondo correttezza e diligenza di fronte ai primi segnali di crisi. Si aggiunge anche che, ponendo obblighi specifici a carico degli amministratori, l'ordinamento italiano, in punto di procedure di allerta, finisce addirittura per fare un passo ulteriore rispetto al proprio progenitore. L'assetto normativo francese, infatti, non individua puntualmente le obbligazioni incombenti sugli amministratori, nell'ambito delle *procédures d'alerte*, lasciando agli interpreti il gravoso compito di delinearne i canoni di condotta¹⁹⁸.

Con particolare riferimento, poi, ai sindaci e ai revisori: essi sono chiamati a svolgere un compito alquanto delicato, che si pone sul crinale tra il rischio di interferire con i poteri di gestione dell'organo amministrativo e il rischio di rimanere inerti, incorrendo nella conseguente responsabilità (come, ad esempio, per aver omesso di esercitare diligentemente la funzione di controllo, non aver rilevato gli indici di crisi, non aver avviato la procedura di allerta per porsi al riparo dal possibile aggravamento del dissesto). Quanto detto supporta la tesi per cui è conveniente inserire nero su bianco una disciplina specifica di poteri e doveri nell'ambito delle procedure di allerta. Al di là dei possibili appunti negativi che si possono fare sulla questione dell'esenzione da responsabilità solidale (vedi *infra*, par: 6.3.2), non si può non constatare che la valorizzazione della funzione di vigilanza societaria (e con essa l'ampliamento della platea delle s.r.l. con obbligo di controllo) sia, in ogni caso, una rilevante- e, da tempo, a detta di molti, auspicata- novità, destinata ad incidere sul comportamento degli amministratori soprattutto delle imprese micro, piccole e medie. Realtà- le predette- che, non essendo gravate *ex lege* dall'obbligo di dotarsi di adeguati sistemi di controllo, si sono sempre sottratte alla predisposizione di assetti e sistemi contabili e gestionali funzionali al monitoraggio dei possibili indici di crisi¹⁹⁹.

Ciò che è certo è che l'introduzione delle nuove norme ad opera della Riforma non sostituirà il vecchio assetto: esiste infatti un collegamento logico-concettuale tra i principi già esistenti- per la maggior parte contenuti nel codice

¹⁹⁶ L. BENEDETTI, *Le procedure d'allerta*, cit., in www.rivistaodc.eu, pp. 4-5.

¹⁹⁷ L. BENEDETTI, *Le procedure d'allerta*, cit., in www.rivistaodc.eu, p. 20.

¹⁹⁸ L. BENEDETTI, *Le procedure d'allerta*, cit., in www.rivistaodc.eu, p. 16.

¹⁹⁹ A. DANOVÌ, P. RIVA, *Le cinque fasi della crisi e dell'allerta*, in www.ilfallimentarista.it, p. 4.

civile- e il C.C.I.I.²⁰⁰. La vecchia e la nuova disciplina dunque subiranno inevitabilmente un processo di reciproca compenetrazione e convivenza²⁰¹

4.6. Le procedure di allerta

Il nuovo Codice, per la prima volta, fa un'ardita scommessa: introdurre, in linea con molti altri ordinamenti europei, un diffuso sistema di monitoraggio delle situazioni di crisi, per anticiparne l'emersione e consentirne una più efficace soluzione. La riforma viene accolta con favore perché permette al nostro sistema concorsuale di arricchirsi di un nuovo strumento a disposizione degli imprenditori, che in presenza di una situazione di crisi non ancora tradottasi in insolvenza decidono di avvalersi di uno strumento di sostegno diretto ad analizzare le cause della sofferenza economica e finanziaria dell'impresa, allo scopo di garantire il più possibile la continuità dell'impresa e la composizione di tutti gli interessi in gioco²⁰². Dette procedure di allerta (intese in senso stretto e coincidenti con la c.d. funzione di *alerting*), sono imperniate su obblighi di segnalazione informativa circa il sopravvenire di indizi di crisi, con il triplice scopo di: rilevare tempestivamente il sorgere dei primi segnali di patimento, rendere edotto l'organo amministrativo di tale situazione ed indurlo ad assumere al più presto le misure più opportune per affrontarlo e superarlo.

4.6.1 Il presupposto oggettivo: i "fondati indizi di crisi"

La nozione di crisi fu introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento nel 2005, con il debutto sulle scene dell'istituto del concordato preventivo. Prima di questo tempo, gli interpreti conoscevano solo la definizione di insolvenza. Ciononostante, non pochi furono i problemi interpretativi cui si dovette tentare di trovare soluzione: la maggior parte ruotavano intorno alla necessità di fare luce sul rapporto che intercorre tra il concetto di crisi e quello di insolvenza. L'art. 160, comma 2, l. fall. (che enuncia che "[ai fini di cui al primo comma] per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza") sembrava profilare un rapporto di *genus a species*: l'insolvenza era concepita come uno dei tanti possibili modi d'essere della crisi, che costituisce invece un concetto più ampio e passibile di manifestarsi anche in altre vesti. Al contrario, il nuovo Codice della crisi introduce, all'art. 2, due precise definizioni di detti concetti, ponendo così (forse) fine agli struggimenti interpretativi che hanno occupato le pagine dei libri di diritto fallimentare nell'ultimo decennio²⁰³. Così, la crisi non costituisce più il mero *genus* della *species* "insolvenza" e acquista una sua autonomia concettuale, che consta di

²⁰⁰ S. BASTIANON, *Early warning, allerta e probability of default nel nuovo Codice della crisi d'impresa*, in www.ilfallimentarista.it.

²⁰¹ S. BASTIANON, *Early warning*, cit., in www.ilfallimentarista.it, p. 6.

²⁰² A. JORIO, *Su allerta e dintorni*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *op. cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pp. 55 e ss.; L. JEANTET, P. VALLINO, *La responsabilità degli amministratori*, cit., in www.ilfallimentarista.it, p. 4.

²⁰³ Le definizioni di "crisi" e "insolvenza" vengono fornite dall'art. 1, comma 1, del C.C.I.I.: lett. a e b, che le delineano rispettivamente come "lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate" e "lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni", si veda Dlgs. n. 14 del 12 gennaio 19, recante Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, disponibile su www.gazzettaufficiale.it.

un elemento definitorio (fornito appunto dal suddetto art. 2 C.C.I.I.) e di un elemento sintomatico (art. 13 C.C.I.I.).

Stante la consapevolezza che lo scopo delle misure di allerta (di cui la crisi, *rectius* i “fondati indizi di crisi”, costituiscono il presupposto oggettivo) non sono finalizzate ad evitare l’aggravamento del dissesto di soggetti già decotti, bensì a far emergere tempestivamente la crisi per porvi efficacemente rimedio, non coglie nel segno l’opinione di quanti sostengono che, sulla scorta di una tale definizione di crisi, si finirebbe per restringere eccessivamente il margine d’applicazione delle misure di allerta, incentivando così il perpetuarsi della nefasta tendenza all’emersione non adeguatamente tempestiva della crisi. Invero, pare che l’inquadramento concettuale approntato avrà come unico e virtuoso esito quello di escludere dall’ambito di applicazione dell’allerta le imprese già insolventi, così da non finire per intervenire quando di fatto ormai è troppo tardi e l’impresa sta già precipitando inevitabilmente verso l’insolvenza²⁰⁴.

L’ontologica conformazione dello stato di crisi pone poi non poche difficoltà nell’opera del suo rilevamento. Le insidie discendono dal fatto che essa non emerge *ex abrupto*, dando la possibilità di individuare un preciso punto temporale a partire dal quale affermare inequivocabilmente la sua sussistenza. Al contrario, la crisi, è la rappresentazione di uno stato patologico dell’impresa, che ha alla sua base un’alterazione dell’equilibrio generale. Essa è sempre caratterizzata da un fase prodromica, durante la quale essa si origina, prendendo le mosse da specifici e particolari settori del sistema aziendale; solo in un secondo momento si irradia e intacca l’impresa nel suo complesso²⁰⁵.

Gettando, infine, uno sguardo al dato normativo fornito dall’art. 13 C.C.I.I.- ma partendo dalla premessa metodologica di non voler analizzare dettagliatamente il versante aziendalistico della nozione di crisi- si percorrono, qui di seguito, solamente i punti fondamentali del testo dell’articolo. Al primo comma, vengono enunciati i c.d. “indicatori di crisi”, rappresentati dagli “squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell’impresa e dell’attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell’attività”, pur senza nulla dire sul rapporto e l’incidenza, anche in termini quantitativi, di ciascuno di essi, rispetto allo stato di crisi. Si aggiunge poi che tali indicatori sono “rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l’esercizio in corso o, quando la durata residua dell’esercizio al momento della valutazione è inferiore

²⁰⁴ Si noti sul punto, in merito al presupposto oggettivo per far scattare l’allerta esterna, la nota critica presente in S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in www.ilcaso.it, pp. 29 e ss.

²⁰⁵ G. LAZOPPINA, *La crisi di impresa alla luce del nuovo diritto fallimentare*, in www.ilfallimentarista.it, l’Autore effettua anche un’interessante disamina delle possibili cause di crisi, bipartendole in esogene ed endogene. Le prime, che sfuggono, quantomeno al loro sorgere, al controllo degli organi sociali (anche se si potrebbe verificare il caso in cui amministratori particolarmente accorti abbiano già posto in essere idonee precauzioni per essere pronti a farvi fronte laddove tali circostanze di dovessero verificare), contemplan: modifiche dei trattati internazionali, crisi economiche locali o su più ampia scala, fibrillazioni dei mercati finanziari, ecc. Le seconde, invece, si collocano all’interno del sistema aziendale (e perciò risultano essere, in definitiva più facili da correggere delle precedenti) e si palesano nella veste di indicatori delle condizioni di salute dell’impresa, che emergono dall’analisi di documenti quali il bilancio di esercizio, il rendiconto finanziario e altri documenti di controllo della gestione.

a sei mesi, per i sei mesi successivi”. Tali indici potranno dirsi adeguati fintanto che saranno in grado di misurare “la sostenibilità degli oneri dell’indebitamento con i flussi di cassa che l’impresa è in grado di generare e l’adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi”²⁰⁶. Il secondo comma, invece, attribuisce al CNDCEC il compito di elaborare (tenendo conto delle migliori prassi nazionali e internazionali), con cadenza almeno triennale e con riferimento a ciascuna tipologia di attività economica prevista ai fini ISTAT, gli indicatori che, valutati complessivamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell’impresa²⁰⁷.

4.6.2 I soggetti legittimati e la procedura

I soggetti deputati all’avvio delle procedure di allerta provengono sia dall’interno sia dall’esterno della società. Si prende qui in analisi principalmente il ruolo svolto dagli organi societari, pur senza dimenticare che anche ai c.d. creditori pubblici qualificati (Agenzia delle Entrate, INPS e Agente della riscossione) viene attribuita dal C.C.I.I. la funzione di rilevare (constatando il superamento di determinati parametri e soglie, vedi infra, par: 6.1) la sofferenza dell’impresa e allertare l’OCRI²⁰⁸.

²⁰⁶ S. BASTIANON, *Early warning, allerta e probability of default nel nuovo Codice della crisi d’impresa*, in www.ilfallimentarista.it; R. RANALLI, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità*, in www.ilfallimentarista.it, l’Autore mette in guardia rispetto all’inadeguatezza dei parametri individuati dal legislatore, i quali, non hanno mai ricevuto dalla scienza aziendalistica attestazioni di fiducia circa la loro capacità di segnalare in modo incontrovertibile o anche solo probabile una situazione di crisi. “Il rischio di “falsi positivi” è dunque concreto e dovrebbe indurre il legislatore delegato ad un’estrema attenzione nell’individuazione degli indici in questione e delle relative soglie/livelli di rilevanza, anche per evitare di vincolare la conduzione gestionale delle imprese al rispetto di astratti parametri finanziari che, se non incidono sulla solidità dell’impresa, possono pregiudicarne la capacità di stare sul mercato e competere, con il rischio che venga prestata maggiore attenzione al rispetto di specifici parametri piuttosto che all’efficienza ed all’efficacia della gestione nel suo complesso”.

²⁰⁷ S. BASTIANON, *Early warning, allerta e probability of default nel nuovo Codice della crisi d’impresa*, in www.ilfallimentarista.it. Per una prima panoramica sugli indici di allerta, si veda la bozza elaborata dal CNDCEC, menzionata e commentata in : G. NEGRI, *Pronti i sette indici di allerta per l’emersione della crisi*, in *IlSole24Ore*, 11 settembre 2019. Il CNDCEC e il Cerved hanno già effettuato una serie di simulazioni per testare l’efficacia di tali indici, avendo ben presente che essi saranno chiamati ad operare in seno alle procedure di allerta, volte a “scongiorare il più possibile il fallimento con relativa distruzione della ricchezza”. La prova è stata effettuata su più di 568.000 bilanci: rispetto al totale delle imprese segnalate (che mostrano una rischiosità di insolvenza di oltre 16 volte più elevata rispetto a quella riscontrata nei casi non segnalati), poco più del 50% sono entrate in uno stato di insolvenza nei tre anni successivi, in G. NEGRI, *L’allerta intercetta la metà delle insolvenze*, in *IlSole24Ore*, 12 settembre 2019.

²⁰⁸ F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, p. 114 e ss., l’Autore evidenzia l’assenza di conseguenze sanzionatorie in caso di mancata segnalazione da parte degli allertanti interni, con la conseguenza che l’unica via di coercizione dell’agire degli organi di controllo si dispiegherà sul terreno della responsabilità (dando luogo ad un meccanismo che, per certi aspetti, richiama alla mente l’istituto anglosassone del *wrongful trading*); al contrario, i creditori pubblici qualificati (deputati all’allerta esterna in ragione della titolarità di crediti che di norma tutte le imprese sono tenute a onorare) scontano il rischio di subire, in caso di mancata segnalazione, una duplice conseguenza negativa: la perdita della natura privilegiata del loro credito (che avrebbe avuto rilievo in sede di riparti fallimentari dell’attivo a seguito della potenziale apertura di una procedura di liquidazione giudiziale) e il possibile sorgere di un titolo di responsabilità per danno erariale. In punto di allertanti esterni, si veda G. SANCETTA, A. I. BARATTA, L. SICURO, *Le misure di allerta: ruolo e funzioni dell’OCRI alla luce del nuovo testo del codice della crisi e dell’insolvenza*, in

Per poter mettere a frutto i preziosi flussi informativi che intercorrono tra i due soggetti, vengono dotati del potere propulsivo nell'ambito delle procedure di allerta sia l'organo di controllo interno (collegio sindacale, sindaco unico, consiglio di sorveglianza, nel sistema dualistico, e comitato di controllo sulla gestione, in quello monistico) sia l'organo di controllo esterno (revisore legale o società di revisione), "ognuno nell'ambito delle proprie competenze"²⁰⁹. Ai sensi dell'art. 14 del C.C.I.I., detti soggetti, se rilevano l'esistenza di fondati indizi di crisi²¹⁰, sono tenuti ad effettuare una segnalazione motivata (per iscritto e a mezzo PEC o comunque mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione) agli amministratori, fissando anche un congruo termine di massimo 30 giorni entro il quale questi ultimi devono riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese. L'organo di controllo, dopo aver sentito gli amministratori, potrebbe anche decidere di optare, se ritiene, per l'archiviazione. Tuttavia, conviene essere prudenti e munire detta archiviazione di motivazione e data certa, nonché comunicarla agli amministratori, per evitare che un domani possa essere contestata ai sindaci o al revisore una colpevole inerzia o negligenza nella fase di avvio della procedura, con conseguenze in termini di responsabilità risarcitoria. Nel caso in cui si verifichi, da parte degli amministratori, una omessa o inadeguata risposta entro il termine dato (di massimo 30 giorni) o la mancata adozione nei successivi 60 gg delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, gli allertanti interni devono informare l'OCRI (costituito presso la Camera di Commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa). Questo è il momento, si dice, in cui l'allerta interna (detta anche "informale") si rivolge verso l'esterno (trasformandosi in "allerta formale"), trasformando il procedimento da monofasico (*i.e.*: quando esso si blocca alla prima allerta e al dialogo tra organi societari) in bifasico: si dà infatti origine ad

www.ilfallimentarista.it, pp. 3-4, in cui gli Autori appuntano la sussistenza di una costante giurisprudenza di legittimità che qualifica il credito vantato dall'Agente della riscossione come chirografario, con la conseguente necessità di prevedere una diversa sanzione rispetto a quella della perdita del privilegio, che gli interpreti rinvengono nella inopponibilità del credito per spese e oneri di riscossione.

²⁰⁹ Anche al fine di consentire una proficua e approfondita analisi dell'adeguatezza degli assetti di cui, per opera degli amministratori, si è dotata la società, e della loro idoneità a consentire una rilevazione della crisi già nella fase della sua incubazione, assumono un ruolo indispensabile lo scambio di informazioni tra i due organi. Quest'ultimo, già immanente nell'ordinamento precedente alla riforma, è oggi disciplinato dall'art. 2409-septies cod. civ., "Il collegio sindacale e i soggetti incaricati della revisione legale dei conti si scambiano tempestivamente le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti.", in G. BUFFELLI, *Il nuovo ruolo degli organi di controllo nel contesto delle procedure di allerta*, in www.ilfallimentarista.it, pp. 9-10; sui risvolti applicativi dell'inciso che precisa che ciascuno dei due soggetti dovrà adempiere ai nuovi obblighi imposti *in fungendo munere suo* e sulla consequenziale evidenziazione del permanere di non irrilevanti differenze tra le attività di sindaci e revisori (che pure convivono sotto il medesimo ombrello della funzione di controllo), le quali derivano per lo più dal diverso oggetto cui lo stesso si rivolge (si veda *infra*, par: 6.5).

²¹⁰ Si fa riferimento ai primi segnali di sofferenza dell'impresa che non costituisce ancora *ex se* prova certa di uno stato di crisi. Per una approfondita analisi sulla natura, struttura e implicazioni del presupposto oggettivo, si vedano, *inter alia*: S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza*, cit., in www.ilcaso.it; G. LAZOPPINA, *La crisi di impresa*, cit., in www.ilfallimentarista.it; M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta*, cit., in *Corriere giuridico*, fasc. 5., 2019, pp. 653-670; R. RANALLI, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità*, in www.ilfallimentarista.it; A. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCI*, cit., in www.ilcaso.it. Si veda anche, *supra*, par: 4.6.1.

una seconda allerta, avente come destinatario un soggetto estraneo alla società (l'OCRI per l'appunto). All'organismo deve essere fornito ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga all'art. 2407, comma 1, cod. civ. che impone ai sindaci un obbligo di segretezza in merito a quanto appreso, in ragione del loro ufficio, con riferimento all'attività amministrativa²¹¹.

4.6.3 Le critiche

Sin d'ora, c'è chi si adopera per mettere in luce le possibili ombre e lacune del nuovo istituto. In primo luogo, molti lamentano l'eccesso di procedimentalizzazione e burocratizzazione della fase di *monitoring*: la procedura di allerta appare in alcuni punti molto macchinosa e comporterà un enorme sforzo di organizzazione da parte delle Camere di Commercio presso le quali saranno istituiti gli OCRI²¹². In secondo luogo, si dubita sulla capacità di dette misure, per come strutturate, di presentarsi agli occhi degli imprenditori non come una minaccia da cui difendersi, ma come un'opportunità di cui profittare, in qualità di strumento di supporto serio in un momento di difficoltà²¹³. Corroborata tali titubanze la previsione che permette al referente dell'OCRI di investire *ex officio* il Pubblico Ministero, al termine della procedura di composizione della crisi, nei casi in cui essa abbia un esito abortivo. Un ulteriore elemento che potrebbe prestare il fianco a possibili critiche inerisce al ruolo concreto che sarà chiamato a svolgere, in seno alle procedure di allerta, il revisore legale. Sul punto si registrano due opinioni contrastanti: ad avviso di alcuni, il revisore, quale esperto conoscitore delle tecniche di redazione dei bilanci, potrebbero impersonificare il soggetto più adatto e titolato per valutare la contabilizzazione dei fatti di gestione e evincere dagli indicatori di bilancio che è in atto una crisi, il tutto con tempi e modalità diverse rispetto agli amministratori e dunque, in alcuni casi (specie in imprese molto complesse come società con titoli quotati su mercati regolamentati), anche meglio e prima degli stessi. Così al fine di favorire l'emersione tempestiva della crisi non è essenziale tanto la funzione dei sindaci, quanto piuttosto quella di controllo contabile dei revisori legali²¹⁴. E a conferma di ciò, rileva la disciplina delle *procédures d'alerte et prévention* francese che pone al centro dei meccanismi di avvio il *Commissaire aux Comptes*. Altra parte degli interpreti, invece, prendendo le mosse dal fatto che il revisore legale non partecipa alle adunanze del consiglio di amministrazione e che egli non ha poteri di vigilanza *ex ante* sulla gestione e sugli assetti, ma svolge solo un controllo *ex post* sul bilancio di esercizio, danno conto del rischio che l'intervento di questo soggetto risulti il più delle volte intempestivo. In ultima analisi, il revisore legale, secondo questa tesi finirebbe per pretermettere la fase di dialogo endosocietario

²¹¹ F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, pp. 114 e ss.; P. RIVA, M. DIFINO, *Crisi d'impresa: obblighi e ruolo del collegio sindacale nelle segnalazioni di allerta*, in www.ipsoa.it.

²¹² F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, p. 13; A. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCI*, *cit.*, in www.ilcaso.it.

²¹³ F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, p. 13.

²¹⁴ G. BERTELOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, pp. 185 e ss., l'Autore evidenzia che, in conseguenza della normale idoneità degli amministratori di rendersi conto della crisi, finiscono per "essere rari i casi in cui gli organi di controllo avvertono gli amministratori circa la crisi senza che loro ne sapessero nulla. Il vero scopo è informare i gestori non di una crisi che gli stessi non abbiano percepito ma che la crisi (percepibile o percepita dagli amministratori) è risultata percepibile anche nella sfera dei controlli e per effetto dei controlli".

(c.d. allerta interna verso l'interno), dal momento che quando registrerà la significatività dei parametri misurati dal bilancio non ci sarà più tempo per una dialettica con gli amministratori. Così, passerà direttamente all'adizione dell'OCRI, adottando *modus procedendi* molto più simile a quello dei creditori qualificati che a quello dei sindaci²¹⁵.

Come notazione finale, si evidenzia come, in realtà, sarebbe opportuno sospendere, per il momento, qualunque giudizio e attendere l'esito della concreta applicazione dei nuovi istituti. Da un lato evitando ardite proposte di rettifica dell'ordito normativo appena apprestato dal legislatore e privilegiando una lettura *construens* delle nuove norme²¹⁶

4.7 L'Organismo di composizione della crisi (OCRI)

La legge delega già dettava criteri dettagliati per l'istituzione, presso ciascuna Camera di Commercio, degli Organismi per la composizione della crisi d'impresa (OCRI), ovverosia di collegi composti da tre esperti e deputati all'assistenza del debitore nella procedura di composizione della crisi²¹⁷. A tali organismi è affidato il compito, anzitutto, di ricevere le segnalazioni sia da parte degli organi sociali (c.d. allerta interna) sia da parte dei creditori pubblici qualificati (c.d. allerta esterna), e poi, di gestire la fase dell'allerta e di curare l'eventuale fase di composizione assistita della crisi²¹⁸.

Figura centrale è indubbiamente quella del referente (dotato anche di un suo ufficio costituito dal personale e dai mezzi messi a disposizione dell'OCRI e deputato ad effettuare le comunicazioni di sua competenza). Il referente, nella persona del segretario della Camera di Commercio (o di un suo delegato), è chiamato ad assolvere a due obblighi di garanzia: assicurare la tempestività del procedimento, vigilando affinché tutti i soggetti coinvolti rispettino i termini loro assegnati, e salvaguardare l'adeguatezza qualitativa della procedura²¹⁹.

Il collegio dei tre esperti²²⁰, invece, viene nominato di volta in volta dal referente, non appena pervenuta la segnalazione o l'istanza del debitore intenzionato ad accedere alla procedura di composizione assistita della crisi. Gli esperti devono essere iscritti all'Albo dei gestori della crisi e dell'insolvenza ex

²¹⁵ P. RIVA, M. DIFINO, *Crisi d'impresa*, cit., in www.ipsoa.it.

²¹⁶ M. FABIANI, *Il codice della crisi*, cit., in www.ilcaso.it.

²¹⁷ G. SANCETTA, A. I. BARATTA, L. SICURO, *Le misure di allerta*, cit., in www.ilfallimentarista.it, p. 3.

²¹⁸ G. SANCETTA, A. I. BARATTA, L. SICURO, *Le misure di allerta*, cit., in www.ilfallimentarista.it, p. 8; F. CESARE, *I rischi di eterogenesi dei fini nell'attività degli OCRI*, in www.ilfallimentarista.it, pp. 3-4.; S. BASTIANON, *Early warning*, cit., in www.ilfallimentarista.it, p. 5.

²¹⁹ G. SANCETTA, A. I. BARATTA, L. SICURO, *Le misure di allerta*, cit., in www.ilfallimentarista.it, p. 8; F. CESARE, *I rischi*, cit., in www.ilfallimentarista.it, pp. 3-4; P. RINALDI, *Il Collegio di Esperti dell'OCRI: arbitri, giocatori e guardalinee?*, in www.ilfallimentarista.it, che mette in luce come, mancando un apparato sanzionatorio specifico, eventuali adempimenti dei componenti dei collegi potranno essere colpiti, da parte del debitore e di terzi, solo seguendo le regole generali.

²²⁰ SANCETTA, A. I. BARATTA, L. SICURO, *Le misure di allerta*, cit., in www.ilfallimentarista.it, p. 9, gli Autori rilevano che in alcuni casi l'aver fissato a tre il numero di esperti che devono comporre il collegio potrebbe risultare una scelta sovradimensionata; per molte delle imprese di piccole e medie dimensioni potrebbe essere sufficiente un solo professionista, in mimesi alle più diffuse prassi che si sono formate nell'ambito del concordato preventivo e della canonica procedura fallimentare, sedi in cui la nomina di un organismo collegiale è prevista solo in relazione a imprese di grandi dimensioni.

art. 356 C.C.I.I., che raccoglie appunto una serie di soggetti particolarmente qualificati e dotati di particolari requisiti di professionalità²²¹. Tuttavia, fino all'istituzione dell'Albo, si applicherà una disciplina transitoria, ai sensi della quale i tre membri del collegio verranno nominati rispettivamente uno dal Presidente della Sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale (o da un suo delegato), uno dal Presidente della Camera di Commercio presso cui opera l'OCRI adito, e infine l'ultimo dal referente, sentito il debitore e scegliendo tra i soggetti iscritti nell'elenco trasmesso annualmente all'OCRI dalle associazioni rappresentative delle categorie imprenditoriali. Il collegio sceglie tra i propri componenti un presidente che nomina relatore se stesso o un altro membro. Il relatore ha il compito di acquisire e riferire i dati e le informazioni rilevanti.

Entro il giorno successivo alla nomina, i professionisti devono rendere all'OCRI, a pena di decadenza, l'attestazione della propria indipendenza, dando conto di non ricadere in cause di ineleggibilità o decadenza previste per i sindaci e i revisori (ex art. 2399 cod. civ.) e di non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi, da rapporti di natura personale o professionale²²². Oltre al requisito dell'indipendenza, viene anche richiesto di attestare la propria onorabilità, con riferimento a particolari reati ovvero alla comminatoria di sanzioni disciplinari previste dai singoli ordinamenti professionali²²³ (vedi infra, par: 7.2 e par: 8.2).

Dopo la costituzione del collegio ed entro quindici giorni lavorativi dalla ricezione della segnalazione o dell'istanza spontanea del debitore, viene fissata una data per l'audizione del debitore (che può anche decidere di non comparire) e degli organi di controllo societari (se esistenti), non è invece mai prevista la convocazione dei revisori legali. Secondo il disposto normativo dell'art. 18 C.C.I.I., la convocazione e l'audizione debbono essere improntate ai canoni della riservatezza e della confidenzialità. La *ratio* che si pone alla base di questo monito inerisce la volontà di evitare fughe di notizie e inutili allarmismi, che potrebbero pregiudicare l'immagine commerciale dell'impresa, la sua possibilità di accedere al credito e di intessere rapporti commerciali proficui con fornitori e clienti, rischiando così, per una sorta di eterogenesi dei fini, di aggravare lo stato di difficoltà anziché risolverlo²²⁴.

A seguito dell'audizione e dell'esame della documentazione, il collegio può approdare a tre possibili esiti: se non sussiste la crisi, se imprenditore non rispetta

²²¹ F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, pp. 132 e ss., l'Autore afferma che i componenti del collegio saranno scelti attingendo agli Albi di dottori commercialisti, esperti contabili, avvocati in possesso di specifica esperienza in crisi di impresa per aver svolto funzioni di commissario giudiziale attestatore o professionista presentatore della proposta in almeno tre procedure di concordato preventivo che abbiano superato la fase di apertura o almeno tre accordi di ristrutturazione che siano stati omologati; sul punto si vedano anche R. RANALLI, *Le procedure di allerta*, cit., in www.ilfallimentarista.it, pp. 6-7; CESARE, *I rischi*, cit., in www.ilfallimentarista.it, pp. 3-4.

²²² G. SANCETTA, A. I. BARATTA, L. SICURO, *Le misure di allerta*, cit., in www.ilfallimentarista.it, p. 8; F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, pp. 132 e ss.

²²³ G. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, p. 14.

²²⁴ LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, pp. 132 e ss., l'Autore sottolinea anche che la cautela della riservatezza viene prevista a beneficio dell'imprenditore che vi può appunto rinunciare, per esempio facendosi accompagnare da un professionista di sua fiducia. Per un approfondimento sul tema della confidenzialità si veda: R. RANALLI, *Le procedure di allerta*, cit., in www.ilfallimentarista.it, p. 3.

i requisiti soggettivi ovvero in caso di avvenuta compensazione di crediti vantati verso la Pubblica Amministrazione tali da non consentire più il superamento delle soglie minime, si opterà per l'archiviazione della questione. In caso contrario, se dalla valutazione dei dati acquisiti si conferma la sussistenza degli indizi di crisi ma ancora l'imprenditore non ha deciso se accedere o meno a una procedura concorsuale giudiziale di risoluzione della crisi, ai sensi dell'art. 18, comma 4, del C.C.I.I., il collegio individua con il debitore le misure possibili per porre rimedio e fissa un termine entro il quale il debitore deve riferire sulla loro attuazione. Di fatto l'OCRI concede all'imprenditore un termine ulteriore per vagliare se ci sia la possibilità di risolvere la crisi senza l'assistenza del collegio, vale a dire mediante la semplice adozione di misure riorganizzative dell'attività imprenditoriale, interne alla stessa impresa; se poi imprenditore non ottempera, il referente lo comunica a segnalanti. Infine, è possibile che il collegio dia avvio ad una procedura di composizione assistita della crisi a carattere stragiudiziale o ad un procedimento di soluzione concordata della crisi di carattere giudiziale²²⁵.

L'art 5 C.C.I.I. impone poi una serie di doveri specifici a carico dei componenti degli organismi e dei collegi. Ai sensi di detto articolo, membri effettivi, referenti e personale dei relativi uffici sono tenuti ad osservare un obbligo di riservatezza con riguardo a tutte le informazioni di cui sono entrati in possesso nell'esercizio delle loro funzioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio. Il segreto professionale funge da contraltare all'obbligo di *discovery* cui è tenuto il debitore²²⁶. Si noti anche che la Commissione giustizia della camera dei deputati ha infatti suggerito al Governo di affiancare al dovere di riservatezza uno strumento per poterne garantire in ogni sede l'attuazione: non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle info acquisite nell'esercizio delle loro funzioni né davanti all'Autorità Giudiziaria né dinanzi ad altra autorità. Così, si estendono loro le prerogative che il codice di procedura penale prevede per i difensori²²⁷ e che il Dlgs. n. 28 del 2010 prescrive a favore

²²⁵ Sui possibili esiti si vedano: S. BASTIANON, *Early warning*, cit., in www.ilfallimentarista.it, pp. 8-9; F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, pp. 130 e ss., l'Autore appunta che qualora il debitore non voglia assumere nessuna iniziativa finalizzata al superamento della crisi, l'OCRI segnala tale fatto ai soggetti qualificati che avviarono la procedura di allerta (*i.e.*: sindaci, revisori e creditori pubblici qualificati).

²²⁶ L'art 14, comma 2, ult. parte, C.C.I.I. impone a sindaci e revisori che adiscono l'OCRI, a causa dell'omessa, inadeguata o tardiva (*i.e.*: oltre il termine fissato, comunque mai superiore a trenta giorni) risposta ovvero mancata adozione dei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per il superamento della crisi, da parte degli amministratori, di fornire allo stesso ogni elemento utile per le sue determinazioni, anche derogando all'obbligo di segretezza *ex art.* 2407, comma 1, seconda parte, cod. civ.. Per un riferimento in dottrina si veda G. FAUCEGLIA, *op. cit.*, Torino, 2019, pp. 12-13, ove l'Autore mette anche in luce che, a supporto degli obblighi suddetti, le nomine dei professionisti che compongono gli organismi e i collegi preposti alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi vengono effettuate dall'Autorità Giudiziaria e sono improntate a criteri di trasparenza, rotazione e efficienza.

²²⁷ Si fa particolare riferimento agli artt. 103 e 200 c.p.p.. Nel primo si stabilisce che ispezioni e perquisizioni negli uffici dei difensori siano consentite solo in due casi: quando i difensori stessi o altri soggetti che prestano stabilmente la loro attività in detti luogo sono imputati (con il doveroso rispetto del limite di indagare solo ai fini dell'accertamento del reato loro attribuito) e quando serve rilevare tracce o altri effetti materiali di reato ovvero ricercare cose o persone determinate. Inoltre, prima di eseguire ispezioni, perquisizioni o sequestri presso gli uffici di un difensore, l'Autorità Giudiziaria è tenuta ad avvisare il consiglio dell'ordine forense del luogo (al fine di permettere al

ai mediatori²²⁸. Lo scopo perseguito da queste disposizioni è quello di non ledere il rapporto debitore-organismo, essendo esso prodromico al buon funzionamento del sistema di allerta. Il debitore, se temesse una fuga di notizie, sarebbe ancora meno incentivato all'ostensione della crisi e al dialogo con l'OCRI²²⁹.

Si esplicitano ora alcuni punti critici concernenti le modalità di funzionamento e costituzione dell'OCRI e del collegio di esperti che in seno ad esso è chiamato ad operare. In primo luogo, si dà conto del fatto che molto probabilmente le Camere di Commercio arriveranno poco preparate al Ferragosto 2020, data in cui entreranno in vigore le norme in materia: si corre infatti il rischio che le stesse non siano in grado di gestire gli ingenti oneri organizzativi per strutturare al loro interno gli Organismi. Un ulteriore problema deriva dall'aver inserito nella disciplina alcune norme volte ad incentivare l'adesione dell'OCRI, ma che potrebbero condurre al cospetto dello stesso situazioni di crisi in realtà inesistenti (c.d. "falsi positivi")²³⁰. In questo modo, l'allerta rischia di trasformarsi, da strumento volto a porre rimedio alla crisi, in fattore di generazione- o degenerazione- delle difficoltà²³¹. Infine, si appunta la

presidente o a un consigliere da lui delegato di assistere alle operazioni). Infine, non sono consentite intercettazioni di conversazioni o comunicazioni tra i difensori e i loro assistiti ed è altresì fatto divieto di sequestrare ovvero controllare con qualunque altro mezzo, anche atipico, la corrispondenza tra imputato e difensore (salvo che sussista fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato). Le informazioni carpite in violazione di quanto detto saranno intrascrivibili e inutilizzabili. Dal canto suo, invece, l'art. 200 c.p.p., concerne il segreto professionale e prevede a favore dei soggetti su cui esso ricade l'impossibilità di essere obbligati a deporre in relazione di quanto conosciuto per via della loro funzione e posizione.

²²⁸ Dlgs. n. 28 del 4 marzo 2010, recante *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, testo completo disponibile su www.gazzettaufficiale.it. In particolare, si fa riferimento agli artt. 9 e 10 del Decreto. Nel primo, rubricato "Dovere di riservatezza", richiamato anche agli artt. 3 e 16, comma 3, del medesimo testo di legge, si stabilisce che "Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo" e che "rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti". Nel secondo, invece, si entra nel merito dei temi dell'inutilizzabilità delle informazioni riservate e del segreto professionale che si impone ai mediatori nell'espletamento del loro incarico e, ricalcando la *ratio* delle disposizioni procedurali-penalistiche espresse nella nota precedente (il cui raggio di applicazione- seppur con la clausola di salvezza della previa verifica di compatibilità- si estende fino ad abbracciare le figure dei mediatori ai sensi del secondo comma di detto art. 10 del Decreto), si prevede che "Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sul contenuto delle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio" e che "Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità [...]".

²²⁹ F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, pp. 92 e ss.

²³⁰ Il riferimento è lampante: si veda l'esenzione prevista all'art. 14, comma 3, C.C.I.I. e trattata *funditus* al par: 6.3.2.

²³¹ CESARE, *I rischi*, cit., in www.ilfallimentarista.it, p. 4. L'Autore propone un possibile rimedio al problema dei "falsi positivi": confidare che il collegio di esperti si avveda dell'insussistenza della crisi e opti per la via dell'archiviazione, affidandosi, magari alle analisi svolte dall'esperto nominato

necessità di coordinare l'ambito di operatività dell'OCRI con quello dell'OCC²³² e di tener conto delle esclusioni soggettive previste dal legislatore e coinvolgenti le società quotate e le grandi imprese²³³.

dal referente. Questi è scelto fra i soggetti inseriti nell'elenco fornito dalle associazioni di categoria vicina all'imprenditore ed è una figura, molto simile ad un arbitro di parte.

²³² G. SANCETTA, A. I. BARATTA, L. SICURO, *Le misure di allerta*, cit., in www.ilfallimentarista.it, cit., p. 8: gli OCC sono "organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento disciplinati dal Decreto del Ministro della giustizia del 24 settembre 2014, n. 202 e successive modificazioni".

²³³ R. RANALLI, *Le procedure di allerta*, cit., in www.ilfallimentarista.it, cit., p. 5: "La motivazione dell'esclusione risiede nel fatto che le società quotate e le grandi imprese hanno strumenti interni di allerta atti ad intercettare tempestivamente uno stato di crisi prospettica. Non è un caso che le realtà quotate e quelle caratterizzate da maggiore rigore nell'applicazione dei principi contabili abbiano attivato tavoli di ristrutturazione quando non si era ancora in presenza di uno scaduto patologico di qualsivoglia sorta". Si veda anche P. RINALDI, *Procedure di allerta: è necessario il riassetto organizzativo delle imprese*, in www.ipsoa.it, ove si afferma che le imprese di grandi dimensioni sono già dotate di assetti sufficienti a far emergere la crisi, senza la necessità di prevedere degli specifici obblighi di segnalazione in capo agli organi sociali.

Capitolo 3. L'ordinamento francese

5. L'ordinamento francese: il senso di una comparazione

Per stessa ammissione di quanti parteciparono alle Commissioni redattrici della Riforma- e *in primis* del Presidente della stessa, Renato Rordorf- l'ordinamento francese costituisce il principale modello al quale si volse lo sguardo per delineare i contorni delle neointrodotte procedure di allerta e composizione assistita della crisi. Come sempre si dovrebbe fare all'atto di importare nel proprio ordinamento un istituto nato in un contesto giuridico straniero, non si omise di effettuare un primo raffronto tra l'ordinamento francese e quello italiano, al fine di appurare la non sussistenza, tra i due contesti giuridici, di differenze così numerose ed ampie da rendere irrimediabilmente fallimentare- e dunque non auspicabile- il trapianto o l'imitazione degli istituti d'oltralpe. È subito stato possibile rinvenire una comune impostazione degli istituti basilari dei due sistemi, essendo Italia e Francia culture giuridiche figlie di un unico genitore- il diritto romano- che ispirò il *Code Napoléon* e, successivamente, il *Code Civil* e il Codice Civile del 1942²³⁴.

Perciò, ci si potrebbe chiedere che senso abbia effettuare, ora, un'ulteriore comparazione con l'ordinamento francese, che vada oltre la mera didascalica esposizione dei dati già raccolti e dei risultati già raggiunti dal lavoro di raffronto di cui si è appena detto e che fu svolto dai comparatisti, prima e durante la redazione della Riforma. Si parta dalla seguente premessa metodologica: quando ci si interroga sulla *ratio* sottesa da una determinata scelta legislativa, non si può che adottare un approccio in qualche modo finalistico e teleologico. In altre parole, sono i fini cui tende la disciplina che si devono indagare; ci si deve chiedere: quali interessi ha voluto proteggere il legislatore? E questo vale anche- e forse soprattutto- in sede di comparazione tra ordinamenti. Così, solo qualora si desuma, dall'analisi dell'ordinamento straniero, che gli interessi protetti sono i medesimi, si potrà far discendere dalla comparazione un'esortazione per il legislatore nostrano nel senso di trarre spunto da tale disciplina, per integrare, modificare, correggere o perfezionare la propria. In tutti gli altri casi- vale a dire qualora si arrivi alla conclusione per cui i fini perseguiti sono eterogenei- si potrà comprendere che i due legislatori hanno optato a buon diritto per soluzioni diverse e che non avrebbe senso, anzi sarebbe irrazionale e controproducente, voler appiattare l'una disciplina sull'altra, incoraggiando o imponendo una mimesi alla quale correttamente e saggiamente, *ab origine*, non ci si era voluti piegare.

Conviene dunque procedere ad una disamina dei punti cardinali della disciplina delle *procédures d'alerte et de prévention*, percorrendo i medesimi

²³⁴ Relazione tenuta da M. ROSSI, in occasione dell'*workshop* organizzato dall'ODCEC Milano e in particolare dalla SAF (Scuola di Alta Formazione) Luigi Martino, *L'efficacia delle legislazione sulla crisi d'impresa; le prospettive della "procédure d'alerte"*, Milano, 27 giugno 2013, in A. PELLEGGATTA, *Prevenzione della crisi di impresa*, cit., in www.iudicium.it. L'Autore precisa, tuttavia, che "il contesto normativo francese ha sicuramente attinto a una forte componente cartesiana dalla tradizione culturale d'oltralpe. Regole e procedure francesi sono pregne di una spiccata connotazione pratica che si è sempre evoluta rapidamente per adattarsi alle esigenze di contesto". Esempio paradigmatico di tale attitudine è fornito dal medesimo *Code de Commerce*, il quale, pur risalendo addirittura al 1563, costituisce un "corpo normativo in continua evoluzione che cerca di rispondere alle necessità effettive, ascoltando gli imprenditori e restituendo strumenti semplici e di immediata applicabilità".

elementi che sono stati analizzati con riferimento alle norme di recente introduzione (vedi *supra*, par: 4). Lo scopo sarà quello di cercare di mettere in luce in quali casi sussista, tra Italia e Francia, un'omogeneità tra gli interessi ritenuti meritevoli di tutela, e in quali altri casi, invece, la distanza presa dalla disciplina italiana, rispetto al progenitore francese, sia fondata su una- si spera consapevole- intenzione del nostro legislatore di perseguire fini diversi e proteggere interessi altri rispetto a quelli che fecero da guida al legislatore transalpino. Solo dopo aver effettuato questa analisi si potrà guardare indietro, al lavoro fatto dalla Commissione Rordorf, per cercare di meglio comprendere la correttezza o meno di una scelta d'imitazione molto stringata ovvero di un totale distacco dal modello di riferimento; ed invero, si potrà anche, *de iure condendo*, stabilire in quali casi possa aver senso un incoraggiamento a modifiche mimetiche e in quali altri, al contrario, a mutamenti in senso di distacco.

5.1 *Les procédures d'alerte et la prévention pour les entreprises en difficulté*: un'introduzione generale

La disciplina francese sulla crisi di impresa e sugli strumenti per prevenirla è frutto di numerosi interventi normativi. Inizialmente, il problema della prevenzione interna diede origine a soluzioni giuridiche particolari: da un lato erano state previste le figure dei censori²³⁵; dall'altro, i consigli di sorveglianza extralegali. Poi, verso la fine anni '60, si introdusse il concetto di *entreprise en difficulté*, insieme con una procedura di recupero²³⁶. È quindi la volta del celebre

²³⁵ P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *Entreprises en difficulté- Prévention, redressement et liquidation judiciaires*, Paris, 1994, p. 23 e ss. In merito al ruolo dei *censeurs* si veda *funditus* F. BASDEVANT, A. CHARVÉRIAT, F. MONOD, *La Guide de l'Administrateur de société anonyme*, Paris, 1995, pp. 27 e 109, in cui gli Autori spiegano che i censori non sono previsti da alcun testo normativo e che, al contrario, essi sono frutto di una creazione della prassi, che permette agli statuti sociali di autorizzare la creazione di un collegio di censori (prevedendone composizione, remunerazione e incarico). I *censeurs* saranno chiamati a fornire il loro punto di vista e sostegno alla società, pur non essendone amministratori: evitando di sovrapporsi, nell'esercizio della loro funzione- che potremmo definire come consultiva- a quelle degli altri organi sociali, essi partecipano alle sedute del Consiglio di amministrazione, con una mera *voix consultative et non délibérative*. Si evidenzia anche che non di rado siano proprio i soci di minoranza a scegliere di ricoprire questa posizione, che permette loro di seguire da vicino l'evoluzione della società e di esprimere il loro parere. La contropartita è costituita dal rischio di essere qualificati- in sede giudiziaria- come amministratori di fatto, andando così incontro a ben più gravose conseguenze in termini di responsabilità.

²³⁶ Il passaggio da *droit de la faillite* a *droit des entreprises en difficultés* si trova, in nuce, nella Legge n. 563, del 13 luglio 1967, e nel suo Decreto applicativo, Decreto n. 1120, del 22 dicembre 1967, in C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 9 e ss. Gli autori mettono in luce il centrale tema del cambio di mentalità: esigenza sentita e auspicata anche dal legislatore nostrano, conscio del fatto che essa costituisca presupposto infungibile per ottenere un profondo e duraturo successo degli istituti normativamente innestati nel quadro giuridico del diritto d'impresa. Il *changement des mentalités*, di cui spesso parla la dottrina francese, consiste in una vera e propria evoluzione psicologica che prende le sue mosse in tempi molto risalenti. Anche in Francia- figlia come l'Italia, del diritto romano e ricettrice delle medesime istanze in epoca Medievale- le procedure collettive, ai loro albori, erano viste come occasione per sanzionare i falliti: traditori della fiducia dei loro pari e perciò meritevoli di essere estromessi dal circuito commerciale. Sarà solo con la fine del IX secolo che, alla luce della crescente complessità del mondo degli affari e della sempre maggiore concorrenza sia nazionale che internazionale, comincerà a diffondersi un atteggiamento di indulgenza nei confronti degli imprenditori. Non a

Rapporto Sudreau, il quale constava di un intero capitolo intitolato *Prévenir les difficultés et aider les entreprises à y faire face*²³⁷, tanto che numerosi interpreti individuano proprio nel momento della sua redazione (correva l'anno 1975) la nascita della c.d. "cultura della prevenzione"²³⁸. Tale Rapporto ispirò un primo Disegno di legge²³⁹, che però non fu mai discusso in Senato, nonostante fosse stato approvato dall'Assemblea Nazionale²⁴⁰. Ben lungi dall'essere indebolita dall'esito abortivo di questo primo progetto, la forza del Rapporto Sudreau si perpetuò nel tempo, facendosi largo fra le menti di sempre più numerose schiere di giuristi. Si arrivò, così, alla Legge del 1° marzo 1984 nn. 84 e ai suoi Decreti applicativi nn. 85 e 98, del gennaio 1985²⁴¹. Finalmente, furono introdotte le procedure di allerta, ed insieme ad esse si potenziarono i sistema di informazione *prévisionnelle*²⁴² e si regolarono le procedure di composizione negoziale della crisi. Questi interventi normativi resero manifesto come la *prévention* costituisse per la Francia un *premier impératif*²⁴³; il legislatore era fermo nell'intenzione di mettere in campo tutti gli strumenti disponibili per implementare l'insegnamento contenuto nel Rapporto Millon: *s'attaquer aux racines du mal, sans en attendre les manifestations*²⁴⁴. Dalla lettura dei testi normativi, si evince, a chiare lettere, come non fossero stati creati nuovi organi sociali, puntando piuttosto sul potenziamento e riadattamento delle funzioni di quelli già esistenti, e come non si mirasse al proporre decisioni di carattere gestorio puntuali (ben consci dell'inesistenza di ricette preconfezionate per lottare contro le difficoltà d'impresa), bensì alla costituzione di un meccanismo che permettesse agli

caso lo scopo di molte riforme in materia è costituito proprio dal tentativo di "s drammatizzare le misure e le procedure offerte agli imprenditori dal legislatore" (C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 37).

²³⁷ Trad. (a cura dell'Autrice): "Prevenire le difficoltà e aiutare le imprese a farvi fronte".

²³⁸ "*Prévenir plutôt que guérir*" era il principale insegnamento della dottrina della prevenzione, che esortava a prodigarsi per la creazione di indici di allerta per consentire agli amministratori di misurare il rischio di fallire, al fine di evitare la *cessation des paiements*, la quale non fa altro-nella quasi totalità dei casi- che condurre a procedure giudiziarie gravose e onerose, in C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *op. cit.*, 2018, pp. 9 e ss.

²³⁹ Disegno di legge n. 974 del 1979, presentato da M. BARRE.

²⁴⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 81-124.

²⁴¹ Tutti i testi completi sono disponibili su www.legifrance.gouv.fr. In particolare, la Legge del 1° marzo 1984, relativa *À la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*, viene definita come il vero *tournant* dell'impostazione del diritto fallimentare francese, in C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *op.cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 9 e ss.

²⁴² L'informazione *prévisionnelle* consiste in una serie di documenti che vengono comunicati solamente al *Commissaire aux Comptes*, al *Comité d'entreprise* e al *Conseil de surveillance* (e poi anche ai soci in occasione dell'assemblea generale annuale mediante apposita relazione predisposta dagli amministratori; si veda infra, nel proseguo del paragrafo). Tali documenti a differenza di quelli che compongono la contabilità tradizionale non hanno una visione retrospettiva bensì danno info sull'avvenire dell'impresa conferendo ai suddetti soggetti un potere-dovere di allerta qualora da essi emergano "fatti di natura tale da compromettere la *continuité de l'exploitation*". Essi non sono sottoposti a pubblicità, al fine di non creare pericolosi allarmismi (si veda infra, par: 7.2 e 8.1).

²⁴³ *Intervention* di PH. HOUILLON, *JOAN*, 23-11-93, p. 6165.

²⁴⁴ *Rapp. Millon*, AN 1979-1980, n. 1106, p. 5; trad. (a cura dell'Autrice): "appigliarsi alle radici del male, senza attenderne le manifestazioni"

amministratori di assumere le loro decisioni in condizioni di consapevolezza²⁴⁵. In altre parole, lo scopo delle procedure di allerta è quello di attirare l'attenzione sui pericoli che stanno minacciando l'impresa: qualcuno grida "Al fuoco!" in modo sempre più forte, finché tutti gli interessati -vale a dire amministratori e soci, e se possibile solo costoro, al fine di non allarmare i terzi, nuocendo così al credito e alla reputazione dell'impresa (vedi infra, sul tema della confidenzialità, par: 5.6 e par: 8.1)- non abbiano sentito. Si spera in questo modo di provocare un dialogo in seno all'impresa, nella speranza che da questa discussione possa derivare una reazione proattiva da parte degli organi sociali, suscettibile di essere tanto più efficace quanto più sarà precoce²⁴⁶. Dopo la Riforma del 1984 si susseguirono una serie di interventi normativi volti ad affinare il funzionamento delle procedure, senza però incidere sulle loro finalità di base²⁴⁷.

Oltre alle procedure di allerta, vale a dire alla c.d. "allerta in senso stretto", non si deve dimenticare che anche l'ordinamento francese conosce altre vie di *prévention des difficultés*, tese a far prendere coscienza all'imprenditore dei rischi che minacciano di distruggere la sua impresa²⁴⁸. Tutte constano di un comune denominatore: lo sforzo di evitare il fallimento- o quantomeno il peggioramento delle difficoltà che si sono riscontrate- si iscrive all'interno dell'iniziativa imprenditoriale²⁴⁹. Così, sarà in primo luogo l'imprenditore ad essere chiamato a prendere una serie di precauzioni contabili. Alla contabilità *traditionnelle* (retrospettiva e posta a beneficio dei soci e dei risparmiatori, che rimane

²⁴⁵ P. LE CANNU, J.-M. LECHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 25: "Le procedure creano una comunicazione tra i responsabili della gestione e coloro che sono incaricati di controllarla". Si veda anche anche: G. GUÉRY, *Prévention et traitement des difficultés des entreprises*, Paris, 1995, pp. 5 e ss.

²⁴⁶ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 43-63, in cui l'Autore riafferma come il modo migliore per risolvere le difficoltà di un'impresa sia quello di "*tuer dans l'œuf*"- letteralmente: "ucciderle dentro l'uovo"- e, in un altro passaggio, riprende la formula di PR. MESTRE- che in modo tutt'altro che innovativo crea un parallelismo tra imprese in crisi e pazienti da curare- secondo la quale "è verso la via della medicina naturale e delle terapie dolci che il legislatore vuole condurre amministratori e soci".

²⁴⁷ Tra le principali si citano: la Riforma del 10 giugno 1994, attraverso la quale il legislatore generalizza l'applicazione delle procedure di allerta alle nuove persone giuridiche, in P. LE CANNU, *La loi du 10 juin 1994 sur les entreprises en difficulté, Aspects de droit des sociétés, Bull. Joly*, 1994, p. 784; la Legge n. 845, del 26 luglio 2005, (meglio conosciuta come *Loi de sauvegarde des entreprises*), con la quale si organizza l'intervento del Président du Tribunal de Commerce, il quale diviene un soggetto centrale in materia di prevenzione; l'*ordonnance* n. 1345, del 18 dicembre 2008, recante *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, e l'*ordonnance* n. 326, del 12 marzo 2014, recante *Réforme de la prévention de difficultés des entreprises et des procédures collectives*, le quali apportano modifiche alla procedura di allerta avviata dal *commissaire aux comptes*, in C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÉRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018; la Legge n. 1691, del 9 dicembre 2016, (meglio conosciuta come *Loi Sapin 2*); la Legge n. 486, del 22 maggio 2019, (meglio conosciuta come *Loi Pacte*).

²⁴⁸ Queste ulteriori modalità si pongono nell'ottica della c.d. médecine préventive. L'adagio "*un homme averti en vaut deux*"- letteralmente: "un uomo avvertito ne vale due"- assume nel campo della crisi di impresa una pregnanza tutta particolare: serve avvisare l'imprenditore o gli amministratori delle difficoltà che minacciano la prosecuzione dell'attività imprenditoriale nel tentativo di rompere quel circolo vizioso per cui di fronte alla refrattarietà di prendere atto e ammettere le proprie difficoltà, si finisce aggravare ancor di più- e spesso in modo irreversibile- la situazione di dissesto, in F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 43-63

²⁴⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÉRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 9 e ss.

comunque preziosa per conoscere la situazione finanziaria dell'impresa²⁵⁰), si affiancano i *comptes prévisionnelles*, definiti come una sorta di "*tableau de borde*"²⁵¹ e contenenti informazioni aleatorie e relative, ma pur sempre indispensabili per facilitare la comprensione delle prospettive di avvenire dell'impresa ed incitare i responsabili a prendere gli opportuni provvedimenti in tempo utile. Segnatamente, soci e amministratori sono i principali destinatari di tali informazioni prognostiche: i primi le sfruttano per indirizzare e determinare in modo consapevole il proprio voto; i secondi, per assicurarsi una corretta percezione del rischio (che trova alla sua base una approfondita comparazione dei vari risultati nel tempo, nonché una comprensione ragionata dell'avvenire sociale)²⁵². Gli adempimenti in tema di contabilità non si fermano certo alla redazione della documentazione: sulla via della prevenzione, ritroviamo anche gli obblighi di deposito in cancelleria dei conti sociali e il dovere di analisi degli stessi da parte degli amministratori²⁵³, che sono tenuti a commentare le informazioni previsionali, redigendo rapporti scritti (da portare a conoscenza, entro otto giorni, del *commissaire aux comptes*, del *Comité social et économique*²⁵⁴ e del *Conseil de surveillance*) sull'evoluzione dell'impresa, i quali completano e commentano le informazioni date nei documenti e descrivono le convenzioni contabili adottate, i metodi utilizzati e le ipotesi fatte, giustificandone la pertinenza e la coerenza²⁵⁵. Dal canto suo, invece, l'obbligo di deposito dei *comptes sociaux* presso la Cancelleria (*Grefte*), si inserisce nell'ambito della prevenzione attuata a partire dall'esterno dell'impresa: spesso, infatti, gli amministratori non vogliono vedere gli indici di crisi e preferiscono non attivarsi

²⁵⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 81-124.

²⁵¹ *Dossier de gestion pour les PME*, elaborato dall'Ordre des experts-comptables et comptables agréés, in *Economica*, 1984, *cit.*, p. 25.

²⁵² F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 43-63; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 81-124; V. BOURGNAUD, *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 1995, pp. 7-27, l'Autrice enumera i sei *documents prévisionnels* imposti dalla normativa francese. Per un approfondimento dei rispettivi contenuti, si vedano Y. CHAPUT, *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, Paris, 1986, pp. 27 e ss. e J. HILAIRE, *La formation du commissaire aux comptes. De la surveillance par les actionnaires à la certification*, in A. SAYAG (a cura di), *Le commissaire aux comptes. Renforcement ou dérive?*, Paris, 1989, pp. 15 e ss.: i primi tre documenti (situazione dell'attivo realizzabile, situazione dell'attivo disponibile e situazione del passivo esigibile) sono di fatto documenti retrospettivi, salvo quello relativo all'attivo realizzabile che assume una colorazione parzialmente ipotetica, stante il fatto che l'attivo è ancora da liquidare e il prezzo non è ancora certo. Il quarto (*tableau* o prospetto di finanziamento) permette di capire come nel corso dell'esercizio le risorse a disposizione dell'impresa hanno permesso di far fronte ai bisogni e che giustifica l'evoluzione del patrimonio e della tesoreria. Ed infine, i veri e propri documenti previsionali: il *compte de résultat prévisionnel* e il *plan de financement prévisionnel*; in merito a quest'ultimo si appunta che la qualificazione normativa di documento previsionale si pone, in definitiva come un pleonasma, stante la sua natura di piano, in cui si precisano scopi, mezzi e risorse necessarie al fine di operare nella sicurezza di conservare un equilibrio finanziario, con riferimento ad un lasso di tempo futuro, dai tratti delineabili in modo solo probabile e mai completamente certo.

²⁵³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 81-124.

²⁵⁴ Il *Comité sociale et économique*, ad opera dell'*ordonnance* n. 1386, del 22 settembre 2017, viene posto in sostituzione dei *Comités d'entreprise* e dei *délégués du personnel*. Si veda: S. BEAL, M. MARGUERITE, *Comité social et économique, Attributions*, JCP éd E, 2017, n. 1587.

²⁵⁵ P. LE CANNU, *L'amélioration de l'information au sein de l'entreprise*, RJP Com., 1986, n. spécial février 1986, p. 8; J. HILAIRE, *La formation du commissaire aux comptes. De la surveillance par les actionnaires à la certification*, in A. SAYAG (a cura di), *op. cit.*, Paris, 1989, pp. 15 e ss.

per affrontare la situazione, annichilendosi all'interno di un meccanismo di abnegazione e stasi che non può che condurre ad esiti poco auspicabili. Divengono così importanti le informazioni contenute nei vari registri tenuti dalla Cancelleria, alle quali, *in primis*, può avere accesso il *Président du Tribunal*, che potrà così avere una visione di insieme sulla situazione di ogni impresa, decidendo se agire per far emergere eventuali difficoltà (vedi *infra*, par: 5.4)²⁵⁶. Non si può non notare come tali disposizioni abbiano un effetto perverso: da un lato, esse vengono presentate come idonee a prevenire la crisi di impresa, fornendo dati sul potenziale sorgere di difficoltà; dall'altro, però, essi comportano l'inevitabile pubblicizzazione di tali difficoltà, con il rischio di sferrare un colpo mortale alla reputazione commerciale dell'impresa e non permetterle di proseguire la sua attività²⁵⁷. La prevenzione si gioca poi anche mediante la predisposizione di una serie di "barriere all'entrata dell'universo spietato delle imprese"²⁵⁸: così il legislatore ha cercato di investire sulla formazione degli imprenditori²⁵⁹ e ha innalzato l'ammontare di capitale minimo legale, al fine di far sì che le imprese neo costituite inizino il loro cammino nel mondo degli affari con un maggiore livello di fondi propri, dal quale, nelle intenzioni del legislatore dovrebbe derivare una accresciuta stabilità economico-finanziaria²⁶⁰. Infine, non si può trascurare l'importanza dell'obbligo che incombe sugli amministratori di agire nell'interesse sociale: se è innegabile che ogni impresa abbia interesse ad operare in modo prospero e proficuo, è chiaro che gli amministratori non possano limitarsi ad astenersi dall'anteporre i propri interessi a quelli della società, bensì debbano anche adoperarsi per evitare, per quanto possibile, il fallimento della società e- ancor prima- il progressivo aggravarsi delle difficoltà²⁶¹. La predisposizione di ulteriori vie, *a latere* delle procedure di allerta, ci permette di capire che la prevenzione della crisi di impresa non è un obiettivo al quale si può

²⁵⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 81-124. Tra questi registri si menzionano, in particolare: il *Registre du Commerce et des Sociétés*, che costituisce una sorta di anagrafe delle imprese, contenendo una serie di dati fondamentali in riferimento a ciascuna di esse (statuto, principali operazioni effettuate, conti sociali, rapporti dei *commissaire aux comptes*, perdite del capitale sociale...); i *Registres des potêts*, che contengono informazioni trasmesse da notai e ufficiali giudiziari; i *Registres des sûretés*, tra cui in particolare il *Registre des privilèges généraux du Trésor Public et de la Sécurité Social*; tutti i registri gestiti dalla *Publicité foncière*, dalle *Chambres de Commerce et d'Industrie* e dalla *Banque de France*.

²⁵⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 81-124.

²⁵⁸ F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, *cit.*, p. 45.

²⁵⁹ F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 43-63. Si segnala un interessante passaggio in cui l'Autore si chiede, in modo un po' provocatore, se questa istanza non possa- quantomeno da certi punti di vista- essere letta come il germe di una sorta di "permesso di fare impresa", quasi come se solo coloro che potranno dimostrare di essersi formati e di aver pertanto acquisito le necessarie competenze per guidare un'impresa attraverso le insidie e le fasi alterne del mercato potranno ottenere una sorta di concessione ad esercitare la loro attività di imprenditori, si potrebbe dire "qualificati". Più latamente, si veda: F.-M. GIOCANTI, *Un contexte préoccupante et un constat accablant*, in G. BLANC (a cura di), *La prévention des difficultés des entreprises. Analyse des pratiques juridiques*, Aix-Marseille, 2004, pp. 117-122: al momento della creazione di un'impresa si esorta a rendere obbligatoria l'informazione dell'imprenditore in merito alle varie modalità previste per prevenire le difficoltà, affinché egli possa condurre la sua intrapresa in modo quanto più possibile consapevole, anche- e soprattutto- in fase di crisi e pre-crisi.

²⁶⁰ F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 43-63

²⁶¹ D. GIBIRILA, *Le dirigeant de société*, Paris, 1995, pp. 340 e ss.

giungere con un solo ed unico mezzo. Al contrario, plurimi sono gli aspetti che si affiancano l'uno all'altro e che cooperano e si intersecano per condurre al conseguimento di quel medesimo scopo. Se è dunque vero che *ex abundante cautela*, il virtuoso esempio francese e la comprovata efficacia delle sue norme sulla prevenzione delle difficoltà imprenditoriali, dimostrano l'opportunità di accostare molteplici mezzi per garantire un'efficace struttura diagnostica delle incipienti crisi aziendali. Pertanto, sarebbe scorretto ritenere che tutte le disposizioni tradizionalmente facenti parte del nostro codice civile verranno spazzate via e soppiantate da quelle del nuovo Codice della crisi; tutt'altro: i due blocchi- il vecchio e il nuovo- coopereranno in vista dell'attuazione di un efficace e pervasivo sistema di rilevazione tempestiva degli indici di difficoltà.

Per concludere, alla luce di quanto detto, in merito alla prevenzione della crisi di impresa, si ritiene di poter postulare una quasi totale identità tra gli interessi protetti dai due legislatori: sia nell'ordinamento francese che in quello italiano, infatti, emerge con forza come il rilievo tempestivo delle difficoltà si ponga nell'interesse di molteplici soggetti: del debitore, che gode così della preziosa *chance* di preservare la sua reputazione e poter sperare di ricominciare la sua attività, considerando le difficoltà attraversate come un mero momento passeggero; dei creditori (soprattutto quelli chirografari), che possono evitare di subire la falce, derivante dall'apertura di una normale procedura di liquidazione giudiziale; infine, del mercato stesso, che, dalla "morte" di un'impresa, riceve ripercussioni sia sociali sia economiche²⁶².

5.2 Il presupposto oggettivo

Come il legislatore italiano, anche quello francese ha sperimentato, in sede di determinazione del presupposto necessario per giustificare l'avvio di una procedura di allerta, il dilemma tra una clausola generale e l'enumerazione di indici (*clignotants*) dettagliati e legislativamente predeterminati. Alla fine, la scelta è ricaduta sulla prima opzione: si è deciso di fissare il presupposto solo in termini generali, consegnando poi a interpreti e giurisprudenza la possibilità di delinearne i contenuti specifici.

Il presupposto oggettivo che permette al *commissaire aux comptes* e ai soci²⁶³ di attivare le procedure, "facendo scattare l'allerta" non coincide totalmente con quello previsto all'art. 13 del C.C.I.I.: se in Italia si parla di "fondati indizi di crisi", per i francesi è la rilevazione di "fatti tali da compromettere la continuità dell'attività d'impresa" a fungere da evento scatenante il lancio della procedura. Ciononostante, le procedure d'allerta, dunque, in Francia come anche in Italia, puntano ad essere attivate nella fase crepuscolare: quando ancora

²⁶² C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 41; V. BOURGNINAUD, *op. cit.*, Paris, 1995, pp. 7-27.

²⁶³ Risulta invece essere parzialmente diverso il presupposto oggettivo per il *Comité social et économique*: la norma (art. L. 2312-63 del *Code du Travail*) parla di "*faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise*", trad. (a cura dell'Autrice): "fatti di natura tale da incidere in maniera preoccupante sulla situazione economica dell'impresa". Esso viene descritto come *meno soggettivo e più psicologico*, in P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 23 e ss.

l'insolvenza²⁶⁴ non si è verificata, ma è solamente futura e potenziale²⁶⁵. Ci si chiede, tuttavia, a cosa il legislatore francese volesse specificamente riferirsi mediante l'utilizzo di questa formula e, nell'assenza di una puntuale definizione normativa, non è possibile sottrarsi ad uno sforzo di ricostruzione dogmatica di suddetti concetti. Sicuramente, in assonanza con quanto è stato anche per il legislatore italiano, si prese come riferimento la nozione di *going concern* (che i Francesi amano trasporre nella locuzione di "*entreprise qui va*" e che fu introdotta nell'ordinamento d'oltralpe dalla *Loi comptable* del 30 aprile 1983)²⁶⁶. Stante il suo contenuto aziendalistico e capace di offrire un'accurata fotografia della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa, *les comptes annuels*²⁶⁷ acquisiscono una funzione centrale, permettendo di comprendere

²⁶⁴ Concetto che dalla dottrina francese viene fatto coincidere con quello di "*état de cessation des paiements*", in costanza del quale l'attivo disponibile non permette più di far fronte al passivo esigibile. Si veda, *ex multis*, M. B. SALGADO, *Droit des entreprises en difficulté*, Parigi, 2007, p. 63 in cui si afferma che "ci si trova in stato di cessazione dei pagamenti quando gli elementi di attivo disponibili non permettono di coprire il passivo esigibile. Il debitore si trova così nell'impossibilità di soddisfare i suoi creditori mediante somme di denaro immediatamente disponibili"; in altre parole, l'impresa è totalmente priva di liquidità.

²⁶⁵ A. JORIO, *Su allerta e dintorni*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *op. cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, pp. 55 e ss.

²⁶⁶ Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 27 e ss.; J.-P. PAILLUSSEAU, *Qu'est-ce qu'une entreprise en difficulté?*, *Rev. jurispr. com.*, 1976, p. 259.

²⁶⁷ Si rammenta che gli artt. L.123-20 e L. 123-14 del *Code de Commerce* dettano i criteri basilari per la corretta redazione del bilancio di esercizio. L.123-20 del *Code de Commerce* "(1) *Les comptes annuels doivent respecter le principe de prudence. Pour leur établissement, le commerçant, personne physique ou morale, est présumé poursuivre ses activités. (2) Même en cas d'absence ou d'insuffisance du bénéficiaire, il doit être procédé aux amortissements, dépréciations et provisions nécessaires. (3) Il doit être tenu compte des passifs qui ont pris naissance au cours de l'exercice ou d'un exercice antérieur, même s'ils sont connus entre la date de la clôture de l'exercice et celle de l'établissement des comptes*", disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell'Autrice): "(1) I conti annuali devono rispettare il principio di prudenza. Per gli enti, i commercianti e le persone fisiche o giuridiche, si presume la prosecuzione della loro attività. (2) Anche in caso di assenza o di insufficienza di utili, si deve procedere agli ammortizzamenti, deprezzamenti e accantonamenti necessari. (3) Si deve tener conto delle poste passive sorte nel corso dell'esercizio o nel corso di un esercizio precedente, qualora esse siano conosciute tra la data della chiusura dell'esercizio e quella della compilazione dei conti"; L.123-14 del *Code de Commerce* "(1) *Les comptes annuels doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise. (2) Lorsque l'application d'une prescription comptable ne suffit pas pour donner l'image fidèle mentionnée au présent article, des informations complémentaires doivent être fournies dans l'annexe. (3) Si, dans un cas exceptionnel, l'application d'une prescription comptable se révèle impropre à donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ou du résultat, il doit y être dérogé. Cette dérogation est mentionnée à l'annexe et dûment motivée, avec l'indication de son influence sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise*", disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell'Autrice): "(1) I conti annuali devono essere regolari, veritieri e offrire una immagine fedele del patrimonio, della situazione finanziaria e del risultato [di esercizio] dell'impresa. (2) Laddove l'applicazione di un principio contabile non è sufficiente per offrire l'immagine fedele di cui al presente articolo, devono essere fornite informazioni complementari nell'allegato [nota integrativa]. (3) Se, eccezionalmente, l'applicazione di un principio contabile si rivela inadatta ad offrire una immagine fedele del patrimonio, della situazione finanziaria e del risultato [di esercizio] dell'impresa, vi si deve derogare. Questa deroga deve essere menzionata nell'allegato [nota integrativa] e adeguatamente motivata, con l'indicazione della sua influenza sul patrimonio, sulla situazione finanziaria e sul risultato [di esercizio] dell'impresa".

quando la continuità aziendale (*continuité de l'exploitation*) risulta essere compromessa, vale a dire “quando l'attività dell'impresa rischia in un futuro prevedibile di dover essere fermata o di subire una sensibile riduzione”²⁶⁸. In altri termini, riferendosi principalmente ai dati contabili, ci si dovrà assicurare che non sussistano elementi in grado di minacciare l'equilibrio finanziario dell'impresa, potendo ciò anche condurre allo stato di cessazione dei pagamenti. In ogni caso, non ci si potrà limitare ad un mero esame dei documenti puramente contabili: infatti, il legislatore utilizza di proposito una formula vaga e ampia come quella dei “*faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*”, in modo tale da ricomprendere in essa plurimi ed eterogenei fatti rilevanti, che sono stati, nel corso del tempo, variamente enumerati e classificati dagli interpreti²⁶⁹.

²⁶⁸ Il concetto di continuità aziendale si trova al centro della visione dinamica dell'impresa che prende le mosse dalla presunzione enunciata all'art. L. 123-20 del *Code de Commerce*, secondo il quale “si presume che il commerciante prosegua la sua attività”. Ciò che deve essere sottoposta a minaccia è dunque la capacità dell'impresa di produrre beni e servizi almeno sufficienti a coprire i costi, vale a dire il suo equilibrio finanziario, in F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 43-63.

²⁶⁹ La *Compagnie nationale des commissaires aux comptes* ha pubblicato il risultato di un suo studio in cui i *faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation* vengono definiti come “concernenti la situazione finanziaria e aziendale dell'ente, costituiti da eventi di natura oggettiva suscettibili di incidere sulla prosecuzione dell'attività entro un futuro prevedibile e generalmente rappresentati da un insieme di accadimenti convergenti e sufficientemente preoccupanti, tenuto conto del particolare contesto in cui opera l'ente”, in C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 41; V. BOURGNINAUD, *op. cit.*, Paris, 1995, pp. 88 e ss. Per un'esemplificazione maggiormente dettagliata si veda B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995, pp. 71-73. A riconferma del fatto che nonostante la natura prettamente aziendalistica della nozione di *continuité de l'exploitation*, l'indagine circa la sussistenza del presupposto oggettivo non possa limitarsi ad un approccio meramente contabile, l'Autrice suddivide i *clignotants*, in base al tipo di causa da cui essi possono derivare, fra:

- cause finanziarie: mancato pagamento di imposte (oneri fiscali) e salari (oneri sociali), diminuzione del capitale circolante, capitali propri negativi, insufficiente capacità di autofinanziamento, numerosi incidenti di pagamento, liti o contenziosi che potrebbero avere un'incidenza di natura finanziaria importante, accertamento fiscale importante, impossibilità di rinnovare crediti indispensabili alla loro scadenza, fallimento di un debitore importante, soppressione del sostegno della *holding* (in caso di dinamiche di gruppo)...
- cause legate all'azienda: accumulo di esercizi deficitari, licenziamenti collettivi di una certa importanza, scioperi di lunga durata dei dipendenti, rescissione o mancato rinnovo di un contratto importante, pensionamento di dipendenti con ruolo chiave e non rimpiazzabili, conflitti con i dipendenti, cambiamenti tecnologici o regolamentari, perdita di un mercato importante, difficoltà nell'approvvigionamento di materie prime, obsolescenza delle tecniche o dei mezzi di produzione, sottoattività rilevante e continua, modifica o novella legislativa suscettibile di rendere difficile o impossibile la prosecuzione dell'attività, perdita di un brevetto; scadenza o rescissione di un contratto importante (soprattutto se di fornitura o di *franchising*)...
- cause di altro tipo (per esempio, legate al contesto sociale, ambientale o economico in cui opera l'impresa): incendi e catastrofi naturali, omissione delle iscrizioni legali entro il termine previsto, mancanza di neve durante la stagione invernale per un imprenditore che gestisce un impianto sciistico, disordini politici in uno Stato in cui l'impresa opera in modo rilevante, disaccordi importanti all'interno della compagine sociale...

Si vedano anche: *Projet de loi* n. 249, adottato dall'Assemblée Nationale, in JOAN, 1980; la *Norme d'exercice professionnel 570* relativa alla *continuité d'exploitation*, omologata dall'Arrêté del 7 maggio 2007, JO, n. 111, 13 maggio 2007; PH. PÉTEL, *Procédures collectives*, Paris, 2014, n. 28; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Paris, 2018, pp. 231 e ss.

Non pare azzardato affermare che la Commissione Rordorf abbia fermamente e attentamente guardato alla proposta francese: sia dalla Legge Delega sia dalla formulazione dell'art. 13 C.C.I.I., si evince un'enunciazione piuttosto sommaria e senza dubbio volutamente non dettagliata dei c.d. "indici di crisi". Si rimette poi l'individuazione e la nomenclatura puntuale ai tecnici del settore (CNDCEC, Ministero dello sviluppo economico, ISTAT, ecc.)²⁷⁰. Programmaticamente si auspica che essi siano indici tali da permettere di riconoscere la crisi fin dai suoi albori, che siano univoci e oggettivamente indiscutibili (così da poter evitare margini di opinabilità e soverchie incertezze) ed, infine, che essi attengano ad una fase adeguata (al fine di non suscitare indebitamente allarmi precoci, tali da seminare ingiustificate paure nel mercato e provocare anziché scongiurare un aggravamento della crisi, e al contempo per riuscire ad intervenire prima che sia ormai è troppo tardi e l'impresa precipita inarrestabilmente verso l'insolvenza)²⁷¹. Infatti, un ulteriore elemento di difficoltà nell'elaborazione del presupposto oggettivo concerne il fatto che esso deve essere in grado di corrispondere- cronologicamente parlando- al momento ottimale per l'avvio della procedura. Se si agisse troppo presto, sulla base di indici eccessivamente vaghi, si rischierebbe di operare in una fase di conoscenza ancora incerta e parziale della situazione, accollandosi magari immotivatamente il rischio di suscitare timore nei terzi con le terribili conseguenze- di cui si è detto e si dirà- per la reputazione commerciale dell'impresa. Al contrario, qualora il presupposto oggettivo venisse definito in maniera eccessivamente puntuale ed esigente, ciò potrebbe comportare la necessità di attendere eccessivamente per poter avviare la procedura di allerta, finendo per farlo in un momento in cui essa non servirà ormai più a nulla²⁷². L'allerta, infatti, deve essere concepita come "*porteuse d'espérances*" (letteralmente: "portatrice di speranze"), come "l'alba propizia del salvataggio e non come la notte delle rovine", come il risveglio dell'attenzione "in vista della battaglia, e non come la resa o la capitolazione"²⁷³.

In conclusione, si avverte che il criterio prescelto- in definitiva comune ai due ordinamenti- di minaccia che plana sulla continuità aziendale è di delicata manipolazione: le imprese sono costantemente e molto normalmente chiamate a confrontarsi con difficoltà. Pertanto, serve un livello di rischio ulteriore per giustificare l'allerta, che permetta di distaccarsi dalla mera constatazione di un singolo elemento di difficoltà, al fine di evitare il lancio di procedure continue e il rischio di sclerotizzare l'attività imprenditoriale. Inoltre, si richiede che tale minaccia sia sufficientemente grave, precisa e fondata: serve prendere come

²⁷⁰ M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta*, cit., in *Corriere giuridico*, 2019.

²⁷¹ Si veda a tal proposito quanto si dirà in relazione all'allarme fatta scattare per opera dell'Agenzia delle Entrate e alle falle nella determinazione delle sogli che ne costituiscono il presupposto oggettivo (vedi infra, par: 6.1).

²⁷² F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 43-63. P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, *cit.*, p. 23 e ss. L'Autore rammenta che non basta constatare che la continuità aziendale non può più essere assicurata, dal momento che l'autentica missione degli allertanti interni è prima di tutto volta ad anticipare questo stesso evento di rottura della continuità.

²⁷³ Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, *cit.*, p. 64.

riferimento non già il solo esercizio in corso²⁷⁴, bensì un orizzonte di rischio più ampio. Sarebbe anche opportuno non considerare gli elementi rilevati in modo isolato gli uni dagli altri: serve la convergenza di un fascio di dati nel senso di far presumere una possibile- ed a rigore si dovrebbe dire anche futura, alla luce di quanto detto circa la necessità di prevedere l'arrivo dell'evento prima ancora che esso si manifesti- rottura della continuità aziendale²⁷⁵. Mediante questo apprezzamento sintetico e, si potrebbe dire, *in concreto*, si evita anche di non tener conto del controbilanciamento dato da eventi positivi²⁷⁶, idonei ad attenuare la portata di quelli negativi²⁷⁷. Infine, il rischio di rottura della continuità aziendale non deve darsi nella forma della mera eventualità, ma di una situazione più grave e preoccupante²⁷⁸.

L'analisi delle traduzioni pratiche e concrete della clausola generale del presupposto oggettivo francese appare agli occhi degli interpreti italiani come un'operazione densa di spunti importanti, idonei a far luce lungo il cammino di determinazione dei nostri "indizi" e "indici" di crisi (affidato- come detto- al CNDCEC). Le soluzioni elaborate dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dagli operatori del settore francesi non potranno che costituire, ancora una volta, per noi, una valida guida. La differenza maggiore che intercorre tra ordinamento francese e italiano inerisce il fatto che in Francia vengono specificati dalla prassi, soprattutto giurisprudenziale, che guardando quotidianamente al caso concreto li specifica con un occhio alla pragmaticità; in Italia, invece, verranno determinati dal CNDCEC, in modo verosimilmente più astratto e meno vicino alla concretezza dei casi pratici.

5.3 I soggetti legittimati e la procedura

Il già citato Rapporto Sudreau, volto a modernizzare l'impresa, pone ed esorta l'uso delle procedure di allerta, che vengono pensate come un'opportunità per le parti interessate (amministratori, dipendenti e soci) per avere a loro disposizione una via di intervento, qualora si trovassero nel possesso di "elementi di informazione concordanti e seri, che lascino presagire l'esistenza di difficoltà che potrebbero comportare gravi conseguenze"²⁷⁹. Se ne può desumere che la

²⁷⁴ Come invece suggeriscono alcuni autori; si veda, *ex alia*, J.-P. PAILLUSSEAU, G. PETITEAU, *Les difficultés des entreprises. Prévention et règlement amiable*, in *Revue internationale de droit comparé*, 38-1, 1986.

²⁷⁵ F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 43-63; B. SOINNE, *op. cit.*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995, pp. 71-73; A. ROBERT, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts-comptables*, Paris, 2011, pp. 75 e ss.

²⁷⁶ A titolo esemplificativo: infusioni di liquidità, chiusura di rami molto deficitari, ottenimento di sovvenzioni aziendali, conferma di un aiuto presente o futuro da parte della *holding*, riduzione dei costi generali, in D. VIDAL, *Prévention des difficultés des entreprises*, in *Juris Classeur Commercial*, n. 44, fasc. 2025, 2006.

²⁷⁷ B. SOINNE, *La procédure d'alerte*, *JCP éd E*, 1985, vol. II, n. 14563; Y. GUYON, *Le rôle de prévention des commissaires aux comptes*, *JCP éd E*, 1987, n. 15066; D. VIDAL, *Droit des procédures collectives*, Paris, 2006.

²⁷⁸ In caso contrario, infatti, si sarebbe utilizzato il meno drastico verbo *entraîner*, al posto di *compromettre*, in Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, p. 64; E. KERCKHOVE, *Traité de droit commercial*, Montchrestien, 1998, n. 136; P. LE CANNU, *Droit commercial: instruments de paiement des crédits- Entreprises en difficulté*, Paris, 2003, n. 33.

²⁷⁹ Rapporto Sudreau del 1975 "les diverses parties constitutives de l'entreprise doivent avoir le droit de mettre en œuvre une procédure special lorsqu'elles ont des éléments d'information concordants et sérieux laissant presage l'existence de difficultés qui peuvent être lourdes de

varietà dei soggetti deputati a dare avvio alle procedure di allerta riposi nella *ratio* medesima dell'istituto, il quale nasce a vantaggio degli stessi suoi destinatari, lungi dal perseguire finalità punitive o sanzionatorie.

5.3.1 L'allerta del *commissaire aux comptes*

L'attenzione prestata alla situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa, che costituisce il fulcro del criterio per il lancio delle *procédures d'alerte*, fa del *commissaire aux comptes* il soggetto meglio posizionato per conoscere le difficoltà, quando ancora esse si manifestano sulla linea dell'orizzonte²⁸⁰. Egli è chiamato a verificare la corretta tenuta delle scritture

conséquences pour eux-mêmes", in C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 85 e ss.; F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 43-63; G. BLANC (a cura di), *La prévention des difficultés des entreprises. Analyse des pratiques juridiques*, Aix-Marseille, 2004, pp. 55 e ss.

²⁸⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 85 e ss.; Y. GUYON, G. COQUERAU, *Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 1^{er} mars 1984*, JCP éd E, vol. I, 1984, n. 13426; F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 43-63; Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 59 e ss.; A fronte del suo essere un interlocutore privilegiato- egli viene descritto come il "*personnage central*" dell'allerta, come il professionista maggiormente qualificato "*pour tirer la sonnette d'alarme*" (letteralmente: "per suonare la campanella di allarme")- il legislatore si è avveduto dell'opportunità di estendere il campo di operatività di tale figura, facendo sì che siano sempre di più i tipi societari sottoposti all'obbligo di dotarsene, in C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 86 e ss. In particolare, l'obbligo di nomina incombe: sempre sulle società anonime (SA, corrispettivo delle nostre s.p.a.) e sulle SARL (equivalente delle nostre s.r.l.) nei limiti di quanto stabilito dall'art. L. 223-35, al. 2, del *Code de Commerce*: "*Sont tenues de désigner un commissaire aux comptes au moins les sociétés à responsabilité limitée qui dépassent à la clôture d'un exercice social des chiffres fixés par décret pour deux des critères suivants : le total de leur bilan, le montant hors taxes de leur chiffre d'affaires ou le nombre moyen de leurs salariés au cours d'un exercice*", disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell'Autrice): "Sono tenute a designare un *commissaire aux comptes* le società a responsabilità limitata che superano alla chiusura di un esercizio sociale alcune soglie fissate per decreto per almeno due dei seguenti criteri: totale del bilancio, ammontare esentasse del volume di affari o numero dei dipendenti [che hanno prestato la loro attività] nel corso dell'esercizio". Simile destino hanno i corrispettivi francesi delle nostre società in nome collettivo e società in accomandita per azioni. Si vedano poi gli artt. R. 221-5 e R. 223-27 del *Code de Commerce*, in cui si dà contenuto ai criteri di discriminazione enunciati all'art. L. 223-35, al. 2, del *Code de Commerce* (1.550.000 Euro per il totale di bilancio; 3.100.000 Euro per il volume di affari e 50 per le unità di dipendenti impiegati in corso di esercizio) e che consentono un utile raffronto con le soglie determinate- a più riprese- dal legislatore italiano. Anche in Francia, così come in Italia, emerge poi il rischio di non assicurare la continuità del controllo, a fronte della previsione per cui una SARL non è più costretta alla designazione del revisore legale qualora, durante i due esercizi precedenti alla fine del mandato del *commissaire aux comptes* in carica, non superi due delle tre su-menzionate soglie (ex art. R. 221-5 del *Code de Commerce*, che costituisce un ulteriore limpido esempio di norma-modello che illuminò il cammino del legislatore italiano). Si noti come l'omessa designazione del *commissaire aux comptes* in caso di sua obbligatorietà, costituisca una condotta passibile di sanzioni penali, ai sensi dell'art. L. 820-4, al. 1, del *Code de Commerce*. In tutti gli altri casi, invece, il *commissaire aux comptes* può essere nominato facoltativamente, secondo le modalità delineate all'art. L. 223-35, al. 3 e al. 4, del *Code de Commerce*: all'*alinéa* 3, si dà la possibilità a uno o più soci, che rappresentino almeno un decimo del capitale sociale, di chiedere la nomina giudiziale di un *commissaire aux comptes*; all'*alinéa* 4, invece, si consente a uno o più soci, che rappresentino almeno il terzo del capitale sociale, di indirizzare una richiesta motivata alla società ai fini della designazione di un revisore legale (per un mandato di tre esercizi- si noti che di norma il mandato dei *commissaires aux comptes* ne dura sei). V. BOURGNINAUD, *op. cit.*, Paris, 1995, pp. 14 e ss., in cui l'Autrice, con uno sguardo alla prassi, segnala come molte imprese francesi non colgano i

contabili e la loro veridicità; da ciò emerge, con evidenza, come la fisionomia del presupposto oggettivo si attagli in modo egregio alle funzioni del revisore contabile. In questo modo, il sistema appare tetragono: il *commissaire aux comptes* è tenuto ad avviare la procedura a lui affidata, quando scorge fatti rilevanti ai fini della sussistenza del presupposto oggettivo, “nell’esercizio delle sue funzioni”, le quali sono proprio inerenti all’analisi della situazione economica, finanziaria e patrimoniale della società, presente e futura, così come essa emerge dai documenti contabili (tradizionali, e quindi retrospettivi, ma anche previsionali, e quindi prognostici)²⁸¹.

Purché rimanga all’interno dell’esercizio delle sue funzioni, il revisore legale può trarre le sue informazioni da qualunque fonte: tale libertà gli è concessa al fine di permettergli di apprezzare fatti, non solo di dimensione contabile, ma rispecchianti anche ogni potenziale singola sfaccettatura e determinazione pratica del presupposto oggettivo, così ampiamente delineato²⁸². L’esempio francese illumina la strada per tracciare il perimetro di cosa il revisore legale debba fare e di quali elementi debba controllare in sede di espletamento del suo dovere di allerta. Tale operazione appare, nel nostro ordinamento, di inestimabile utilità, stante l’aggiuntiva esigenza di tracciare una linea di confine tra le funzioni dei due soggetti legittimati all’avvio: sindaci e revisori.

A fronte della rilevazione del presupposto oggettivo, in capo al revisore legale sorge un vero e proprio dovere di avvio della procedura²⁸³. Quest’ultima

potenziali benefici derivanti dal dotarsi di un revisore legale, omettendo così di sfruttare la *chance* di nomina facoltativa offerta dall’ordinamento, per non doversi sobbarcare i relativi costi. Ad avviso di chi scrive, si ritiene che la facoltatività si espliciti, nell’ordinamento francese, solo con riferimento all’*an* della nomina, mai investendo anche il *quomodo* di forgiatura della figura del controllore. La norma infatti fa specifico riferimento al *commissaire aux comptes*, senza dar adito alla possibilità di distaccarsi statutariamente dai contorni del ruolo e della figura dello stesso. Tale opinione è ribadita da numerosi autori, i quali affermano che i *commissaire aux comptes* frutto di nomina facoltativa (ex art. L. 223-35, al. 3 e 4, del *Code de Commerce*) saranno titolari dei medesimi obblighi, doveri, poteri e responsabilità dei revisori legali frutto di nomina coercitiva per legge. Si vedano, *ex multis*, in dottrina: B. SAINTOURENS, *L’entreprise en société à responsabilité limitée*, Paris, 1994, pp. 233-244; P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 231 e ss; P. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Paris, 2018, pp. 248 e ss; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Paris, 2019, pp. 632 e ss. Per completezza si segnala che la *Loi Pacte*, del 22 maggio 2019, interverrà in senso di aumento delle soglie idonee a far scattare la designazione obbligatoria che saranno portate a 4.000.000 Euro per il totale di bilancio e a 8.000.000 Euro per il volume di affari (solo le unità di dipendenti impiegati in corso di esercizio rimarranno fisse a 50). Esse, inoltre, diverranno valide non già per le sole *SARL*, ma anche per le *SA*, non più sottoposte ad un indiscriminato obbligo di *certification légale des comptes*. Lo scopo perseguito mediante l’innalzamento delle soglie è quello di lasciare maggiore libertà, soprattutto al fine di facilitare lo sviluppo delle *PME (petites et moyennes entreprises)*, le quali con difficoltà sopportano il peso economico di un revisore legale. Si veda: P. MERLE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 646 e ss.

²⁸¹ P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 23 e ss; Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 59 e ss, in cui l’Autore afferma che, alla luce della conformazione del presupposto oggettivo, non si contraddicono le funzioni dei *commissaire aux comptes*; al contrario, queste fungono da filo conduttore così che il campo di investigazione non rischi di estendersi troppo

²⁸² C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 86 e ss.

²⁸³ La natura doverosa degli obblighi del *commissaire aux comptes*, insieme con il fatto che spesso egli raccoglie le osservazioni delle altre “sentinelle” (vedi infra, par: 5.3.2 e 5.3.3), lo rende indubbiamente l’organo essenziale dell’allerta, in P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P.

assume, nelle SA (come anche nelle società cooperative agricole, nelle società per azioni semplificate e nelle *entreprises publiques*), un carattere quadrifasico²⁸⁴. In primo luogo, il *commissaire aux comptes*, è tenuto ad inviare

SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 53. Di “*obligation legale d’alerte*” si parla in C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 86 e ss.

²⁸⁴ In dottrina si vedano: P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, pp. 27 e ss.; F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 54-57; V. BOURGNINAUD, *op. cit.*, Paris, 1995, pp. 19 e ss.; A. PELLEGGATTA, *Prevenzione della crisi di impresa*, cit., in www.iudicium.it. Il principale riferimento normativo, invece, è dato dall’art. L. 234-1 del *Code de Commerce* “(1) Lorsque le commissaire aux comptes d’une société anonyme relève, à l’occasion de l’exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l’exploitation, il en informe le président du conseil d’administration ou du directoire dans des conditions fixées par décret en Conseil d’Etat. (2) A défaut de réponse sous quinze jours ou si celle-ci ne permet pas d’être assuré de la continuité de l’exploitation, le commissaire aux comptes invite, par un écrit dont copie est transmise au président du tribunal de commerce, le président du conseil d’administration ou le directoire à faire délibérer le conseil d’administration ou le conseil de surveillance sur les faits relevés. Le commissaire aux comptes est convoqué à cette séance. La délibération du conseil d’administration ou du conseil de surveillance est communiquée au président du tribunal de commerce et au comité d’entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel. Le commissaire aux comptes peut demander à être entendu par le président du tribunal, auquel cas le second alinéa du I de l’article L. 611-2 est applicable. (3) Lorsque le conseil d’administration ou le conseil de surveillance n’a pas été réuni pour délibérer sur les faits relevés ou lorsque le commissaire aux comptes n’a pas été convoqué à cette séance ou si le commissaire aux comptes constate qu’en dépit des décisions prises la continuité de l’exploitation demeure compromise, une assemblée générale est convoquée dans des conditions et délais fixés par décret en Conseil d’Etat. Le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à cette assemblée. Ce rapport est communiqué au comité d’entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel. (4) Si, à l’issue de la réunion de l’assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d’assurer la continuité de l’exploitation, il informe de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui en communique les résultats. Il peut demander à être entendu par le président du tribunal, auquel cas le second alinéa du I de l’article L. 611-2 est applicable. (5) Dans un délai de six mois à compter du déclenchement de la procédure d’alerte, le commissaire aux comptes peut en reprendre le cours au point où il avait estimé pouvoir y mettre un terme lorsque, en dépit des éléments ayant motivé son appréciation, la continuité de l’exploitation demeure compromise et que l’urgence commande l’adoption de mesures immédiates”, disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell’Autrice): “(1) Qualora un revisore legale dei conti di una società anonima rilevi, durante l’esercizio della sua funzione, fatti di natura tale da compromettere la continuità aziendale, informa il Presidente del consiglio di amministrazione o del direttorio, nel rispetto delle condizioni fissate dal decreto del Consiglio di Stato. (2) In mancanza di una risposta nel termine di quindici giorni o se essa non permette di avere certezza sulla [permanenza della] continuità aziendale, il revisore legale dei conti invita, mediante un documento scritto, di cui è trasmessa copia al Presidente del Tribunale del Commercio, il Presidente del consiglio di amministrazione o il direttorio a far deliberare il consiglio di amministrazione o il consiglio di sorveglianza sui fatti rilevati. Il revisore legale dei conti è convocato a questa adunanza. La deliberazione del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza è comunicata al Presidente del Tribunale del Commercio o e al Comitato d’impresa o, in mancanza, ai delegati del personale. Il revisore legale dei conti può chiedere di essere ascoltato dal Presidente del Tribunale, caso in cui si rende applicabile il secondo comma dell’art. L. 611.2. (3) Qualora il consiglio di amministrazione o il consiglio di sorveglianza non sia stato convocato per deliberare sui fatti rilevati o qualora il revisore legale dei conti non sia stato convocato a questa adunanza o se il revisore legale dei conti constata che, nonostante le decisioni prese la continuità aziendale rimane compromessa, è convocata un’assemblea generale, nel rispetto delle condizioni e dei termini fissati per decreto del Consiglio di Stato. Il revisore legale dei conti redige una speciale relazione che viene presentata a questa riunione. Questa relazione è comunicata al Comitato d’impresa o, in mancanza, ai delegati del personale. (4) Se, a seguito della riunione dell’assemblea generale, il

una richiesta di delucidazioni al Presidente del Consiglio di amministrazione o al *directoire*²⁸⁵, innescando un flusso informativo confidenziale che- per il momento- non deve giungere alle orecchie dei soci (prima fase). Se l'organo di gestione rimane inerte (vale a dire, se non invia una risposta chiarificatrice entro il termine massimo di quindici giorni, fissato per legge) ovvero prende provvedimenti inidonei, serve inviare una nuova comunicazione per iscritto al Presidente (seconda fase), per invitarlo a far deliberare il collegio sui rilevati "*faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*" (nonché sulla risposta precedentemente data, ma ritenuta insoddisfacente dal *commissaire aux comptes*). È necessario che il *commissaire aux comptes* sia convocato a tale adunanza, che si deve tenere nei quindici giorni successivi, e l'eventuale deliberazione deve essere comunicata anche al *Comité social et économique* e al *Président du Tribunal de Commerce*. Qualora l'organo gestorio non fosse stato riunito per deliberare ovvero fosse stato riunito ma il *commissaire aux comptes* non fosse stato reso partecipe dell'adunanza ovvero, ancora, qualora la continuità aziendale, nonostante le decisioni prese, rimanesse, ad avviso del *commissaire aux comptes*, compromessa, sarà necessario rivolgersi ai soci²⁸⁶. In particolare, in questa terza fase, il revisore legale deve presentare *all'assemblée générale* un *rapport spécial* volto ad esporre quali sono le criticità che minacciano la continuità nella gestione e ad esortarla a deliberare in merito ai possibili provvedimenti risolutivi²⁸⁷. Se ritiene che le decisioni adottate dai soci non siano idonee ad arginare la crisi imminente, il revisore legale deve informarne il *Président du Tribunal de Commerce* (quarta fase), che potrà decidere di esercitare il potere di convocazione degli amministratori della società (vedi infra, par: 5.4) ovvero, laddove sia constatata la conclamata impossibilità per la società di effettuare i pagamenti, avvertire il Pubblico Ministero²⁸⁸. Infine, a partire dalla

revisore legale dei conti constata le decisioni prese non permettono di garantire la continuità aziendale, egli informa delle sue iniziative il Presidente del Tribunale del Commercio e gli comunica i risultati. Egli può chiedere di essere audito dal Presidente del Tribunale, caso in cui si rende applicabile il secondo comma dell'art. L. 611.2. (5) Entro un termine di sei mesi a partire dall'avvio della procedura di allerta, il revisore legale dei conti può riavviarla dal punto in cui egli aveva ritenuto di potervi porre fine, qualora, malgrado gli elementi che fondarono il suo apprezzamento, la [permanenza della] continuità aziendale rimane compromessa e l'urgenza [della situazione] impone l'adozione di misure immediate".

²⁸⁵ Per un approfondimento sui concetti di *directoire* e *Conseil de surveillance*, si vedano: P. LE CANNU, B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 589-594; PH. CONTE, D. GUTMANN, M. GERMAIN, *Le dirigeant des sociétés; risques et responsabilités*, Paris, 2002, p. 732; J.-J. CAUSSAIN, *Le directoire et le conseil de surveillance de société anonyme*, Paris, 2002, pp. 250-251; J.-P. CASIMIR, M. GERMAIN, *Dirigeants de sociétés*, Paris, 2017, pp. 80-83.

²⁸⁶ Già in questa seconda fase, a partire dal momento in cui vengono aditi i soci, la procedura di allerta non può più dirsi essere di carattere confidenziale, dal momento che tutti gli organi sociali sono ormai consapevoli, in A. BAMDÉ, *La procédure d'alerte et la prévention des entreprises en difficulté*, in www.aurelienbamde.com.

²⁸⁷ Per evitare di dover attendere, magari per mesi, la successiva convocazione dell'*assemblée générale*, il *commissaire aux comptes* ha il potere di ingiungere al Consiglio di amministrazione o al *directoire* di convocarla entro otto giorni e in ogni caso di riunirla entro un mese, in F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 54-57.

²⁸⁸ Oggi, il *Président du Tribunal de Commerce* non può più avviare d'ufficio una procedura collettiva, quando rileva che il debitore si trova in uno stato di *cessation des paiements*. Tale pratica, infatti, è stata giudicata contraria al principio di imparzialità del giudice- che impone che il giudice della prevenzione sia diverso da quello della procedura concorsuale- e condannata a più riprese dal *Conseil Constitutionnel*. Di fronte alla constatazione dell'insolvenza del debitore,

Legge n. 525 del 2011²⁸⁹, è stato reso possibile per il *commissaire aux comptes* avvalersi di un procedimento di riattivazione della procedura di allerta. Tale potere compete anche ai revisori legali che operano in seno a società a responsabilità limitata e società in nome collettivo, le quali constano di una procedura di allerta trifasica, nella quale manca l'ingiunzione agli organi gestori collegiali a deliberare²⁹⁰.

Non vi è dubbio che l'allerta lanciata dal *commissaire aux comptes* costituisca il punto di contatto più forte tra la normativa italiana e il modello francese: facile- se non automatico- appare l'accostamento alla figura del revisore legale.

5.3.2 L'allerta del *Comité social et économique*

Nell'ordinamento italiano non esiste un perfetto corrispettivo del *Comité social et économique*, con la conseguenza che la mancanza di un preciso parallelismo renda difficoltosa una qualsivoglia forma di comparazione. In Francia, tale organo funge, insieme ad altri, da sede di controllo sull'operato degli amministratori ed è anch'esso incaricato di contribuire alla prevenzione e al trattamento della crisi d'impresa²⁹¹.

A differenza del *commissaire aux comptes* e in analogia con la posizione dei soci, esso non è titolare di un "obbligo di suonare l'allarme": la sua è una mera facoltà. Un altro elemento caratteristico dell'allerta del *Comité* si fonda sulla conformazione del fatto giustificatore della decisione di avvio della procedura: la norma parla, di "fatti di natura tale da incidere in modo preoccupante sulla situazione economica dell'impresa". La dottrina fa spesso notare come tale presupposto sia più ampio di quello comune a *commissaire aux comptes* e soci ed anche dotato di una caratura più psicologica e meno distaccata ed

dunque, il *Président du Tribunal de Commerce* non potrà far altro che avvertire il PM, libero se ritiene di adire la sede giurisdizionale per chiedere l'apertura di una procedura collettiva, in F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 61 e ss.

²⁸⁹ L'art. 62 della Legge n. 525, del 17 maggio 2011, disponibile su www.legifrance.gouv.fr. La norma prevede che il *commissaire aux comptes* possa, entro i sei mesi successivi al suo avvio, far riprendere il corso ad una procedura di allerta, la quale riprenderà dalla fase in cui è stata interrotta. La *ratio* della novella riposa sull'intento di consentire una reazione rapida da parte del revisore legale quando le misure previste dagli amministratori, che gli erano parse pertinenti e quindi idonee a porre fine al procedere dell'allerta, si rivelano inefficaci ovvero incapaci di far fronte a sopravvenuti eventi esteriori. Si vedano: C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 85 e ss.; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Paris, 2018, pp. 231 e ss.

²⁹⁰ L'allerta c.d. trifasica, dunque, contempla al suo interno solamente: l'interpello degli amministratori da parte del *commissaire aux comptes* al fine di ottenere chiarimenti, l'invito rivolto ai medesimi a convocare l'*assemblée générale* e la finale fase di informazione del *Président du Tribunal de Commerce*. Segue poi la possibilità per il *commissaire aux comptes* optare per l'istituto della riattivazione di una procedura di allerta alla quale aveva precedentemente posto fine. Si vedano: P. MERLE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 250 e ss.; B. SAINTOURENS, *op. cit.*, Paris, 1994, pp. 90 e ss.

²⁹¹ Il *Comité social et économique* non può mai sostituirsi agli organi sociali responsabili della direzione per assumere decisioni economiche, anche laddove esse potrebbero rivelarsi idonee a risolvere efficacemente le difficoltà che minacciano l'impresa: infatti, anche per il *Comité* (così come per il *commissaire aux comptes*) opera il principio di non ingerenza nella gestione. Si veda: P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 41 e ss.

oggettiva²⁹². Allorché il *Comité social et économique* riscontri la sussistenza di detti fatti rilevanti, può decidere di avviare la sua procedura. In una prima fase, essa si esplica in una richiesta di spiegazioni indirizzata al datore di lavoro (i.e.: l'imprenditore). Se tale dialogo non risulta soddisfacente, dalla c.d. *alerte restreinte*, si passa al *rapport d'alerte*, indirizzato innanzitutto all'imprenditore e al *commissaire aux comptes*. In tale rapporto, se le preoccupazioni intorno alla situazione dell'impresa non sono ancora state placate, il Comité può invitare alla convocazione degli organi incaricati dell'amministrazione o della sorveglianza ovvero, qualora essi manchino, informare direttamente i soci²⁹³.

²⁹² In particolare, si veda: P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 41 e ss. Secondo parte della dottrina, il criterio di avvio della procedura dettata per il *Comité social et économique* risulta differente solo *prima facie*; da un'analisi più attenta, infatti, si può notare come una seria preoccupazione sulla situazione aziendale dell'impresa spesso presupponga e sottenda un fascio di eventi idonei a compromettere la continuità aziendale, in F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 46 e ss. *Ad adiuvandum*, si veda: M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, Paris, 2006, ove gli Autori affermano che la "situazione preoccupante" non è altro che la "traduzione sociale del concetto contabile di continuità aziendale".

²⁹³ L. 2312-63 del *Code du Travail* "(1) Lorsque le comité d'entreprise a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications. (2) Cette demande est inscrite de droit à l'ordre du jour de la prochaine séance du comité d'entreprise. (3) Si le comité d'entreprise n'a pu obtenir de réponse suffisante de l'employeur ou si celle-ci confirme le caractère préoccupant de la situation, il établit un rapport. Dans les entreprises employant au moins mille salariés, ce rapport est établi par la commission économique prévue par l'article L. 2325-23. (4) Ce rapport, au titre du droit d'alerte économique, est transmis à l'employeur et au commissaire aux comptes", disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell'Autrice): "(1) Nel momento in cui il comitato d'impresa ha conoscenza di fatti di natura tale da incidere in maniera preoccupante sulla situazione economica dell'impresa, esso può chiedere all'imprenditore di dare spiegazioni. (2) Questa domanda è scritta di diritto nell'ordine del giorno della successiva riunione del comitato d'impresa. (3) Se il comitato d'impresa non ha potuto ottenere una risposta soddisfacente dall'imprenditore o se quest'ultimo conferma il carattere preoccupante della situazione, esso redige una relazione. Nelle imprese che impiegano almeno mille dipendenti, questa relazione è redatta dalla commissione economica prevista dall'art. L. 2325-23. (4) Questa relazione, nel quadro del diritto di allerta economica, è trasmesso all'imprenditore e al revisore legale dei conti"; art. L. 2312-65 del *Code de Commerce*: "(1) Le rapport du comité social et économique ou, le cas échéant, de la commission économique conclut en émettant un avis sur l'opportunité de saisir de ses conclusions l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance dans les sociétés ou personnes morales qui en sont dotées, ou d'en informer les associés dans les autres formes de sociétés ou les membres dans les groupements d'intérêt économique. [...]"; disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell'Autrice): "Il rapporto del *comité social et économique* o, se del caso, della *commission économique* si conclude con una risoluzione sull'opportunità di far deliberare l'organo incarica dell'amministrazione o della sorveglianza, nelle società o nelle persone giuridiche che ne sono dotate, ovvero di informarne i soci, nelle altre forme di società, o i membri nei, *groupements d'intérêt économique*. [...]"; art. L. 2325-23 del *Code du Travail* "(1) Dans les entreprises d'au moins mille salariés, une commission économique est créée au sein du comité d'entreprise ou du comité central d'entreprise. (2) Cette commission est chargée notamment d'étudier les documents économiques et financiers recueillis par le comité d'entreprise et toute question que ce dernier lui soumet", disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell'Autrice): "(1) Nelle imprese con almeno mille dipendenti, è creata una commissione economica in senso al comitato d'impresa o al comitato centrale d'impresa. (2) Questa commissione è incaricata in particolare di studiare i documenti economici e finanziari raccolti dal comitato d'impresa e tutte le questioni che quest'ultimo le sottopone". Si veda, in dottrina: P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 41 e ss.

Appare evidente la *ratio* della legittimazione di un organo- quale è il *Comité social et économique*- rappresentativo dei dipendenti salariati: essi, da un lato, sono direttamente interessati al buon andamento dell'impresa (per non rischiare di perdere il loro posto di lavoro); dall'altro, costituiscono personaggi chiave sia per la percezione tempestiva delle difficoltà sia per la cooperazione in vista di una loro risoluzione²⁹⁴.

Un ulteriore elemento di rilievo dell'allerta lanciata dal *Comité* concerne il suo carattere confidenziale, imposto dall'art. 2312-67 del *Code du Travail*²⁹⁵ e la cui contravvenzione, lungi dall'implicare condanne penali, è comunque idonea a condurre al licenziamento per colpa grave²⁹⁶

5.3.3 Il diritto di allerta dei soci di SA e SARL

Il ruolo dei soci, in Francia, sembra essere molto più incisivo rispetto a quello che gli stessi hanno ormai assunto nell'ordinamento italiano; tanto che si potrebbe quasi pensare che quel fenomeno di progressiva perdita di potere da parte dei consociati (la c.d. "managerializzazione" delle società), che ha interessato le imprese italiane in modo abbastanza significativo, abbia toccato solo labilmente le società d'oltralpe. Questo ruolo da protagonisti emerge, *in primis*, dagli ampi ed efficienti diritti informativi che la normativa francese riconosce alla compagine sociale. Essi vengono tradizionalmente suddivisi in diritti all'informazione permanente²⁹⁷ e diritti di informazione preliminari alla tenuta delle assemblee (in particolare, a quella di approvazione dei *comptes sociaux*). Oltre a ciò, tutti i soci possono prendere conoscenza, in ogni momento dell'anno, dei conti annuali (*i.e.*: *bilan*, *compte de résultat*, *annexes*), degli inventari, delle relazioni sottomesse all'attenzione delle varie assemblee sociali e dei processi verbali di suddette adunanze²⁹⁸. Infine, sempre allo scopo di

²⁹⁴ F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 50 e ss.

²⁹⁵ Art. L. 2312-67 del *Code du Travail*: "*Les informations concernant l'entreprise communiquées en application du présent paragraphe ont par nature un caractère confidentiel. Toute personne pouvant y accéder est tenue à leur égard à une obligation de discrétion*", disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell'Autrice): "Le informazioni concernenti l'impresa comunicate in applicazione del presente paragrafo hanno per natura un carattere confidenziale. Tutti coloro che vi possono avere accesso sono tenuti ad un obbligo di discrezione"; Y. CHAPUT, *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, Paris, 1986, pp. 99 e ss.

²⁹⁶ P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 240 e ss.

²⁹⁷ L'*information permanente* viene garantita dall'art. L. 225-108 del *Code de Commerce* che impone ai soci di SA di comunicare agli organi collegiali di gestione di inviare o mettere a disposizione dei soci i documenti necessari per consentire loro di pronunciarsi in modo conscio, nonché di dare un giudizio informato sulla gestione e sull'andamento degli affari sociali. Analogo trattamento ricevono i soci di SARL all'art. L. 223-26 del *Code de Commerce*. Si veda: D. GIBIRILA, *op. cit.*, Paris, 1995, pp. 357 e ss. A fare da cappello, troviamo una norma del *Code Civil*, in campo di *société civile*, vale a dire l' art. 1855 del *Code Civil* "*Les associés ont le droit d'obtenir, au moins une fois par an, communication des livres et des documents sociaux, et de poser par écrit des questions sur la gestion sociale auxquelles il devra être répondu par écrit dans le délai d'un mois*", disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell'Autrice): "I soci hanno diritto di ottenere visione, almeno una volta all'anno, dei libri e dei documenti sociali e di porre per iscritto domande sulla gestione sociale, alle quali si dovrà dare risposta per iscritto entro il termine di un mese".

²⁹⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, Paris, 2019, pp. 616 e ss.; B. SAINTOURENS, *op. cit.*, Paris, 1994, pp. 141-162; P. LE CANNU, B. DONDERO, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 875-896; D. GIBIRILA, *op. cit.*, Paris, 1995, pp. 357 e ss., in cui l'Autore evidenzia che, ad ulteriore protezione delle prerogative dei soci, tutte le disposizioni contrarie al diritto di controllo

approfondire la loro conoscenza sugli affari sociali, tutti i soci possono, in occasione dell'*assemblée générale*, porre domande scritte agli amministratori, i quali dovranno rispondere nel corso della medesima assemblea²⁹⁹.

Così, non può stupire il fatto che proprio a quegli stessi soci, soggetti così ben informati- quantomeno potenzialmente- sulla situazione sociale, venga anche affidato un *droit d'alerte*³⁰⁰. Esso compete agli azionisti di SA che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale³⁰¹ e ai soci di SARL, indipendentemente dalla porzione di capitale sociale rappresentata, purché essi non siano al contempo *gérants* dell'impresa³⁰². Costoro, dopo aver constatato la

permanente si considerano *tamquam non esset*. Ed invero, aggiunge anche che l'opposizione fatta al socio di esercitare il suo diritto di comunicazione è suscettibile di cagionare la nullità dell'assemblea (o della consultazione scritta) medesima, ex art. L.360, al. 2, del *Code de Commerce*.

²⁹⁹ F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 49; P. LE CANNU, *Des questions sans réponse*, in *Mél. en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, 2003, p. 603. Le norme di riferimento sono date dagli artt. L. 223-26, al. 3 e L. 225-108, al. 3 del *Code de Commerce*. Si denota la prassi dei soci di inviare anticipatamente le loro domande agli amministratori, in modo tale da dare loro l'agio di studiare e preparare risposte adeguate e non frettolose, in D. GIBIRILA, *op. cit.*, Paris, 1995, pp. 357 e ss.

³⁰⁰ L'espressione *droit d'alerte* rende subito palese la natura facoltativa e non obbligatoria dell'agire dei soci in sede di allerta. Ciononostante, non mancano voci tese ad affermare che la scelta di cui dispongono i soci- sul se avviare o meno il dialogo con l'organo amministrativo- si tramuti in dovere qualora essa appaia essere l'unica via per preservare l'interesse sociale. Si veda, *funditus*: B. BOUQUET, *Le droit d'alerte des associés minoritaires*, in G. BLANC (a cura di), *La prévention des difficultés des entreprises. Analyse des pratiques juridiques*, Aix-Marseille, 2004, pp. 81 e ss.

³⁰¹ La norma di riferimento è l'art. L. 225-232 del *Code de Commerce* "*Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social ou une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 peuvent, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au président du conseil d'administration ou au directoire sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse est communiquée au commissaire aux comptes*", disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell'Autrice): "Tanti azionisti che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale o una associazione rispettante le condizioni fissate dall'art. L. 225-120 possono due volte per esercizio, porre per iscritto domande al Presidente del consiglio di amministrazione o al direttorio su tutti i fatti di natura tale da compromettere la continuità aziendale. La risposta è comunicata al *commissaire aux comptes*". Si dà anche conto di un dibattito sviluppatosi fra gli interpreti: secondo alcuni, che si basano sulla differente dicitura normativa intercorrente tra l'art. L. 225-231 del *Code de Commerce*, in tema di designazione dell'*expert de gestion* e l'art. L. 223-232 del *Code de Commerce*, non essendo presente in quest'ultima alcun esplicito riferimento alla possibilità per gli azionisti di raggrupparsi, al fine di poter raggiungere la soglia di rappresentatività di capitale sociale richiesta per legge, ne desumono un implicito divieto normativo. Altri, tra cui C. SAINT-ALARY-HOUIN, appigliandosi al fatto che l'art. L. 223-232 del *Code de Commerce* enunci "uno o più azionisti" consentono la facoltà di raggruppamento. Quest'ultima soluzione appare, anche ad avviso di chi scrive, come più conforme allo spirito legislativo, che ha dato prova di volersi muovere verso un ampliamento della portata applicativa del diritto di allerta dei soci (per esempio, infatti, la soglia di rappresentatività del capitale sociale fu abbassata dal 10% al 5%). Sul tema si veda più diffusamente: B. BOUQUET, *Le droit d'alerte des associés minoritaires*, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 81 e ss.

³⁰² Nel caso, infatti, in cui in capo ai medesimi soggetti si sommino sia lo *status* di socio sia quello di gestore, la scelta di attribuirgli la possibilità di porre domande scritte agli amministratori condurrebbe ad un sistema di allerta in cui allertanti e allertati coincidono, in P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 50 e ss. Il riferimento normativo è fornito dall'art. L. 223-36 del *Code de Commerce* "*Tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la*

sussistenza di “un qualunque fatto di natura tale da compromettere la continuità aziendale”³⁰³, possono scegliere di porre, massimo due volte l’anno (da calcolarsi non globalmente, ma per soci o gruppi di soci³⁰⁴), domande scritte (*questions écrites*) agli amministratori, sui quali incombe un obbligo di risposta molto breve (di un mese)³⁰⁵. Con riferimento alle risposte degli amministratori, si appunta la mancanza di una qualunque sanzione comminabile all’organo dirigente che non provveda a fornire le dovute spiegazioni e l’omessa specificazione ad opera del legislatore del contenuto minimo della risposta che gli amministratori sono tenuti a dare³⁰⁶. L’unica cosa certa è che gli amministratori potranno *iure* rifiutarsi di rispondere in caso di *questionnement abusif* da parte dei soci, ossia qualora le domande poste siano frutto di un abuso di potere da parte della compagine sociale³⁰⁷.

Intorno al diritto di allerta dei soci si è, nel corso degli anni, sviluppato un dibattito molto sentito nella dottrina francese. Gli interpreti, infatti, si sono chiesti e si chiedono tutt’ora- se sia appropriato parlare di procedura di allerta anche con riferimento agli azionisti di SA e ai soci di SARL. Secondo taluni Autori, il *droit d’alerte* dei soci consta di una portata alquanto limitata (alcuni parlano di “mini” o “pseudo” allerta)³⁰⁸: esso non è altro che un dialogo tra soci e amministratori, i

continuité de l’exploitation. La réponse du gérant est communiquée au commissaire aux comptes”, disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell’Autrice): “Ogni socio non gestore può, due volte per esercizio, porre per iscritto domande ai soci gestori su tutti i fatti di natura tale da compromettere la continuità aziendale. La risposta dei soci gestori è comunicata al revisore legale dei conti”.

³⁰³ Si noti come il presupposto oggettivo per l’avvio della procedura d’allerta da parte dei soci coincide, perfettamente, con quello dettato con riferimento al dovere di allerta del *commissaire aux comptes*. Altro elemento di analogia è dato dalla possibilità di derivare l’informazione intorno ai fatti rilevanti da qualunque tipo di fonte. In definitiva pare che l’unico soggetto al quale la legge imponga dei limiti nei tipi di sorgenti informative sia il *Président du Tribunal de Commerce* (vedi infra, par: 5.4).

³⁰⁴ M.-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de credit*, Paris, 2017, p. 29.

³⁰⁵ P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 50 e ss.; A. PELLEGGATA, *Prevenzione della crisi di impresa*, cit., in www.iudicium.it.

³⁰⁶ B. BOUQUET, *Le droit d’alerte des associés minoritaires*, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 81 e ss., ove si postula la possibilità di dare applicazione alle norme di diritto comune in punto di responsabilità degli amministratori. In tal caso, questi ultimi verrebbero considerati civilmente responsabili in caso di mancata risposta (laddove questo loro comportamento negligente sia provato essere causa di un pregiudizio a danno della società). Integreranno poi gli estremi del *délit de entrave* alle funzioni del *commissaire aux comptes* (ex art. L. 820-4, al. 2, del *Code de Commerce*) in caso di omissioni che ne impediscano la partecipazione alla procedura di dialogo tra soci e amministratori.

³⁰⁷ P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 50 e ss.; B. BOUQUET, *Le droit d’alerte des associés minoritaires*, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 81 e ss.

³⁰⁸ P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 50 e ss.; P. MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Paris, 2018; C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 85 e ss. e pp. 111 e ss.; P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 240 e ss.; A. BRUNET, M. GERMAIN, *L’information des actionnaires et du comité d’entreprise dans les sociétés anonymes depuis les lois du 28 octobre 1982, du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985*, in *Rev. sociétés*, 1985, n. 1; B. SOINNE, *op. cit.*, JCP éd E, 1985; Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 100 e ss.; B. BOUQUET, *Le droit d’alerte des associés minoritaires*, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 81 e ss., ove il *droit d’alerte*

quali nella maggior parte dei casi sono già al corrente dei fatti rilevati ma hanno deciso di non agire per tentare di insabbiare la situazione e sperare che essa si riappiani naturalmente. Il socio allertante non ha il potere di far riunire gli organi collegiali di gestione: la sua procedura- che potremmo definire monofasica- trova il suo inizio e la sua fine nel tentativo di avviare un colloquio con i gestori. I medesimi Autori rassicurano circa la sussistenza di alcuni palliativi, messi in campo dal legislatore, per consentire ai soci di dare un seguito a quella loro prima attivazione, qualora non avessero ricevuto alcuna risposta dagli amministratori ovvero laddove le spiegazioni fornite risultassero insufficienti e insoddisfacenti. Innanzitutto, essi possono cercare di acquisire una maggiore comprensione della situazione, chiedendo la nomina di un *expert de gestion*³⁰⁹. Uno o più soci possono anche porre all'attenzione di tutta la compagine sociale gli elementi che hanno destato le loro preoccupazioni e che li hanno indotti a rivolgere le domande agli amministratori, durante la riunione dell'assemblea generale (alla quale presenza obbligatoriamente anche il *commissaire aux comptes*). Nel caso in cui non vogliano attendere la successiva assemblea generale ordinaria ovvero qualora lo imponga la gravità della situazione, essi possono chiederne agli amministratori la convocazione immediata. In caso di mancata cooperazione da parte degli amministratori, tanti soci che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale- ovvero, ma solo in caso di urgenza, ogni singolo socio indipendentemente dalla porzione di capitale rappresentata- possono chiedere la designazione giudiziale di un mandatario incaricato di effettuare la convocazione dell'assemblea³¹⁰. Infine, per i soci è contemplata la possibilità di far sì che l'allerta da loro in prima battuta lanciata, venga raccolta da un'altra "sentinella". Segnatamente, si fa riferimento al *commissaire aux comptes* e al *Président du Tribunal de Commerce*. Il primo è a conoscenza- come si dirà (vedi infra, par: 5.4)- sia delle domande poste sia, se esistenti, delle risposte fornite ed ha il dovere giuridico di avviare la sua procedura di allerta, qualora rilevi la sussistenza dei fatti rilevanti³¹¹. Il secondo può essere avvertito della situazione da parte dei soci così da provocare la convocazione, da parte, sua degli amministratori (ex art. L 611-2 del *Code de Commerce*) ovvero la nomina di un *juge enquêteur*³¹². Nonostante questi ulteriori mezzi di azione, tale parte di dottrina rimane ferma sulle sue posizioni: il diritto di allerta riconosciuto ai soci può al massimo essere iscritto nel novero dei diritti individuali degli stessi, ma lo stesso fatto che si siano resi necessari tali palliativi dimostra l'impossibilità di professare la natura di procedura di allerta *tout court*.

dei soci viene descritto più come un mezzo di informazione che di prevenzione, sostenendo che, in fondo, esso si concreta in un mero domandare.

³⁰⁹ La possibilità di chiedere la designazione di un *expert*, incaricato di presentare una relazione (*rapport*) su una o più operazioni gestorie, è prevista per le SA dall'art. L 225-231, al. 2 e ss, del *Code de Commerce* e per le SARL ex art. L. 223-37 del *Code de Commerce*. In dottrina, *ex multis*, si vedano: Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 100 e ss; B. BOUQUET, *Le droit d'alerte des associés minoritaires*, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 81 e ss.; D. GIBIRILA, *op. cit.*, Paris, 1995, pp. 357 e ss.

³¹⁰ B. BOUQUET, *Le droit d'alerte des associés minoritaires*, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 81 e ss.

³¹¹ V. BOURGNINAUD, *op. cit.*, Paris, 1995, p. 23.

³¹² B. BOUQUET, *Le droit d'alerte des associés minoritaires*, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 81 e ss.

Di tutt'altro avviso sono coloro che affermano che anche l'allerta dei soci consti di alcuni caratteri tipici delle allerte. Uno fra tutti è rappresentato dall'identità di presupposto oggettivo tra allerta (doverosa) del *commissaire aux comptes* e diritto di allerta dei soci. In ogni caso, indipendentemente da come la si voglia categorizzare, è indiscutibile che il legislatore francese abbia voluto mettere i soci nella posizione di poter davvero diffondere l'allerta ed esercitare sugli amministratori una pressione al fine che essi si attivino per adottare gli opportuni provvedimenti³¹³.

La procedura avviata dalla compagine sociale consta di un carattere riservato: domande e risposte devono essere comunicate al solo *commissaire aux comptes*³¹⁴, ma mai al *Comité social et économique*³¹⁵. Altro elemento di pregio è costituito dal fatto che i soci possano portare un giudizio più completo sulla gestione, non operando nel costante timore di agire in violazione del principio di non immistione. Essi, inoltre, si trovano nella naturale posizione di avere conoscenza delle difficoltà dell'impresa per canali diversi da quelli che sono propri del revisore legale, non essendo essi funzionalmente deputati al controllo di carattere contabile. Emerge così come, spesso, le allerte di soci e revisori legali si pongano come complementari: ciascuna è in grado, grazie alle sue peculiarità e alla caratura dei soggetti deputati all'avvio, di scorgere le molteplici e diverse sfaccettature di una potenziale e imminente situazione di crisi³¹⁶.

Diverso discorso, invece, vale- come si vedrà (vedi infra, par: 8.2)- per i soci delle imprese italiane. Essi, pur essendo i proprietari dell'impresa, coloro che mediante i loro conferimenti hanno deciso di scommettere sulla stessa investendovi e sperando di poterne poi trarre profitto, non sono stati dotati, né *uti singuli* né come *plenum* assembleare, di alcun ruolo all'interno delle procedure di allerta. Mentre in Francia il diritto di allerta dei soci si affianca a tutti gli altri diritti, poteri e prerogative che sono loro conferiti *ex lege*, per noi sarebbe necessario farlo derivare in via interpretativa proprio da tutti quei poteri informativi e di controllo- che caratterizzano peculiarmente i soci di s.r.l., stante l'assenza di una specifica previsione normativa in senso costitutivo di una qualunque sorta di "allerta dei soci".

³¹³ Si rammenta che, in definitiva, i soci, in qualità di titolari del potere di nomina e revoca della compagine gestoria, siano in grado di esercitare sugli amministratori una forte- e se non utilizzata abusivamente, bensì nell'interesse sociale, anche proficua- pressione psicologica. Si veda: A. CERATI-GAUTHIER, *La société en procédure collective e son associé: entre indépendance et influence*, Aix-Marseille, 2002, p. 281.

³¹⁴ P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 50 e ss.

³¹⁵ Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 100 e ss.

³¹⁶ B. BOUQUET, *Le droit d'alerte des associés minoritaires*, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 81 e ss.

5.4 Il ruolo del *Président du Tribunal*³¹⁷

Lo spazio di intervento da assegnarsi all'Autorità giudiziaria fu una questione dibattuta già in sede di redazione delle proposte di riforma ad opera delle due Commissioni Trevisano: alcuni, infatti, proponevano che una volta esauriti i colloqui interni con i soci e gli amministratori, i sindaci dovessero inviare un esposto al Tribunale, esortandolo a convocare l'imprenditore in difficoltà per una sua audizione (vedi *supra*, par: 3). "La cosa più paradossale era in realtà un'altra, e cioè che quello che veniva considerato "lesivo" sia dell'autonomia privata sia dei meccanismi posti a presidio della *corporate governance* costituiva da anni la regola per l'ordinamento francese"³¹⁸. Il sistema francese si è poi presentato presocchè immutato anche agli occhi dei componenti della Commissione Rordorf.

In primo luogo, in Francia, l'Autorità Giudiziaria può essere chiamata in causa per volontà dello stesso debitore, il quale- purché non sia già in stato di cessazione dei pagamenti- trovandosi in una condizione di difficoltà (*rectius* di crisi) ancora tranquillamente gestibile, può ricorrere al giudice. Avrà così accesso ad una procedura di protezione, in cui un professionista svolge la funzione di mediatore con i creditori, al fine di ricercare in tempi rapidi di una soluzione che consenta di superare le difficoltà incipienti. In secondo luogo, qualora venga avviata una procedura di allerta ad opera del *commissaire aux comptes* o del *Comité*, il giudice, può essere chiamato a intervenire nella fase finale, alla quale si approda una volta che l'allerta si rivolge ormai definitivamente verso l'esterno a fronte degli esiti fallimentari delle fasi endosocietarie³¹⁹.

Soprattutto, però, ai sensi dell'art. L. 611-2 del *Code de Commerce*³²⁰: il Presidente del Tribunale può convocare il debitore (solitamente nelle persone

³¹⁷ Le norme in materia accostano sempre due figure: *Président du Tribunal de Commerce* e *Président du Tribunal de Grande Instance*, ai quali il legislatore assegna in tema di allerta poteri e funzioni pressoché identiche. La competenza tra i due è ripartita solo in funzione della qualità del soggetto *en difficulté*. Tuttavia, lo studio di un'invalsa prassi ormai diffusa in larga parte su tutto il territorio francese sta facendo emergere come il ruolo del *Président du Tribunal de Grande Instance* sia ormai prossimo all'oblio. Sul punto non sono mancate voci di preoccupazione: detto Tribunale, infatti, era deputato a conoscere delle situazioni di crisi, fra altri, dei liberi professionisti, noti per accumulare sovente rilevanti ritardi nell'adempimento ai loro obblighi fiscali e sociali, in LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 227 e ss.

³¹⁸ A. PELLEGGATTA, *Prevenzione della crisi di impresa*, cit., in www.iudicium.it, cit.

³¹⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 115 e ss.

³²⁰ L. 611-2 del *Code de Commerce* "I. – (1) Lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, un groupement d'intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation. (2) A l'issue de cet entretien ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à sa convocation, le président du tribunal peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur. II. – (1) Lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, le président du tribunal peut leur adresser une injonction de le faire à bref délai sous astreinte. (2) Si cette injonction n'est pas suivie d'effet dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, le président du tribunal peut également faire application à leur égard des dispositions du deuxième alinéa du I.",

degli amministratori) in audizione: è questa quella che viene definita come “procedura di allerta esterna del *Président du Tribunal de Commerce*”. Il colloquio con gli amministratori deve assumere la forma di un “*entretien confidentiel*” (per esempio, è fatto divieto allo stesso Cancelliere di partecipare)³²¹. In questa sede la sua funzione è semplicemente quella di raccogliere informazioni: non si mira né all’esercizio di una funzione giurisdizionale *stricto sensu* (che sia ascrivibile al tradizionale concetto di contenzioso)³²² né a suggerire provvedimenti da adottare per evitare o superare la situazione di difficoltà³²³. Infatti, il *Président* deve astenersi dal fornire consigli e indicazioni e spingersi al massimo solo sino ad uno scambio di punti di vista³²⁴. Emerge, così, una pregnante differenza con le competenze e mansioni che la Riforma Rordorf ha voluto assegnare all’OCRI, il

disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell’Autrice): “I. – (1) Qualora risulti da ogni atto, documento o procedura che una società commerciale, un gruppo di interesse economico o un’impresa individuale, commerciale o artigianale, conosca difficoltà di natura tale da compromettere la continuità aziendale, i suoi amministratori possono essere convocati dal Presidente del Tribunale del Commercio affinché siano adottate misure idonee a risolvere la situazione. (2) A seguito di questo colloquio o se gli amministratori non si siano recati a alla loro convocazione, il Presidente del Tribunale può, in deroga a tutte le disposizioni legislative o regolamentari contrarie, ottenere comunicazione, da parte del revisore legale dei conti, dei membri e rappresentanti del personale, delle pubbliche amministrazioni, degli organismi di sicurezza e di previdenza sociale, nonché dei servizi incaricati della centralizzazione dei rischi bancari e dei problemi di pagamento, di dati tali da fornirgli una esatta informazione sulla situazione economica e finanziaria del debitore. II. – (1) Qualora gli amministratori di una società commerciale non procedano al deposito del bilancio annuale di esercizio, entro i termini previsti ai sensi delle discipline applicabili, il Presidente del Tribunale può loro ingiungere di farlo entro un breve termine, dietro la minaccia di una penalità. (2) Se questa ingiunzione non viene ottemperata entro il termine fissato per decreto dal Consiglio di Stato, il Presidente del Tribunale può comunque loro applicare le disposizioni di cui al secondo comma del I.”

³²¹ È chiaro che, soprattutto nelle piccole città, potrebbero sorgere difficoltà nel garantire il carattere confidenziale, in P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018.

³²² B. SOINNE, *op. cit.*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995, p. 65; Si veda anche: F.-M. GIOCANTI, *Un contexte préoccupante et un constat accablant*, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 117-122, in cui si esorta a non concepire i *Tribunaux de Commerce* come “nemici dell’imprenditore”, dal momento che essi non sono sempre e solo deputati ad una funzione di giudizio e sanzione; al contrario, ci sono casi in cui gli imprenditori possono decidere di porsi sotto la sua protezione, all’interno di un quadro non giudiziario.

³²³ Il Presidente del Tribunale può al massimo nominare, se lo ritiene necessario o opportuno, un *mandataire ad hoc*, il quale può essere incaricato di affiancare gli amministratori (che comunque restano titolari di poteri di direzione e gestione dell’impresa) nella gestione dell’azienda e di ricercare con loro le soluzioni migliori per superare la crisi. La designazione di un *mandataire ad hoc* può anche essere volontariamente chiesta dagli imprenditori che siano in stato di difficoltà, non ancora trasformatosi in stato di cessazione dei pagamenti. Il soggetto competente per la designazione del *mandataire ad hoc* è il Presidente del Tribunale, nel rispetto delle cause di incompatibilità previste *ex lege* e dando la precedenza alla persona proposta dal mandante. All’atto della designazione viene stabilito l’oggetto del mandato (solitamente esso ruota intorno ad una funzione di coadiuvo dell’imprenditore, nelle fasi di negoziazione con i suoi principali creditori per ottenere la rimessione dei debiti, ma nulla osta a ricomprendervi qualunque altra mansione volta a risolvere le difficoltà incontrate dall’impresa), la sua durata, nonché le condizioni di remunerazione. Stante l’importanza che la confidenzialità assume nei contesti di crisi, si mette in luce che la designazione del mandatario *ad hoc* non è pubblica e che il mandante non è tenuto a informare il Comitato d’impresa o i delegati del personale. Lo scopo finale rimane quello di evitare di integrare gli estremi dell’*état de cessation des paiements*”, in www.pernaud.fr e in L. BENEDETTI, *Le procédure d’allerta*, cit., in www.rivistaodc.eu, cit., pp. 29-30.

³²⁴ SOINNE, *op. cit.*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995, p. 65.

quale, invece, è deputato a svolgere un ruolo attivo, anche di individuazione, in concerto con l'imprenditore, delle azioni da intraprendere per fronteggiare lo stato di crisi.

Analogamente alla posizione giuridica soggettiva che interessa i soci e il *Comité social et économique*, e a differenza dell'obbligo giuridico che invece si impone al *commissaire aux comptes*, il *Président du Tribunal* ha una mera facoltà (la norma si pronuncia, infatti, in chiave potenziale: "*peuvent*") di dare avvio della procedura³²⁵. Quanto invece al presupposto giustificativo del lancio, la *littera legis* non pare stravagante: ormai familiare è il riferimento ai "fatti di natura tale da compromettere la continuità aziendale"³²⁶. L'unico elemento peculiare è rappresentato dalla specificazione che il legislatore ha deciso di inserire con riferimento alle fonti di informazione utilizzabili dal Presidente: "qualunque atto, documento o procedura"- afferma l'*incipit* dell'art. L. 611-2 del *Code de Commerce*.

Una delle ragioni che, indubbiamente, ha indotto la Francia a garantire un ruolo di tutto rispetto ai giudici nell'ambito delle azioni di prevenzione della crisi di impresa è rappresentata dal fatto che il Presidente del Tribunale del Commercio si trova al centro di un corposo e dettagliato circolo di informazioni³²⁷: non c'è dubbio che ciò lo renda (*a latere* di soggetti che operano direttamente all'interno dell'impresa interessata, quali sono amministratori e *commissaire aux comptes*, e di istituti, come i *Groupements de prévention agréés*, che gli imprenditori, volontariamente, rendono edotti dello stato delle cose aziendali) fra i meglio posizionati a conoscere tempestivamente un deterioramento degli equilibri aziendali, potenzialmente foriero di irreversibili difficoltà³²⁸. Inoltre, se è pur vero che non esistono sanzioni dirette a carico degli amministratori che non

³²⁵ P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 59 e ss.; F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 48 e ss.; J. RAIBAUT, *Une politique juridictionnelle la prévention des difficultés des entreprises*, in *Rev. proc. coll.*, 2009, n. 20, p. 73.

³²⁶ P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 59 e ss.

³²⁷ In particolare, il Presidente del Tribunale del Commercio può acquisire dalla Cancelleria (*Grefte*) una fornita serie di documenti, fra cui: i conti sociali annuali, lo stato di iscrizione di pegni e privilegi, l'elenco delle procedure in corso in cui l'impresa è a qualunque titolo implicata, stato dei protesti, ingiunzioni di pagamento, ecc. Inoltre, il *Président*, per completare il suo panorama informativo, può decidere di dar vita ai c.d. *Observatoires des difficultés des entreprises*, ai quali partecipano figure di angolare rilievo, quali lo stesso Presidente o un suo delegato, il Direttore della Banca di Francia, il Cancelliere, il *Trésorier Payer Général*, l'*Inspecteur du Travail*, il *Receveur divisionnaire*, ecc. Si vedano anche: F.-M. GIOCANTI, *Un contexte préoccupante et un constat accablant*, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 117-122 e F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 50 e ss. Tuttavia, in P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 59 e ss., si mettono in luce alcune falle del sistema informativo che ruota intorno ai Tribunali commerciali francesi: in primo luogo, è impensabile che il *Président du Tribunal* controlli sistematicamente tutti i bilanci depositati e a palliativo di ciò non è posto alcuno obbligo in capo al Cancelliere di attirare l'attenzione o sottoporre a visione determinati documenti "interessanti" (anche se è vero che alcuni Tribunali, come quello di Parigi, organizzano una qualche forma di sorveglianza interna per canalizzare e classificare i documenti depositati). In secondo luogo, poi, si rammenta che non sempre il Presidente può esercitare il suo potere di ingiunzione al deposito dei conti sociali quando si trova di fronte ad un inadempimento dell'obbligo di deposito da parte degli organi sociali (bisogna comunque ammettere che appartiene ormai al passato l'epoca in cui in assenza di una procedura pendente il *Président* non potesse in alcun modo ordinare la comunicazione dei bilanci e di altre informazioni sulla situazione economica e finanziaria dell'impresa).

³²⁸ SOINNE, *op. cit.*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995, p. 65.

cooperano con il Tribunale (per esempio, non recandosi alla convocazione o recandovisi ma omettendo di partecipare in modo attivo e costruttivo), sappiamo anche che il Presidente può colmare le sue lacune conoscitive esercitando il potere di richiesta di comunicazione previsto dall'art.- già esaminato- L. 611-2, I, al. 2, del *Code de Commerce*³²⁹.

L'ordinamento francese, dunque, non ha sentito il bisogno di istituire un organismo simile al nostro OCRI: gli imprenditori si affidano ai giudici, e in particolare a quelli specializzati operanti presso il *Tribunal de Commerce*. E si ritiene che sia proprio la particolare composizione e la risalente esperienza dei *Tribunaux de Commerce* a giustificare l'assenza di remore da parte del legislatore d'oltralpe nell'attribuire un ruolo centrale all'Autorità Giudiziaria³³⁰. Così, ci si chiede come mai il legislatore nostrano abbia deciso di discostarsi in modo tanto fermo da quanto prefigurato nella disciplina francese. Il movente potrebbe forse essere rintracciato nel tentativo di evitare un'acritica trasposizione di soluzioni straniere senza rielaborarle e adattarle al contesto e alla storia del nostro ordinamento, senza per esempio tener conto che proprio l'eccessivo spazio riservato all'Autorità Giudiziaria aveva condotto ad un esito abortivo le proposte delle due Commissioni Trevisanato. Bisogna tuttavia tener conto del fatto che non sono mancate, nel panorama dottrinario italiano successivo a quell'epoca, voci di auspicio per un più pregnante intervento dell'Autorità Giudiziaria nelle procedure di allerta: *prima facie*, infatti, la concessione di spazi di manovra e ingerenza ai giudici potrebbe sembrare l'unica via per "coartare in qualche modo la volontà dell'imprenditore per costringerlo a "prendere di petto" tempestivamente la situazione di difficoltà, vincendo la sua convinzione di poter riuscire a superarla autonomamente"³³¹. Ciononostante, il legislatore italiano decise di optare per gli Organismi di composizione della crisi d'impresa. La conseguenza, probabilmente, sarà che i giudici perderanno qualunque ruolo

³²⁹ F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 59 e ss.

³³⁰ SOINNE, *op. cit.*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995, pp. 38 e ss. e p. 65, l'Autrice afferma che non di rado, proprio in forza della pregevole levatura morale e professionale dei giudici che compongono i collegi presso i *Tribunaux de Commerce*, la prassi ha dimostrato di preferire affidare le difficoltà delle imprese alla sede giurisdizionale- pur se, come detto, operante in una veste assistenzialista più che giudicante- e non a organismi pubblici di altro tipo. La scelta, infatti, sarebbe potuta ricadere su moltissimi altri soggetti che, con funzioni parzialmente diverse, popolano il panorama dell'ordinamento e del mondo degli affari francesi e che- in modo pari o analogo ai Tribunali commerciali- possiedono rilevanti informazioni, idonee a far luce sulla situazione di potenziale crisi di un'impresa. A titolo di esempio, l'Autrice cita: la *Banque de France*, le *Chambres de Commerce*, i *Centre d'Information sur la Prévention* (c.d. *CPI*, già attivi in numerose regioni), i *Comité départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises* (*Codefi*), il *Comité interministériel de restructuration industrielle* (*Ciri*), il *Comité régional de restructuration industrielle* (*Corri*), il *CCSF* (*Comité consultatif du secteur financier*), ecc. Si segnala anche che una via diametralmente opposta- vale a dire tesa a prediligere l'intervento di organismi e commissioni rappresentative di poteri pubblici, para-pubblici o istituzionali- è stata imboccata dalla normativa sulle procedure da sovraindebitamento (che ha fatto il suo debutto in Francia con la Legge n. 1010, del 31 dicembre 1989, la quale prevede un avvio rimesso alla stessa volontà del debitore, che si rivolge ad una Commissione di esame delle situazioni da sovraindebitamento del dipartimento competente). Si veda anche: F.-M. GIOCANTI, *Un contexte préoccupante et un constat accablant*, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 117-122.

³³¹ L. BENEDETTI, *Le procedure d'allerta*, cit., in www.rivistaodc.eu, cit., p. 27.

nell'ambito delle procedure di allerta³³²: al massimo, si può ipotizzare che i giudici italiani intervengano *ex post*, in occasione della promozione di azioni di responsabilità da parte della società, dei creditori o di terzi, nei confronti degli amministratori, dei sindaci o dei revisori, nonché nel caso in cui si ritenga possibile citare in giudizio i membri dell'OCRI, al fine di ottenere un risarcimento dei danni (all'immagine commerciale e/o per causazione o aggravamento del dissesto) derivanti causalmente da un loro inadempimento dei propri obblighi legali.

5.5 I regimi di responsabilità

Le norme che disciplinano la responsabilità degli organi sociali operanti in un contesto di crisi e segnatamente nella fase di avvio e attuazione delle procedure di allerta assumono, indubbiamente, un'importanza centrale. Esse, infatti, costituiscono la sola strada percorribile dalla società e dai terzi, qualora volessero, lesi nei loro diritti o nelle loro prerogative, adire il Tribunale al fine di chiedere al giudice di condannare i responsabili al risarcimento dei danni da essi cagionati.

La *ratio* sottesa alle norme di responsabilizzazione degli organi sociali è indubbiamente comune agli ordinamenti francese e italiano: gestori e controllori sono i protagonisti della vita sociale, sia quando l'impresa naviga in acque tranquille sia quando la tempesta della crisi fa capolino all'orizzonte; nelle loro mani risiede il potere di prendere contezza delle sopravveniente difficoltà e di cercare di salvare la società dal tracollo. Anche in questa sede, perciò, sembra di pregevole utilità l'analisi degli approdi dottrinali e giurisprudenziali d'oltralpe, per guidare le future disamine degli interpreti italiani.

5.5.1 La responsabilità degli amministratori

Per quanto riguarda le figure degli amministratori, l'ordinamento francese non prevede una forma di responsabilità specifica- potremmo dire "da allerta"- con la conseguenza che non resta altra via se non quella di ricorrere

³³² La posizione del legislatore della Riforma si pone in linea con il fenomeno di fenomeno di "disintermediazione giudiziaria delle crisi aziendali" (S. DE MATTEIS, N. GRAZIANO, *Manuale del concordato preventivo*, Rimini, 2013, pp. 191-192)- definito da alcuni come di "degiurisdizionalizzazione" (Si veda, *ex multis*, L. ROVELLI, *La tutela dei diritti dei creditori attraverso le procedure concorsuali e l'art. 24 della Costituzione*, in M. FABIANI, A. PATTI, *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, Milano, 2006, pp. 13 e ss.). Come detto (vedi *supra*, par: 4.3), il giudice perde qualunque funzioni di natura gestoria, sia nella fase di composizione preventiva della crisi sia in quella di gestione successiva dell'insolvenza conclamata. Tuttavia, mentre in relazione all'istituto del concordato preventivo, quando gli interpreti parlavano di "disintermediazione", tendevano sempre a rassicurare circa la necessità di mantenere esistente uno spazio minimo di intervento dell'Autorità Giudiziaria, alla luce della "insopprimibile istanza di tutela dei diritti e, in particolare dei creditori più deboli: sicché il marcato approccio negoziale non sminuisce la funzione di garanzia dell'autorità giurisdizionale" (F. DI MARZIO, *La crisi d'impresa*, Padova, 2011, cit., pp. 319-320, F. DE STANISLAO, *Il giudice delegato fallimentare tra "gestione" e "giurisdizione": tracce per una riflessione dei iure condendo*, in *Giur. Comm.*, vol. I, 2002, p. 497), il fenomeno si atteggia in modo parzialmente diverso nell'ambito delle procedure di allerta. Qui, infatti, stante la previsione degli Organismi di composizione della crisi d'impresa, sembrerebbe che l'Autorità Giudiziaria abbia totalmente perso ogni ruolo: essa non concede autorizzazioni, né dispone atti o operazioni su proposta o richiesta di altri soggetti, non riceve reclami né istanza di altra sorta.

all'applicazione delle regole generali di diritto comune³³³. Queste ultime impongono all'attore di dar prova del nesso causale e del pregiudizio cagionato, nonché della colpa (*faute*) che innerva la condotta gestoria. Infatti, come accade anche nell'ordinamento italiano, rimane fermo il principio per cui, ai gestori, possono essere imputati solo e soltanto i danni causalmente riconducibili ad un loro comportamento almeno colpevole³³⁴. Per accertare il grado di diligenza tenuto dagli amministratori, i giudici prendono come punto di riferimento quello che avrebbe fatto un amministratore medio, avente normale prudenza e diligenza, se si fosse trovato nella medesima situazione. Perciò, il giudizio viene fatto *in abstracto*, ma tenendo in considerazione alcuni elementi concreti (come le dimensioni della società, il settore commerciale in cui essa opera, l'eventuale quotazione in borsa, ecc.)³³⁵. In ogni caso, si deve ricordare che i gestori hanno una obbligazione di mezzi e mai di risultato: non sorge a loro carico alcun dovere di riuscire a risolvere la situazione di crisi, o peggio di insolvenza; l'obbligo è quello di "aprire gli occhi" ed attivarsi non quello di riuscire a debellare la minaccia. È chiaro però che se gli amministratori, diligentemente, debitamente e prontamente allertati, non muovono un dito e rimangono totalmente inerti, sarà difficile per gli stessi provare la non colpevolezza di questa loro condotta;

³³³ SOINNE, *op. cit.*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995, pp. 75 e ss. Al contrario, titoli di responsabilità specifici sono previsti in sede di *redressement judiciaire* e *liquidation judiciaire* (che presuppongono l'aver integrato lo stato di *cessation des paiements*). Nello specifico si fa riferimento, anzitutto, all'*action en comblement du passif social* (che a partire dalla riforma del 2005 è meglio conosciuta come responsabilità per insufficienza di attivo). Oltre alla sussistenza del pregiudizio ai danni della società e del nesso causale che lo fa discendere da una condotta gestoria, sarà necessario dare anche prova della *faute de gestion* (letteralmente: "colpa nella gestione"). Quest'ultima è un concetto che merita di essere inteso in modo ampio, in modo tale che esso possa ricomprendere qualunque colpa commessa nell'amministrazione generale della persona giuridica. Sul tema si rileva che la giurisprudenza è da sempre molto accondiscendente nei confronti degli organi gestori, pretendendo che le negligenze o le imprudenze siano relativamente serie o quantomeno plurime (si veda, *ex alia*, *Cons. Const.*, 26-09-14, n. 415, in *Rev. sociétés*, 2014, p. 753, suffragata dalla c.d. *Loi Sapin 2*, del 9 dicembre 2016, che esclude la possibilità di esperire l'azione per insufficienza di attivo qualora gli amministratori abbiano commesso solo semplici negligenze). Così per esempio, i giudici sono soliti richiedere la sussistenza di condotte quali l'assente o irregolare tenuta della contabilità (*Cass. com.*, 11-02-14, n. 21069, in *Rev. sociétés*, 2014, p. 495, con nota di T. MASTRULLO), il proseguimento abusivo di una gestione deficitaria (*Cass. com.*, 30-11-93, in *Bull. Joly*, 1994, p. 410, con nota di PH. PÉTEL), l'omissione della nomina (nel caso in cui fosse obbligatoria) del *commissaire aux comptes* (CA Paris, 18-11-97, in *Bull. Joly*, 1998, p. 250, con nota di J.-J. BARBIÈRI), il ritardo nella dichiarazione dell'*état de cessation des paiements* (*Cass. com.*, 16-03-99, in *RJDA*, 1999, n. 455). Infine, si chiarisce che l'ammontare raggiunto dal passivo costituisce anche il massimale quantitativo di danno che può richiedersi agli amministratori di risarcire. In ogni caso, non serve che il comportamento dei gestori abbia da solo cagionato l'intero dissesto (eventualità inverosimile, per non dire irrealizzabile): la giurisprudenza, infatti, preferisce parlare di colpe che abbiano contribuito all'insufficienza di attivo (*Cass. com.*, 03-01-95, in *Bull. Joly*, 1995, p. 266 e *Cass. com.*, 26-06-05, in *Dr. sociétés*, 2005, n. 193), in J.-P. CASIMIR, M. GERMAIN, *op. cit.*, Paris, 2017, pp. 428 e ss. Sul tema dell'*action en comblement du passif social* si veda anche: PH. CONTE, D. GUTTMAN, M. GERMAIN, *op. cit.*, Paris, 2002, pp. 16-27.

³³⁴ G. BERTOLOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, pp. 151 e ss.; G. CARMELLINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procédure d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in *Annali dell'Università del Molise*, 2013, pp. 259 e ss.; P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 39 e ss.; Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 51 e ss.; J.-P. CASIMIR, M. GERMAIN, *op. cit.*, Paris, 2017, p. 429.

³³⁵ PH. CONTE, D. GUTTMAN, M. GERMAIN, *op. cit.*, Paris, 2002, pp. 730-741.

possono al massimo sperare di riuscire ad allegare l'insussistenza del pregiudizio o a spezzare il nesso causale³³⁶.

La condotta colposa potrà avere una natura non solo commissiva, ma anche omissiva, dal momento che amministrare una società implica un ruolo attivo con la conseguenza che l'inerzia (immotivata e, *a fortiori*, dopo una richiesta di attivazione, quale è quella che proviene dall'interpello a seguito del lancio di una procedura di allerta) è *ex se* costitutiva di colpa³³⁷. Gettando uno sguardo alle possibili condotte negligenti, imprudenti o imperite, ascrivibili al meccanismo delle procedure di allerta, si possono enumerare: la mancata, insoddisfacente o tardiva risposta da parte degli amministratori, dopo che gli stessi sono stati interpellati da una delle "sentinelle" (*commissaire aux comptes*, soci o *Comité social et économique*) ed allertati circa la situazione di difficoltà che l'impresa da loro guidata sta attraversando; l'inottemperanza rispetto alla richiesta del *commissaire aux comptes* di far deliberare l'organo gestorio³³⁸; la mancata o inadeguata predisposizione delle contromisure richieste per far fronte alla crisi³³⁹. Inoltre, si rammenta che "la creazione di una società senza uno studio preliminare per la ripresa dell'attività in caso di difficoltà costituisce una colpa di gestione", dal momento che un simile studio avrebbe consentito agli amministratori di comprendere la sussistenza, la natura e la portata delle difficoltà nonché di poter scegliere, conoscendo in modo limpido la struttura dell'impresa che stanno guidando, il modo più adeguato di risolverle³⁴⁰. Emerge, con sufficiente limpidezza un parallelismo tra queste considerazioni e gli obblighi imposti dal legislatore, italiano di predisposizione e valutazione degli assetti adeguati, di carattere organizzativo, amministrativo e contabile.

Alla responsabilità civile, si affiancano la responsabilità penale per condotte di intralcio alle funzioni del *commissaire aux comptes* o del *Comité d'entreprise* (punibili, rispettivamente ai sensi degli artt. L. 820-4, *al.* 2, e L. 482-

³³⁶ F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 54 e ss.

³³⁷ PH. CONTE, D. GUTTMAN, M. GERMAIN, *op. cit.*, Paris, 2002, pp. 730-741. Si deve in ogni caso tener presente che, mentre la giurisprudenza tende ad essere molto rigida e severa nel sanzionare le condotte di gestori sleali nei confronti della società che amministrano (per esempio, di quanti privilegiano i propri interessi personali a quelli sociali, come in Cass. *com.*, 24-02-98, in *Rev. soc.*, 1994, p. 136, con nota di Y. GUYON), mantiene un atteggiamento molto più comprensivo verso gli amministratori leali e corretti, che verranno ritenuti responsabili solo nel caso in cui abbiano commesso un grossolano errore di apprezzamento.

³³⁸ D. VIDAL, *Prévention des difficultés*, cit., in *Juris Classeur Commercial*, n. 44, fasc. 2025, 2006. Per l'interessante lettura di un caso pratico in cui i giudici imputano agli amministratori la colpa di non aver preso adeguate misure di *redressement* a fronte del lancio di una procedura di allerta da parte del *commissaire aux comptes*, si veda: Cass. *Com.*, 25-06-02, *RJDA* 2002, n. 1305, pp. 1101 e ss.

³³⁹ Con riferimento, per esempio, alla procedura di allerta avviata dal *Président du Tribunal de Commerce*, a quest'ultimo è imposto di comunicare agli amministratori che loro e solo loro sono responsabili dell'apprezzamento della situazione e delle rispettive conseguenze; così, per esempio, se a seguito del dialogo con il giudice non si attivano per cercare di trovare una soluzione alle difficoltà e continuano la gestione deficitaria portando l'impresa al fallimento potranno essere ritenuti responsabili per insufficienza di attivo, in SOINNE, *op. cit.*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995, p. 65.

³⁴⁰ Cass. *Com.*, 25-06-02, *RJDA* 2002, n. 1305, pp. 1101 e ss.

1 del *Code de Commerce*)³⁴¹ e le possibili conseguenze interne alla società, *in primis* la revoca per giusta causa³⁴².

5.5.2 La responsabilità del *commissaire aux comptes*

Analogamente all'impostazione adottata nella dottrina italiana per trattare la responsabilità dei sindaci di società, anche con riferimento al *commissaire aux comptes* si può parlare di responsabilità per fatto proprio (art. L. 822-17, *al.* 1, del *Code de Commerce*) e responsabilità *in solidum* con gli amministratori che si sono macchiati di colpe nella gestione (art. L. 822-17, *al.* 3, del *Code de Commerce*)³⁴³. Con riferimento specifico alla responsabilità solidale, si precisa *sin d'ora* (vedi *funditus*, par: 6.3.2) che essa rimane viva anche dopo l'avvio della procedura di allerta, senza che si possa presupporre l'operare in Francia di un qualunque tentativo di slittamento della funzione di controllo sulla gestione in capo al Presidente del Tribunale, una volta che la questione sia approdata al suo cospetto³⁴⁴. Inoltre, rifuggendo anche l'ordinamento francese dalle forme di responsabilità oggettiva (o per fatto altrui), si deve ritenere che ambedue le forme di responsabilità richiedano la prova della colpevolezza della condotta, del nesso eziologico e del pregiudizio causato. Questi ultimi due elementi non richiedono particolari adattamenti al contesto dell'allerta delle soluzioni nel tempo elaborate dagli interpreti (per di più segnate da numerosi tratti di somiglianza tra Francia e Italia) per il diritto comune³⁴⁵; si è ritenuto, pertanto, di concentrarsi maggiormente sul tema delle condotte rilevanti e della prova della colpevolezza.

A monte, il *commissaire aux comptes* non può assumere correttamente il controllo legale dei conti di un'impresa se non ne conosce sufficientemente gli scopi, la struttura organizzativa e le modalità di attuazione e attivazione delle procedure di controllo. Infatti, se si parte dal presupposto per cui i dati contabili non sono altro che la traduzione cifrata delle attività economiche e delle relazioni giuridiche dell'impresa, è facile capire che per assicurarne l'affidabilità, il revisore legale deve avere un approccio globale all'impresa, conoscendone e

³⁴¹ P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 39 e ss.

³⁴² Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 51 e ss.

³⁴³ Art. L. 822-17 del *Code de Commerce*: "(1) *Les commissaires aux comptes sont responsables, tant à l'égard de la société que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et négligences par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions. [...] (3) Ils ne sont pas civilement responsables des infractions commises par les administrateurs ou les membres du directoire, selon le cas, sauf si, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas révélées dans leur rapport à l'assemblée générale*", disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell'Autrice): "(1) I *commissaire aux comptes* sono responsabili, sia nei confronti della società che dei terzi, delle conseguenze pregiudizievoli delle colpe e negligenze da loro commesse nell'esercizio delle loro funzioni. [...] (3) Essi non sono civilmente responsabili delle violazioni commesse dagli amministratori o dai membri del *directoire*, salvo nel caso in cui, pur avendone conoscenza, non ne hanno fatto menzione nella loro relazione in assemblea generale". Per un approfondimento dottrinale, si veda, *ex multis*: A. ROBERT, *op. cit.*, Paris, 2011, pp. 34 e ss.

³⁴⁴ Al contrario (vedi *infra*, par: 6.3.2), con riferimento all'ordinamento italiano, al fine di riportare a sistema la previsione di esenzione da responsabilità ex art. 14, comma 3, C.C.I.I. e per garantire la permanenza di una qualche forma di controllo, si ipotizza un trasferimento di funzioni all'OCRI.

³⁴⁵ M.-H. MONSIÈRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 100 e ss. In giurisprudenza, si veda: Cass. com., 21-11-89, *Bull. CNCC* 1990, p. 240, con nota di E. DU PONTAVICE; G. DAUBOIN, *Foctionnement et perception du contrôle par le juges. La responsabilité des commissaires aux comptes*, in A. SAYAG (a cura di), *Le commissaire aux comptes. Renforcement ou derive?*, Paris, 1989.

studiandone l'insieme delle strutture e delle procedure prima ancora di espletare un'efficace attività di verifica, controllo e approvazione dei conti sociali³⁴⁶. Similmente a quanto detto nel paragrafo sulla responsabilità dell'organo gestorio (vedi *supra*, par: 5.5.1), risuona qui un'assonanza con gli obblighi di controllo sulla predisposizione di adeguati assetti.

Parlando ora, più nello specifico, delle procedure di allerta, si deve ricordare che il *commissaire aux comptes* è titolare di un dovere di far suonare le campane dell'allarme. Ed è chiaro che il carattere obbligatorio dell'avvio della procedura si riflette sulla responsabilità. Scandagliando le possibili condotte in contraddizione con il corretto svolgimento della sua funzione, si può affermare che, anzitutto, i revisori legali saranno responsabili per omissione, in caso mancata rilevazione (per negligenza o imprudenza) degli indizi di difficoltà di cui avrebbe dovuto essere a conoscenza³⁴⁷. Dalla *littera legis*³⁴⁸, pare evidente che, quantomeno in una prima fase, non si richieda al *commissaire* di svolgere investigazioni ulteriori, che esulino rispetto allo svolgimento del suo incarico di revisione contabile³⁴⁹. È pur vero, però, che non manca chi sostiene che, una volta scorti i primi segnali di difficoltà, il grado di attenzione e di approfondimento nell'indagine che si richiede al "diligente revisore dei conti"³⁵⁰ aumenti ed egli sia tenuto ad effettuare analisi molto più puntuali, accorte e ad ampio raggio³⁵¹. Un

³⁴⁶ L. COLLINS, *Commissariat aux comptes et contrôle interne*, in A. SAYAG (a cura di), *Le commissaire aux comptes. Renforcement ou dérive?*, Paris, 1989, pp. 805 e ss.

³⁴⁷ B. SOINNE, *op. cit.*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995, pp. 75 e ss.; Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 64 e ss.; E. DU PONTAVICE, *Les conséquences pratiques de la loi du 1^{er} mars 1984*, in *Cie rég com. comptes*, Versailles, 1985; J.-F. BIGOUROUX, *Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes*, in G. BLANC (a cura di), *La prévention des difficultés des entreprises. Analyse des pratiques juridiques*, Aix-Marseille, 2004, pp. 66 e ss., in cui la norma di applicazione dell'allerta viene riconosciuta come una "bonne pratique professionnelle": il revisore legale che non le dà seguito, impegnandosi al fine di scorgere i fatti rilevanti e dare avvio alla procedura non si potrà dire osservante dei canoni professionali di categoria e perciò nemmeno pienamente diligente. Come esempi di casi giurisprudenziali, si vedano: *Cass. com.*, 30-10-12, nn. 11-20591 e 11-21846, disponibile su www.legifrance.gouv.fr.

³⁴⁸ L'art. L. 234-1, al. 1, del *Code de Commerce* parla di "à l'occasion de l'exercice de sa mission" (lett: "durante l'espletamento delle sue funzioni").

³⁴⁹ B. SOINNE, *op. cit.*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995, pp. 75 e ss., che afferma essere questo il caso più frequente. Non si può infatti chiedere al *commissaire aux comptes* di intervenire al di fuori delle sue competenze, a pena di sconvolgere l'assetto delle sue funzioni e dell'incarico affidatogli, in Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 64 e ss. Si veda anche: A. ROBERT, *op. cit.*, Paris, 2011, p.76.

³⁵⁰ Si noti che il parametro di diligenza richiesto rimane pur sempre coincidente con un modello astratto di *commissaire aux comptes* che si sia trovato nella medesima situazione, in C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 118 e ss. Per determinare quali condotte si vogliano indicare con il canone "normale diligenza" si deve fare riferimento agli usi professionali (e soprattutto a quelli certificati dal *Conseil National des commissaires aux comptes* e dalle direttive della COB), in G. DAUBOIN, *Foctionnement et perception du contrôle par le juges. La responsabilité des commissaires aux comptes*, in A. SAYAG (a cura di), *op. cit.*, Paris, 1989. Sicuramente non verrà mai utilizzato come riferimento il modello del *bonus et diligens pater familias*, descritto come "eccessivamente profano" in A. ROBERT, *op. cit.*, Paris, 2011, pp. 34 e ss. Si rammenta, infine, che, come gli amministratori, anche i *commissaires aux comptes* sono titolari di una mera obbligazione di mezzi, mai di risultato, in G. DAUBOIN, *Foctionnement et perception du contrôle par le juges. La responsabilité des commissaires aux comptes*, in A. SAYAG (a cura di), *op. cit.*, Paris, 1989.

³⁵¹ Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 64 e ss., in cui le ricerche ulteriori (*i.e.*: investigazioni non legate all'espletamento dei tradizionali incarichi di controllo contabile e verifica della regolarità

caveat, però, permane a monito dei *commissaire* ed esso è rappresentato dal principio di non ingerenza nella gestione (*principe de non-immixtion*): il revisore legale deve solo avvertire gli amministratori, circa la situazione di difficoltà che sta minacciando l'impresa, senza dare consigli e badando bene a non sostituirsi a loro nella gestione della società³⁵². Ancora, i *commissaires aux comptes* saranno ritenuti responsabili in caso di mancato avvio della procedura, pur di fronte alla constatazione della sussistenza del presupposto oggettivo, così come anche per l'avvio tardivo della stessa, ossia in un momento in cui ormai la situazione della società risulta irrimediabilmente compromessa e non rimane più nulla da fare³⁵³. Il panorama giurisprudenziale francese, tuttavia, non manca

della vita sociale) sono di carattere eccezionale. Se fatte prima dell'emergere degli indizi di crisi comporterebbero un'azione *ultra vires* da parte del revisore legale; se poste in essere dopo, invece, sono da ricondursi al diritto del *commissaire* di investire con il suo controllo tutti gli elementi che egli ritiene opportuno verificare. Sul tema, si veda anche: G. DAUBOIN, *Foctionnement et perception du contrôle par le juges. La responsabilité des commissaires aux comptes*, in A. SAYAG (a cura di), *op. cit.*, Paris, 1989.

³⁵² P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 23 e ss.; LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 231 e ss., che mette in guardia rispetto al rischio di essere classificati come amministratori di fatto, con risvolti non trascurabili in punto di responsabilità. Da taluni, è stata sollevata la preoccupazione che, alla luce del continuo accrescimento dell'indipendenza e delle funzioni dei *commissaires aux comptes*, si rischierebbe uno scivolamento verso una concezione della revisione legale molto più simile a quella di stampo anglosassone, in cui i revisori legali non si limitano a certificare la corretta tenuta delle scritture contabili, ma si possono spingere fino a dare consigli e pareri sulla gestione. Un esito simile si porrebbe in irrimediabile conflitto con il *principe de non-immixtion* (Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 59 e ss.; A. VIANDIER, *L'évolution du commissariat aux comptes, in Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à R. Roblot*, Paris, 1984, p. 332). Ancora sul principio di non ingerenza nella gestione: E. DU PONTAVICE, *Le principe de la non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits*, in *Rev. sociétés*, 1973, pp. 599; M.-C. DESDEVICES, *L'immixtion dans la gestion d'une société*, in *Econ. et compt.*, n. 133, 1980, p. 30; D. VIDAL, *Le principe de non-immixtion du commissaire aux comptes dans la gestion*, in *La revue du commissaire aux comptes*, n. 8, 1984; J.-F. BIGOUROUX, *Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes*, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 66 e ss.; A. ROBERT, *op. cit.*, Paris, 2011, pp. 75 e ss.; J. KLING, *Le commissaire aux comptes et la prévention*, in *RJ com.*, 2001, p. 10; Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, p. 68, in cui con un'espressione che coglie nel segno afferma che "il *commissaire aux comptes* deve gridare "Al fuoco!", ma non ha né il diritto di spegnerlo né di consigliare i pompieri".

³⁵³ B. SOINNE, *op. cit.*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995, pp. 75 e ss., che afferma essere questo il caso più frequente. Oltre alla condotta di mancato avvio, concretantesi fattualmente nell'omesso invio di una richiesta di spiegazioni agli amministratori a fronte della rilevazione di fatti idonei a compromettere la continuità aziendale, sono rilevanti, ai fini della responsabilità del *commissaire aux comptes*, anche la mancata richiesta di far deliberare gli organi collegiali di gestione e l'inadempimento all'obbligo di redigere una relazione speciale (*rapport spécial*) da sottoporre all'attenzione dei soci in occasione dell'*assemblée générale*, in P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, pp. 38 e ss. Sul tema dell'avvio tardivo si vedano: A. LIÉNHARD, *La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte*, in *Rev. proc. coll.*, 1997, n. 7 e C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÉRÉ-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 100 e ss. Si noti che la centrale importanza riservata ai soci nell'ambito della rilevazione anticipata della crisi d'impresa esplica ripercussioni anche in punto di responsabilità del revisore legale. Questi, infatti, verrà ritenuto responsabile dell'aggravamento della situazione finanziaria, economica e patrimoniale della società solo nel caso in cui i soci ignorassero completamente la medesima, trovandosi perciò nell'impossibilità di esercitare con scienza e coscienza il loro *droit d'alerte* (Cass. com., 03-03-04, in *Bull. Joly*, 2004, n. 495, con nota di P. LE CANNU, in *Dr. Sociétés*, 2004, n. 218: "[...] possiamo affermare che l'astensione non abbia causato alcun pregiudizio fintanto che tutti gli azionisti erano a conoscenza del fatto che la

anche di casi in cui ai revisori vengono imputate condotte commissive consistenti nella dolosa attivazione dell'allerta, al solo scopo di recare pregiudizio alla società³⁵⁴. L'ordinamento francese, dunque, dimostra di avere contezza di un dato non trascurabile, che spesso, purtroppo, non trova spazio nel dibattito dottrinale italiano. Ci si riferisce agli effetti dannosi che possono derivare da un avvio troppo disinvolto e prematura (*à tort*), nonché nelle possibili ripercussioni che un avvio troppo prematuro e immotivato di una procedura di allerta potrebbe avere sulla reputazione commerciale di un'impresa³⁵⁵. L'iniziativa di lanciare l'allerta non può essere considerata una colpa *ex se*: si finirebbe in questo modo per disincentivare l'avvio delle procedure da parte dei *commissaires aux comptes*, costantemente terrorizzati dal rischio di subire azioni di responsabilità a loro carico³⁵⁶. Così, non si riterranno responsabili i revisori legali che hanno errato nell'apprezzare alcuni fatti della vita sociale, a meno che essi non avessero agito almeno con colpa grave (*faute lourde*), assimilabile al dolo, ovvero con la deliberata intenzione di nuocere alla società³⁵⁷. In tutti gli altri casi, al revisore viene riconosciuto un "diritto all'errore", che non permette di far sorgere la sua responsabilità civile³⁵⁸.

Sempre al fine di incentivare l'avvio delle procedure di allerta, il legislatore ha deciso di concedere ai revisori legali due forme di esenzione da responsabilità³⁵⁹. In primo luogo, i revisori contabili non sono responsabili per le condotte di divulgazione di fatti qualora esse possano essere ascritte all'esercizio

situazione fosse gravemente compromessa. Ci potremmo tuttavia chiedere se l'opinione di un professionista non avrebbe potuto aprire loro gli occhi [...]). Simile in: LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 231 e ss. Infine, si fa presente che il rischio di essere ritenuti responsabili per mancato o tardivo avviso aumenta di fronte al diffondersi della prassi di far precedere l'avvio di una vera e propria procedura di allerta da un intervento informale, concretantesi, il più delle volte, in un dialogo con gli amministratori al di fuori di qualunque tipo di formalismo giuridico, (c.d. *phase zero de la procédure*), in F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 50 e ss e J.-F. BIGOUROUX, Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 72 e ss.

³⁵⁴ Rimanendo in tema di riservatezza: i soci, pur legittimati ad avviare le procedure di allerta, non sono tenuti alla confidenzialità (com'è invece prescritto per il *Commissaire aux Comptes*). Probabilmente il legislatore francese ha ritenuto inutile un'imposizione di tal sorta: non avrebbero interesse a ostendere le difficoltà della loro stessa impresa consapevoli che questo potrebbe ingenerare un sentimento di sfiducia nel ceto creditorio, in A. BAMDÉ, *La procédure d'alerte*, cit., in www.aurelienbamde.com.

³⁵⁵ B. SOINNE, *op. cit.*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995, pp. 75 e ss.,

³⁵⁶ F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 50 e ss.; Cass. com., 03-12-91, n. 90-14592, in *Rev. sociétés* 1992, p. 488.

³⁵⁷ A. LIÉNARD, *La responsabilité du commissaire aux comptes*, cit., in *Rev. proc. coll.*, 1997, n. 7; C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÉRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 111 e ss.; LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 231 e ss.; Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 68 e ss., ove si esplicita che la colpa grave coincide molto spesso con quella che la dottrina penalistica italiana definisce come "colpa cosciente" (protagonista dell'annosa questione circa l'individuazione di una linea di discriminazione tra essa e il dolo eventuale). Pertanto, potrà dirsi essersi macchiato di una colpa grave quel revisore legale che abbia avviato la procedura pur sapendo che la continuità aziendale non era compromessa, ma senza la deliberata intenzione di arrecare nocimento alla società.

³⁵⁸ Parlano di questo *droit à l'erreur* numerose pronunce, ex alia: TGI Toulouse, 29-06-00, BCNCC, 2000, n. 125, p. 76 e TGI Rouen, 25-06-07, BCNCC, 2007, n. 147.

³⁵⁹ F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 48 e ss.

delle loro funzioni di allerta (ex art. L. 822-17, al. 2, del *Code de Commerce*)³⁶⁰. Secondariamente, i non sono tenuti a rispettare il segreto professionale quando si trovano al cospetto del *Président du Tribunal de Commerce* o del *Président du Tribunal de Grande Instance* (ex art. L. 822-15, al. 1, del *Code de Commerce*)³⁶¹. In tutti i casi non coperti da queste esenzioni, la violazione del segreto professionale è punibile ai sensi dell'art. 226-13 del *Code Pénal*³⁶².

Similmente a quanto detto con riferimento alla responsabilità degli amministratori, si rinviene nell'ordinamento una specifica forma di responsabilità penale a carico dei revisori legali (per violazione del segreto professionale- come detto- e in caso di divulgazione di informazioni false o menzognere³⁶³), nonché il rischio di incorrere in una revoca per giusta causa³⁶⁴

³⁶⁰ Art. L. 822-17, al. 2, del *Code de Commerce*: “*Toutefois, leur responsabilité ne peut pas être engagée pour les informations ou divulgations de faits auxquelles ils procèdent en exécution de leur mission définie aux articles L. 234-1 et L. 234-2*”, disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell'Autrice): “tuttavia non potranno essere ritenuti responsabili per le informazioni o divulgazioni di fatti alle quali essi hanno proceduto in esecuzione del loro incarico definito agli articoli L. 234-1 et L. 234-2”. Gli interpreti si sono chiesti se tale esenzione valga sempre nel contesto di una procedura di allerta comunque avviata (anche, quindi, in modo infondato, prematuro, tardivo e dunque non diligente) ovvero solo per il *commissaire aux comptes* che divulghi informazioni con riferimento a procedure lanciate in modo debito ed appropriato. La dottrina maggioritaria propende per questa seconda via, al fine di evitare di sollevare da responsabilità per le divulgazioni chi poi si riterrà responsabile in punto di legittimità dell'avvio. *Ex multis*: P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, pp. 38 e ss.; A. ROBERT, *op. cit.*, Paris, 2011, p. 78.

³⁶¹ *Cass. com.*, 26-01-83, in *JT*, 1983, n. 5255.

³⁶² Art. 226-13 del *Code Pénal*: “*La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende*”, disponibile su www.legifrance.gouv.fr, trad. (a cura dell'Autrice): “La rivelazione di una informazione a carattere segreto da parte di una persona che ne è depositaria per il suo stato o per la sua professione ovvero in ragione di una funzione o di un incarico temporaneamente affidatogli, è punita con pena detentiva di un anno e con un'ammenda di 15.000 Euro”. Tale norma è applicabile in tutti i casi, salvo quelli elencati dalla norma seguente (l'art. 226-14 del *Code Pénal*). Si fa notare che in altri ambiti, primo fra tutti quello del *règlement amiable*, a partire dalla *Loi de sauvegarde* del 2005, il legislatore ha deciso di sostituire il segreto professionale con un obbligo di confidenzialità, al fine di evitare l'irrogazione di sanzioni penali (secondo alcuni eccessive per una fattispecie simile, secondo altri unico metodo efficace di esercitare una forza deterrente sui suoi destinatari). Sul tema si vedano: C. THÉVENOT, *Mandat ad hoc et conciliation: de nouveaux outils pour une meilleure prévention*, in *LPA*, 17 febbraio 2007, n. 35, p. 14; I. RIVIÈRE-PAVARD, *Les acteurs des procédures*, in *LPA*, 20 marzo 2007, n. 57, p. 12; A. JACQUEMONT, *La future procédure de conciliation: une attractivité nouvelle pour les entreprises en difficulté et ses créanciers*, in *Rev. proc. coll.*, 2004, n. 11, p. 290.

³⁶³ Art. 457 della Legge, del 25 luglio 1966, n. 537: “(1) *Sera punie d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 2.000 F à 120.000 F ou de l'une de ces deux peines seulement tout commissaire aux comptes qui, soit en son nom personnel soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes, aura sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société [...]*”, trad. (a cura dell'Autrice): “(1) Sarà punibile con la pena detentiva da uno a cinque anni e con un'ammenda da 2.000 a 120.000 Franchi o con una delle due pene soltanto ogni commissaire aux comptes che avrà volontariamente dato o confermato informazioni menzognere sulla situazione della società [...]”. Poi art. L 242-27 del *Code de Commerce*, ormai abrogato dalla Legge n. 420, del 15 maggio 2001.

P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, pp. 38 e ss.

³⁶⁴ *Cass. com.*, 14-11-95, *JCP éd E*, 1995, n. 5; *TGI Toulouse*, 29-06-00, in *BCNCC*, 2002, n. 125, p. 76; *Trib. Paris*, 25-02-98, *RTD com.*, 1998, p. 360. In dottrina, *ex alia*, si veda: P.

5.6 Cos'altro potremmo trarre dall'ordinamento francese?

Oltre alla struttura di base delle procedure di allerta e alla *forma mentis* che le governa- incentrata sulla necessità di perseguire un'emersione anticipata della crisi- il sistema con cui i giuristi transalpini gestiscono le *entreprises en difficulté* offre agli interpreti italiani numerosi altri spunti di riflessione e schemi di soluzione per dubbi e problemi.

Anzitutto, di riguardevole pregio è la scelta dei Francesi di sfruttare le sezioni specializzate del *Tribunal de Commerce*, preparate e tecnicamente assai competenti ad analizzare la situazione in cui versano le imprese in stato di difficoltà³⁶⁵, al fine di affiancarle ed assisterle nella fase di gestione e superamento di tale crisi. Si è in questo modo evitato di impiegare risorse, tempo ed energie nella costituzione di organismi inediti (quali l'OCRI), che costringono a vivere nel dubbio circa il loro effettivo ed efficace funzionamento, in seno alle Camere di Commercio. Inoltre, non si può non interrogarsi sull'effettiva capacità di tali organismi, creati *ex novo* e dal nulla, di eguagliare- o quantomeno avvicinarsi- all'autorità morale propria del Presidente di un Tribunale commerciale, la quale costituisce- a detta di molti- la vera chiave di volta del ruolo dei giudici nella missione di prevenzione della crisi d'impresa³⁶⁶. Non ci resta che aspettare di vedere come gli OCRI verranno percepiti nel corso del concreto loro operare.

Si consideri, poi, un tema caro ai giuristi francesi che si occupano di *prévention-anticipation*³⁶⁷: l'obbligo di redigere *documents previsionnels*.

PASSEMARD, A. AUBIGEON, *La mauvaise foi dans le comportement du commissaire aux comptes justifiant sa révocation*, in *Bull. Joly Sociétés*, 1996, p. 270, § 95.

³⁶⁵ I giudici che compongono i collegi dei *Tribunaux de Commerce* devono essere periti sia in diritto contabile, per saper leggere ed interpretare correttamente i dati e desumerne scientemente eventuali fari di crisi, sia in diritto fallimentare, per poter comprendere se la situazione è ormai giunta ad uno stadio così avanzato da richiedere un intervento più incisivo (che potrebbe coincidere con una vasta gamma di procedure offerte dal legislatore: dal *règlement amiable* al *redressement judiciaire*, sino ad arrivare alla *liquidation judiciaire*), in LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 227 e ss. L'Autore dà conto di come alcuni Tribunali commerciali- segnatamente i più importanti, come quello di Parigi- abbiano negli anni addirittura istituito dei "giudici delegati alla prevenzione", al fine di garantire un livello di preparazione tecnica e di esperienza specifica ancor più elevato.

³⁶⁶ Il *Président du Tribunal de Commerce* viene talvolta definito come una "*magistrature morale*", affermando che il successo del dialogo che egli instaura con gli amministratori dipenda, in gran parte, dal carisma, dall'autorità e dall'influenza della sua figura. In generale, infatti, "la buona riuscita di queste tecniche di prevenzione che si fondano sul dialogo, sulla diplomazia e sulla negoziazione dipendono interamente dalla personalità di coloro che le mettono in atto e ciò spiega la disparità di risultati che si possono osservare", in C. SAINT-ALARY-HOUIN, M.-H. MONSIÈRE-BON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 115 e ss. Simile in: F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 50 e ss.; J. RAIBAUT, *Des tribunaux de commerce aux tribunaux de l'économie: un nouvel horizon pour les juridictions consulaires*, *BJE*, 2012, n.3, p. 43.; M. MENJUCQ, *L'avenir des tribunaux de commerce et de leurs missions à l'égard des entreprises en difficulté*, in *Rev. proc. coll.*, 2014, *entretien* n. 1, in cui si mettono in luce i caratteri di imparzialità, indipendenza e competenza che caratterizzano i giudici consolari francesi (ai sensi degli artt. da L. 722-6 a L. 722-16 e da L. 724-1 a L. 724-6 del *Code de Commerce*); simile in: PH. ROUSSEL-GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté. De la théorie à la pratique*, Paris, 2007, pp. 40-42.

³⁶⁷ Per *prévention-anticipation* si intendono tutti quegli istituti e quei meccanismi che, se correttamente messi in atto, consentono alle imprese di indossare una sorta di salvagente prima

L'esperienza francese dimostra che l'imposizione di obblighi contabili previsionali costituisce pur sempre un maggiore onere informativo e contabile: essa, infatti, fu imposta, in un primo momento (ex art. 340-1 della Riforma del 24 luglio 1966), solo alle imprese più importanti e di grandi dimensioni, sufficientemente robuste da potersi accollare gli oneri derivanti da un così corposo servizio contabile. Solo successivamente, si assiste all'estensione dell'obbligo anche a carico di imprese di minori dimensioni, al fine di assicurare un'adozione progressiva del meccanismo. La speranza - che si auspica venga fatta propria anche dal legislatore italiano - è quella di arrivare, un giorno, ad una situazione per cui ogni impresa, indipendentemente dalle sue dimensioni e dalla natura della sua attività, si doti di una contabilità di previsione, che si imporrà con la forza del suo essere fra i mezzi maggiormente tecnicamente idonei ad anticipare il rischio³⁶⁸. Si deve ammettere che qualche passo in avanti è stato fatto: il recente panorama italiano ha visto l'emergere e il diffondersi di una spinta verso la contabilità previsionale. Tuttavia, essa risulta essere ancora assai meno strutturata di quella francese e, soprattutto, priva di qualunque imperatività normativa: la scelta di dotarsene, nonché la determinazione delle modalità di redazione di quello che nel nostro paese prende il nome di "bilancio di previsione", vengono rimesse alla totale discrezionalità dell'imprenditore.

Un terzo dato da considerare è rappresentato dal fatto che, in Francia, non esiste un sistema di allerta esterna, che veda come suoi protagonisti i creditori pubblici qualificati (quali l'Agenzia delle Entrate, l'Inps e l'Agente per la riscossione). Tale scelta pare meritevole di elogio, alla luce della considerazione per cui suddetti soggetti non sono teoricamente chiamati a ricoprire il ruolo di pungolo degli imprenditori, al fine di far loro notare eventuali indici di difficoltà. Perciò, non si attribuisce un potere di allerta al *Trésor Public* o alla *Securité Social*³⁶⁹. Questi soggetti vengono chiamati in causa, in tema di allerta, quando si indagano le possibili specificazioni dei "*faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*", fra le quali si annovera anche il mancato pagamento dei debiti fiscali e sociali. Qualora tali debiti rimangano non pagati per almeno nove mesi (a partire dalla data della loro esigibilità ovvero dall'emissione di un titolo esecutivo) e superino un determinato ammontare stabilito *ex lege*, devono essere iscritti nei pubblici registri; altrimenti, ai sensi dell'art. 1929-*quater* del *Code général des impôt*, dell'art. 379 e 379-*bis* del *Code douanes* e dell'art. 243-5 del *Code Securité Social*, i loro titolari perderanno il grado di creditori privilegiati³⁷⁰. Così, il mancato pagamento di imposte e salari funge da mero

di gettarsi nel mare degli affari, vale a dire - fuor di metafora - di dotarsi *ex ante* di baluardi difensivi idonei ad intercettare i primissimi segnali di difficoltà ai barlumi del loro manifestarsi.

³⁶⁸ J. HILAIRE, *La formation du commissaire aux comptes. De la surveillance par les actionnaires à la certification*, in A. SAYAG (a cura di), *op. cit.*, vol. I, Paris, 1989, pp. 15 e ss.

³⁶⁹ *Trésor Public* e *Securité Social* sono, con le dovute cautele e gli opportuni accorgimenti, accostabili all'Agenzia delle Entrate, all'Agente per la riscossione e all'INPS.

³⁷⁰ F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 43-63; D. RNET-YAGUE, *Les créances des securité sociale et l'entreprise en difficulté*, Aix-Marseille, 2012, nn. 239 e ss. Prima dell'introduzione di queste norme, i crediti fiscali erano tendenzialmente occulti, Solo qualora superassero un determinato ammontare, venivano sottoposti ad iscrizione presso la Cancelleria del *Tribunal de Commerce*, ma senza che un eventuale inadempimento a tale obbligo fosse assistito dalla minaccia di perdere la posizione di privilegio, utile per non subire un'eccessiva falcidia del proprio credito in caso di apertura di una procedura collettiva, in R. ITHURBIDE, *Histoire critique de la faillite*, Paris, 1973, p. 31. Si vedano anche: C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, Issy-

segnale rivelatore del fatto che l'equilibrio dei flussi finanziari si è rotto e che dunque l'impresa potrebbe essere in difficoltà, non viene creata una allerta esterna *ad hoc*³⁷¹. Quando i Francesi parlano di "*alerte externe*" si riferiscono a procedure di allerta avviate da soggetti che operano al di fuori delle mura dell'impresa, segnatamente al *Président du Tribunal de Commerce* e ai *Groupements de prévention agréés*. Questi ultimi sono soggetti privati esterni, che cooperano con l'imprenditore e sono deputati al controllo sulla gestione e sul generale andamento della società³⁷². Nello specifico, essi svolgono la funzione di analizzare regolarmente le informazioni contabili e finanziarie che gli aderenti si impegnano a fornire (ex art. L. 611-1, al. 2, del *Code de Commerce*)³⁷³. Di fronte alla rilevazione di *indices de difficultés*³⁷⁴, il *groupement* è tenuto (in forza, dunque, di un vero e proprio dovere giuridico e non di una mera facoltà) a darne informazione all'imprenditore (potendogli anche proporre di far intervenire un esperto). La decisione di aderire o meno ad un *groupement de prévention agréé* è totalmente rimessa alla libera scelta del singolo imprenditore, a riconferma della concezione per cui le procedure di allerta- in tutte le loro possibili sfaccettature e declinazioni- costituiscono una opportunità, non un'imposizione. Tuttavia, per

les-Moulineaux, 2018, pp. 81-124; P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, pp. 59 e ss.

³⁷¹ P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 23 e ss.

³⁷² I *groupements de prévention agréés* sono persone giuridiche di diritto privato (di qualunque forma: società, associazioni, GEIE, sindacati...). Il perfezionamento del loro *iter* di creazione presuppone che il Prefetto della regione accordi loro un'autorizzazione (della durata di tre anni, rinnovabile). Nella richiesta di autorizzazione si traccia una sorta di *identikit* del *groupement de prévention agréé*, comprensivo di informazioni quali l'ambito di competenza, i mezzi che si intende impiegare, le categorie di potenziali aderenti, i metodi di analisi che si utilizzeranno, ecc. Nello svolgimento delle loro funzioni, i soggetti che operano all'interno dei *groupements* sono responsabili per colpa; inoltre, per assicurare la confidenzialità della loro procedura, come i *commissaires aux comptes*, sono tenuti al segreto professionale. Si vedano: D. LEGEAIS, *Groupements de prévention agréés*, *JCP éd E*, vol. II, 1987, n. 15066; A. BAMDÉ, *La procédure d'alerte*, cit. in www.aurelienbamde.com. Ai *groupements de prévention agréés*, si affiancano i *centres de gestion agréés* e le *associations de gestion agréés* (previsti rispettivamente dall'art. 1649-*quater* lett. c e lett. f del *Code Général des Impôts*), molto presenti e attivi nelle imprese individuali (che non essendo persone giuridiche non possono accedere ai *groupements*, in applicazione dell'art. L. 611-1, al. 1, del *Code de Commerce*), alle quali forniscono utili analisi dei dati economici, contabili e finanziari con finalità di prevenzione delle difficoltà, in F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 48.

³⁷³ D. LEGEAIS, *Groupements*, cit., *JCP éd E*, vol. II, 1987, n. 15066; B. SOINNE, *op. cit.*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995, pp. 81 e ss.; lo scopo non è quello di garantire e certificare la *sincérité fiscale*, bensì quello di attirare l'attenzione su eventuali dati economici sfavorevoli (*indices de difficultés*, appunto), in P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON, J.-P. SÉNÉCHAL, *op. cit.*, Paris, 1994, p. 57 e ss.

³⁷⁴ La norma non richiede che gli indici di difficoltà siano gravi né che la minaccia da essi rappresentata incida sulle prospettive di continuità aziendale: bastano "segni evidenti che indicano con probabilità la sussistenza di difficoltà". Ciò rende la procedura avviata dai *groupements* idonea ad essere ancor più preventiva delle altre; e questo anche alla luce delle approfondite e dettagliate informazioni che solitamente vengono fornite dagli imprenditori, rassicurati dal carattere confidenzialità, in F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 53 e LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 241 e ss). Alcuni, addirittura, la descrivono come "*le degré zero de l'alerte*" (D. VIDAL, *Prévention des difficultés*, cit., in *Juris Classeur Commercial*, n. 36, fasc. 2025, 2006) e descrivono i *groupements* medesimi come "osservatori delle difficoltà nell'orizzonte più lontano" (D. VIDAL, G.-C. GEORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux, 2016, n. 252)

rendere più allettante l'adesione ai *groupements*, il legislatore si è adoperato al fine di renderli interlocutori privilegiati della Pubblica Amministrazione, delle *collectivités locales*³⁷⁵ e della *Banque de France*. Quest'ultima, in particolare, grazie alla sua *Centrale des bilans*, offre utili analisi a tutti quegli imprenditori che non si siano dotati di una strumentazione contabile idonea a permettere loro di assumere un grado di rischio ragionato nella gestione finanziaria³⁷⁶. Ed invero, è proprio questa l'esigenza che mosse la penna del legislatore, al momento dell'atto di nascita dei *groupements de prévention agréés*: essi furono creati per rispondere all'esigenza del legislatore di offrire a piccole e medie imprese un efficiente mezzo di rilevazione delle loro difficoltà. Segnatamente, dunque, nacquero a vantaggio delle società di piccole dimensioni che (oltre a non essere sottoposte alla disciplina sulla contabilità previsionale), non essendovi obbligate per legge, decidono (spesso per evitare di doversi addossare i costi di gestione e remunerazione) di non dotarsi di un *commissaire aux comptes*, privandosi così, però, anche di un importante aiuto nel monitoraggio delle potenziali imminenti situazioni di crisi³⁷⁷.

Il legislatore francese dimostra, anche in altre sedi, di avere a cuore il problema della rilevazione tempestiva della crisi nelle imprese di modeste dimensioni, non dotate di un sistema di controllo interno- solitamente facente perno intorno alla figura e alle mansioni di un *commissaire aux comptes*- in grado di far emergere anticipatamente le difficoltà. Così, oltre alla possibilità di aderire ad un *groupement de prévention agréé* e all'eventualità- sempre presente- che l'allerta venga avviata dal *Président du Tribunal*³⁷⁸, rimane vivo il *droit d'alerte* dei soci. Questo assume un significato di particolare centralità, per l'appunto, nelle *SARL* sottosoglia, prive di revisore legale, e dimostra che ampliare le categorie di soggetti legittimati all'avvio di procedure di allerta- magari differenziandole poi

³⁷⁵ Una *collectivité locale* (o *collectivité territoriale*) è una circoscrizione amministrativa dotata di personalità giuridica. Essa è una porzione di territorio dello Stato che dispone di una certa autonomia di gestione, almeno parziale. In Francia, le varie forme di *collectivités locales* sono: i comuni, i dipartimenti, le regioni e le *collectivités d'Outre-mer* (Guadeloupe, Martinica, Île de la Réunion, Nuova Caledonia, Polinesia Francese, Terre Australi e Antartiche Francesi, ecc.), in V. POTIER, *Dictionnaire pratique des collectivités territoriales*, Paris, 2006.

³⁷⁶ D. LEGEAIS, *Groupements*, cit., *JCP éd E*, vol. II, 1987, n. 15066, in cui si può leggere che i *groupements* possono concludere accordi (da comunicarsi al Prefetto della regione) a vantaggio dei propri clienti, con istituti di credito e società di assicurazione. Oltre a ciò, gli amministratori di società potrebbero essere attratti dall'adesione ad un *groupement* alla luce delle vantaggiose ripercussioni di cui potrebbero godere in sede di determinazione della loro responsabilità, dopo che un'azione per insufficienza dell'attivo sia stata intentata ai loro danni. Infatti, essi non saranno ritenuti responsabili per non aver posto rimedio al dissesto della società, qualora nemmeno il *groupement* stesso- che sarebbe a ciò deputato- fosse riuscito a rilevare la situazione di difficoltà che stava minacciando l'impresa. Come a dire: se nemmeno i membri di un *groupements de prévention agréés*, professionalmente incaricati di tale missione, sono stati in grado di rilevare l'inizio della crisi, come potremmo pretendere ciò da un semplice amministratore di media- ma sufficiente- diligenza? (G. RIPERT, R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, Paris, 1995). *De iure condendo*, non manca chi, allo scopo di diffondere la prassi di aderire ai *Groupements de prévention agréés*, auspica la predisposizione di agevolazioni fiscali (F.-X. LUCAS, H. LÉCUYER (a cura di), *La loi de sauvegarde article par article*, Paris, 2006, p. 10; PH. ROUSSEL-GALLE, *op. cit.*, Paris, 2007, p. 33).

³⁷⁷ LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 241 e ss.; V. BOURGNAUD, *op. cit.* Paris, 1995, pp. 13 e ss.

³⁷⁸ Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 111 e ss.

nei caratteri costitutivi della procedura (presupposto oggettivo, modalità di avvio e di decorso, possibili esiti ecc.)- potrebbe costituire un saggio metodo per evitare di tagliare completamente fuori alcune realtà imprenditoriali dal meccanismo dell'allerta. Si auspica che il legislatore italiano volga nuovamente il suo attento sguardo oltralpe, per colmare la lacuna lasciata circa le modalità di avvio della procedura nelle s.r.l. che decidono di non dotarsi di un organo di controllo interno (vedi infra, par: 8.2). Si segnala che un'altra via potrebbe essere quella di conferire un dovere di allerta anche all'*expert comptable*. A più riprese, esponenti della dottrina francese hanno avanzato proposte in tal senso, nessuna delle quali, tuttavia, ha mai avuto un favorevole esito normativo³⁷⁹.

Un altro elemento di fronte al quale non si può che riconoscere un grande merito al legislatore transalpino inerisce la totale assenza di qualunque previsione che possa anche solo avvicinarsi a quell'esenzione da responsabilità prevista dall'art. 14, comma 3, del C.C.I.I. Così, i Francesi si pongono al riparo dal rischio di incentivare i loro *commissaire aux comptes* ad instaurare quel circolo vizioso per cui, a fronte della promessa dell'impunità, essi sono invogliati a far suonare le campane dell'allarme anche in assenza di effettivi segnali di crisi. Esistono- come visto (vedi *supra*, par: 5.5.2)- due norme che esonerano i *commissaire aux comptes* da responsabilità, al fine di incoraggiarli all'avvio delle procedure di allerta (art. L. 822-17, *al.* 2, del *Code de Commerce* e art. L. 822-15, *al.* 1, del *Code de Commerce*). Difficile, però, sarebbe il tentativo interpretativo di desumere da esse un *discharge* da qualunque titolo di responsabilità di ampiezza accostabile a quella della normativa nostrana³⁸⁰. A conferma del diverso spirito che guidò la redazione delle disposizioni francesi, si noti come esse facciano entrambe riferimento alle sole condotte di divulgazione di informazioni inerenti all'impresa e alla sua (attuale o potenziale) condizione di

³⁷⁹ Si cita, *ex alia*, l'emendamento n. 7 del *Rapporteur de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale* e citato in X. DE ROUX, *Rapp. AN* n. 2095, in data 11 febbraio 2005, disponibile su www.assemblee-nationale.it. Le motivazioni alla base dello scarto di tutte le proposte, negli anni avanzate, ruotano solitamente intorno alla volontà di non diminuire il rapporto di fiducia tra clienti (imprese) e professionisti (esperti contabili), in F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 48 e ss.; P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 231 e ss. L'esperto contabile, infatti, svolge un ruolo da consigliere, che risulta inconciliabile, sul piano deontologico, con un obbligo di denuncia delle difficoltà, *Intervention* di J. CHARTIER, in *JOAN CR*, 2^e séance, 02-03-05, pp. 1580-1581. Tra tale professionista e il suo cliente si instaura una relazione di diritto privato, rispetto alla quale non spetta al legislatore dettare le norme di comportamento da osservare (A. M. COMPARINI, in *JOAN CR*, 2^e séance, 02-03-05, pp. 1580-1581). In ogni caso, si ricorda l'importante funzione che l'esperto contabile svolge nella *prévention-détection* delle crisi di impresa, A. BRICARD, E. LACROIX-PHILIPS, T. LAGRAIN, M. MORAIN, C. CHEVILLON, J. VAROCLIER, *Accompagner le chef d'entreprise en difficulté*, Paris, 2006, n. 109.

³⁸⁰ Una formulazione simile a quella che si ritrova nell'art. 14, comma 3, del C.C.I.I. si può rinvenire invero in un caso giurisprudenziale francese del *Tribunal de Grande Instance* di Toulouse, il quale afferma che "il legislatore ha voluto incitare il *commissaire aux comptes* a giocare pienamente il suo ruolo di allerta garantendogli una immunità per tutte le conseguenze pregiudizievoli che potrebbero derivare dalla messa in atto di questa procedura". Si precisa, poi, però, che "questa immunità non sarà mai accordata se si dimostrerà che il revisore legale aveva lanciato la procedura in mala fede o con l'intenzione di nuocere ovvero se il ricorso a tale procedura è mosso da una colpa grave assimilabile al dolo", in J.-F. BIGOUROUX, *Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes*, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 66 e ss. Potrebbe sembrare che il legislatore italiano abbia scelto di trasporre in legge quella che per la Francia è e rimane una mera declinazione giurisprudenziale- che in quanto tale non pretende di essere generale ma tiene conto delle specificità del caso concreto- delle regole sulla responsabilità dei revisori legali.

difficoltà. Questo elemento rende manifesto come, in Francia, il tema del *secret des affaires* costituisca una problematica molto sentita: hanno ben capito che non di rado la *publica vox* costituisce un risvolto pratico che può fungere da ago della bilancia³⁸¹. Un'impresa che ha manifestato segnali di crisi, infatti, è un'impresa che sta vacillando sull'orlo di un baratro. Da un lato c'è la salvezza, vale a dire il recupero della continuità aziendale, dall'altro la morte, che coincide con il dissesto irreversibile e con la potenziale apertura di una procedura concorsuale (fatta salva la possibilità di accedere all'istituto dell'esdebitazione³⁸²). È chiaro si debba adoperare estrema cautela nel trattare con tali realtà: anche una minima fuga di notizie potrebbe sferrare un colpo mortale alla reputazione commerciale della società e spingerla inesorabilmente nel burrone.

Ed è proprio con la delicata tematica della confidenzialità³⁸³ che si intende chiudere questa analisi dell'ordinamento francese. Prima ancora di occupare le pagine dei manuali in tema di modalità di svolgimento delle procedure di allerta, questa problematica fu riconnessa agli obblighi di comunicazione e pubblicità dei *comptes sociaux*. Non che con ciò si intenda porre una netta linea di demarcazione tra i due ambiti: è noto come siano proprio i documenti contabili a fornire i dati più interessanti, affidabili e dettagliati sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società; essi, dunque, sono la principale fonte di notizie su un'eventuale crisi imminente, come a dire che una volta resi pubblici e accessibili quelli poco senso avrebbe discutere di confidenzialità delle procedure perché sarebbe ormai troppo tardi, la voce sarebbe ormai circolata³⁸⁴.

³⁸¹ Il legislatore si è dimostrato molto attento a preservare la confidenzialità di determinate procedure e di alcuni documenti, conscio che solo in questo modo si possa preservare il credito dell'impresa ed evitare di perdere la fiducia di futuri partners contrattuali. Si vedano, *ex multis*: Y. GUYON, *La transparence dans les procédures collectives*, in *LPA*, 22 aprile 1999, p. 8, in cui l'Autore afferma che "affari e guerra hanno un comune denominatore: si mobilitano le proprie truppe per vincere le difficoltà ma nel farlo la discrezione è garanzia di successo"; PH. ROUSSEL-GALLE, P. LE MARCHAND, *La prevention. Du mandate ad hoc et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et "prepack" cession*, in *CDE*, 2015, n. 1, pp. 22; F. MACORIG-VENIER, C. CAVIGLIOLI, *Le point sur la conciliation*, in *Rev. proc. coll.*, 2008, n. 2, p. 183; F. PÉROCHON, *Coût, transparence et confidentialité de la prévention*, in *RJC*, n. spéc, 2001, p. 17

³⁸² L'istituto dell'esdebitazione è previsto anche in Francia, in particolare a favore del debitore civile insolvente. Si veda: M. C. CARDARELLI, *L'insolvenza del debitore civile in Francia*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2, 2004, pp. 299-320.

³⁸³ Definita in A. LETREILLE, *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contract*, in *LPA*, 7 agosto 2006, n. 156, p. 4, come "la qualità di un'informazione divulgata selettivamente". Così, è bene che i soggetti coinvolti nel flusso informativo - che, si badi, rimane, anche ad opinione di chi scrive, tappa imprescindibile per la prevenzione della crisi - siano organi societari ovvero selezionati soggetti esterni alla società, meglio se tenuti ad un obbligo di discrezione, in C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2018, pp. 81-124. Si noti che nell'antichità il *secret des affaires* era praticamente inesistente: gli atti patrimoniali erano necessariamente pubblici, per via dell'esigenza di rispettare le regole sul formalismo giuridico (R. SZRAMKIEWICZ, O. DESCAMPS, *Histoire du droit des affaires*, Paris, 2013, n. 90). Fu poi l'economia mercantile di epoca medievale, che si dotò propriamente di una dimensione etica inglobante anche i valori della discrezione e della confidenzialità, debitamente sanzionati (B. OPPETIT, *Ethique et vie des affaires*, in *Mél. en l'honneur d'André Colomer*, Paris, 1993, p. 319). Ma il vero momento di svolta fu vissuto nel Secondo Impero, quando i contratti privati e commerciali cominciarono per prassi a farsi nel segreto (C. GAVALDA, *Le secret des affaires*, in *Mél. en l'honneur de Jean Savatier*, Paris, 1965, p. 291).

³⁸⁴ P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018, p. 223, l'Autore ricorda che su sollecitazione del Procuratore della Repubblica era stato presentato all'*Assemblée Nationale* un emendamento

Indubbiamente, togliere il velo del segreto è indispensabile per applicare una terapia appropriata³⁸⁵, ma solo se si assicura la confidenzialità verso l'esterno il debitore (*alias* gli amministratori) che accede alla procedura sarà onesto e trasparente con coloro che lo affiancano nel dispiegarsi della stessa (*Président du Tribunal*, per l'ordinamento francese, e membri dell'OCRI, per quello italiano)³⁸⁶. Si potrebbe dire che l'avvio di una procedura di allerta non sia altro che un pendolo che oscilla tra il coraggio di ostendere la crisi per risolverla e il terrore di ingenerare panico nei terzi e paralizzare così ancor di più la vita dell'impresa³⁸⁷. Se infatti da un lato è corretto ritenere che il controllo sulla gestione sarà tanto più efficace quanto più avrà destinatari numerosi, non si può non far pesare anche l'altro piatto della bilancia l'esigenza di evitare che la notizia di eventuali difficoltà si propaghi eccessivamente³⁸⁸. Le conseguenze che potrebbero derivarne potrebbero essere fatali e in grado di accelerare e acuire il tramonto della società, anziché darle una mano a rialzarsi³⁸⁹. Infatti, oltre al danno all'immagine commerciale (vedi *infra*, par: 7.2), la fuga di notizie potrebbe

volto a proporre la possibilità di preservare la confidenzialità sui conti. Tuttavia, tale proposta fu rigettata adducendo due ordini di ragioni: da un lato, si fece appello all'esigenza di garantire i terzi, i quali, trovandosi di fronte alla scelta di selezionare una determinata impresa come *partner* contrattuale o meno, hanno il diritto di conoscere la sua situazione e capacità di stare sul mercato e adempiere alle obbligazioni assunte (*Intervention* di X. DE ROUX, *JOAN CR*, 3^e séance, 08-03-05, p. 1807); dall'altro lato, fu ricordato come "il principio base dell'economia moderna [fosse] la trasparenza" (*Intervention* di D. PERBEN, *JOAN CR*, 3^e séance, 08-03-05, p. 1807). Si noti come, *ictu oculi* in modo paradossale, il legislatore francese abbia rinforzato contemporaneamente sia il principio di confidenzialità sia quello di trasparenza: *maisons de verre*. Alle imprese si richiedono sempre maggiori pubblicazioni (E. GARAUD, D. LEGEAIS, *La transparence en matière commerciale*, Limoges, 1995, nn. 352 e ss., pp. 218 e ss.; G. COUTURIER, *Droit des sociétés et de la confidentialité des traitements amiables en droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2013, nn. 191 e ss., pp. 128 e ss.) e "le périmètre du secret des affaires se trouv[e] progressivement cantonné aux seuls éléments qui méritent d'être protégés" (M. CRÉMIEUX, *Le secret des affaires*, in P. LAGARDE (a cura di), *L'information en droit privé*, Paris, 1978, p. 459; si veda anche: J.-PH. HAEHL, *La réforme du droit des entreprises en difficulté: les principales innovations du décret du 21 octobre 1994- Rapport de synthèse*, in *LPA*, 14 giugno 1995, n. 71, p. 39). Ci si deve dunque chiedere se sia possibile coniugare queste due istanze. Gli interpreti sono arrivati alla conclusione per cui confidenzialità e trasparenza sono due principi che non si escludono reciprocamente, come *prima facie* potrebbe sembrare. Infatti, il legislatore francese è riuscito ad architettare un "subtil mélange de confidentialité et de transparence", in cui la segretezza rimane la regola, rispetto alla quale le istanze di trasparenza costituiscono un'eccezione. Una *disclosure* delle informazioni è indispensabile sia per tutelare i diritti dei terzi sia per consentire al debitore medesimo di farsi assistere nel tentativo di bloccare il sopraggiungere delle difficoltà; però, la confidenzialità va mantenuta e garantita per consentire il corretto funzionamento della prevenzione della crisi d'impresa. Si vedano: M. KOEHL, *La négociation en droit des entreprises en difficulté*, pp. 468-489, disponibile su www.theses.fr e H. BOURBOULOUX, *Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés*, in *BJE*, 1^o maggio 2012, n. 3, p. 183. Sul tema dei pericoli derivanti dalla diffusione dei documenti sociali, si vedano anche: J. CAUDRON, *Les commissaires aux comptes et les experts-comptables dans la tourmente des entreprises en difficulté*, in *Rev. du commissaire aux comptes*, 1984, pp. 84-329; J. HILAIRE, *La formation du commissaire aux comptes. De la surveillance par les actionnaires à la certification*, in A. SAYAG (a cura di), *op. cit.*, Paris, 1989, pp. 155 e ss.

³⁸⁵ J.-M. DE BERMOND DE VAULX, *Le secret des affaires à l'épreuve des mesures de prévention des difficultés des entreprises*, in *JCP éd E*, 1995, n. 40, p. 386

³⁸⁶ M. KOEHL, *op. cit.*, pp. 468-489, disponibile su www.theses.fr.

³⁸⁷ F. PÉROCHON, *op. cit.*, Issy-les-Moulineaux, 2014, pp. 65 e ss.

³⁸⁸ Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 59 e ss.

³⁸⁹ M. KOEHL, *op. cit.*, pp. 65 e ss., disponibile su www.theses.fr.

anche avere la conseguenza di “svegliare i concorrenti” che operando nella medesima fetta di mercato avrebbero buon gioco a gettare benzina sul fuoco ingigantendo la voce e facendola sempre più circolare, per affossare il proprio, concorrente e guadagnarsi una maggiore fetta di mercato³⁹⁰. L’instaurazione degli obblighi di confidenzialità si iscrive nel movimento di affermazione del c.d. diritto all’oblio (*droit à l’oubli*), conferito nelle procedure di *sauvegarde* e di *redressement judiciaire*³⁹¹. Ci si chiede perché, *a fortiori*, tale diritto non dovrebbe essere garantito a chi accede alle procedure di allerta, cioè a soggetti che hanno difficoltà meno gravi e soprattutto hanno dimostrato una maggiore responsabilità ostendendole prima che sia troppo tardi. Comportamento, questo, che costituisce un atto di coraggio che merita incentivi e premi, non certo sanzioni derivanti dall’assenza di garanzie sulla riservatezza delle informazioni rese oggetto di quella *disclosure* volontaria che ha dato il via alla procedura. Per di più, la tutela della confidenzialità dovrebbe essere un punto di attrattiva, non solo per il debitore che si sottopone alla procedura di allerta dando conto della sua crisi, ma dovrebbe essere perseguita anche dai suoi creditori (*i.e.*: le sue attuali controparti commerciali), che hanno tutto l’interesse a non assistere all’aggravamento del dissesto dovuto a fughe di notizie³⁹². Inoltre, l’ordinamento francese non presenta le *procédures d’alerte et de prévention* come dotate di un carattere riservato e confidenziale assoluto ed inespugnabile³⁹³: la riservatezza infatti si attenua, a mano a mano che la procedura si dispiega e attraversa le sue varie fasi³⁹⁴. Si ammette *apertis verbis* che la confidenzialità delle procedure costituisce un problema, uno scoglio, un ostacolo: da quando furono introdotte nel 1984, le procedure di allerta suscitarono molti timori. Così, ci si pone *ex ante* al riparo da quel rischio di contraddizione interna, che invece minaccia l’operato del legislatore italiano, se questi non si dimostrerà essere capace di offrire agli operatori presidi efficienti per impedire le fughe di notizie. Sul punto ci si chiede perché, così come la Francia fu assunta come musa per la predisposizione delle misure di allerta, i redattori della Riforma non abbiano guardato alla stessa anche con riferimento ai meccanismi di cautela predisposti per evitare le fughe di notizie e i danni all’immagine commerciale. Si spera dunque che, in sede di messa in pratica delle norme dettate dal legislatore, gli operatori del settore facciano tesoro degli spunti offerti dall’esperienza francese. Fra i vari, si ricordano: il divieto di procedere ad affissioni nominative (come invece accade per le udienze di ruolo della giurisdizione) dei soggetti sottoposti o sottoponendi ad una procedura di allerta, preferendo invece utilizzare come elemento identificativo un codice

³⁹⁰ Y. CHAPUT, *op. cit.*, Paris, 1986, pp. 57 e ss.; B. LYONNET, *Les entreprises en difficulté: terre de conflits- Synthèse de intérêts contraires*, *Gaz. Pal.*, 2008, *Doctr.* 178, p. 6.

³⁹¹ M. KOEHL, *op. cit.*, pp. 65 e ss., disponibile su www.theses.fr; F.-X. LUCAS, *Confidentialité du plan de sauvegarde ou de redressement: la radiation des mentions au RCS*, in *LEDED*, 15 gennaio 2012, n. 1, p. 1; G. TEBOUL, *Recommandations pour un meilleur traitement des entreprises en difficulté*, *Gaz. Pal.*, 16 maggio 2017, *Doctr.* 19, p. 17, in cui si sottolinea che per consacrare un vero diritto alla ripresa, la garanzia di un diritto all’oblio costituisce un presupposto imprescindibile.

³⁹² M. KOEHL, *op. cit.*, pp. 468.489, disponibile su www.theses.fr.

³⁹³ B. SOINNE, *op. cit.*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995, p. 68.

³⁹⁴ “*La confidentialité s’estompe au fur et à mesure que la procédure d’alerte suit son cours*”, in C. DELATTRE, *Le secret des affaires. La confidentialité des procédures*, in *Dr. sociétés*, n. 1, 2012, p. 12.

alfanumerico³⁹⁵. Inoltre, durante la fase *apud iudicem*- sia che essa derivi dalla convocazione degli imprenditori sia che essa sia rappresentata dall'approdo della procedura lanciata dalle "sentinelle interne" (*commissaire aux comptes*, soci o *Comité social et économique*) alla sua ultima fase- si evita la presenza persino del Cancelliere e i processi verbali che vengono redatti si limitano a contenere le minime informazioni necessarie (luogo data e nominativi delle persone presenti). Del processo verbale, inoltre, pur essendo da depositarsi presso la Cancelleria del Tribunale non è consentita la visione che all'Autorità Giudiziaria e ad eventuali persone sottoposte ad interrogatorio da parte della medesima³⁹⁶. Ancora, per quanto possibile in base alla grandezza del Tribunale gli *entretiens* con il Presidente dovranno tenersi in giorni in cui non si svolgono udienze di contenzioso al fine di evitare incontri nei corridoi³⁹⁷. Infine, l'avvenuto lancio della procedura di allerta non deve essere menzionato dal revisore nella relazione generale agli azionisti, ma solo- ovviamente- nel *rapport spécial* (che costituisce la terza fase dell'allerta del *commissaire aux comptes* nelle SA e la seconda nelle SARL)³⁹⁸. È chiaro che questi *escamotages* dovranno essere adeguati alla situazione italiana, che non vede operare un vero e proprio giudice, all'interno delle stanze di un tribunale, bensì un organismo *ad hoc* creato e insediato presso le Camere di Commercio. Non pare tuttavia che le esigenze di fondo e le fattispecie da evitare (incontri indesiderati nei corridoi, comparsa del proprio nominativo in tabelle affisse in bacheche pubbliche, ecc.) possano essere molto diverse. Oltre a ciò, a difesa della confidenzialità si pone anche la conformazione medesima delle procedure di allerta: esse constano di una fase endosocietaria più lunga³⁹⁹. Anche su questo punto, il legislatore italiano ha deciso di distaccarsi dal modello francese: agli amministratori viene concessa un'unica *chance*, i soci non vengono quasi per nulla coinvolti⁴⁰⁰ e dopo un primo tentativo di dialogo interno, la questione viene immediatamente proiettata fuori dai cancelli della società e posta al cospetto dell'OCRI. Il vero punto di arrivo cui si dovrebbe tendere sarebbe quello di non porsi nemmeno più il problema della confidenzialità in sede di procedure di allerta. Si dovrebbe cercare di passare dalla concezione per cui l'imprenditore che ostende le sue difficoltà è da rifuggire perché vacillante sull'orlo del dissesto all'idea per cui egli non è altro che un imprenditore responsabile da lodare per aver avuto il coraggio di chiedere aiuto prima che ormai fosse troppo tardi. In definitiva si nota come la chiave di volta

³⁹⁵ I. ROHART-MESSAGER, *La prevention-détection par les president des tribunaux de commerce*, in *Gaz. Pal.*, 2010, *Doctr.* 54, p. 7; J. BADILLET, *Pratiques parisiennes en matière de traitement preventif des difficultés des entreprises*, *Gaz. Pal.*, 2011, *Doctr.* 132, p. 7; A.-M. ROMANI, *Les techniques de prevention des risques de défaillance des entreprises*, in *Mél. en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Paris, 2000, p. 123

³⁹⁶ P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 229 e ss.

³⁹⁷ P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, Paris, 2018, pp. 229 e ss.; I. ROHART-MESSAGER, *op. cit.*, in *Gaz. Pal.*, 2010, *Doctr.* 54, p. 7.

³⁹⁸ J.-F. BIGOUROUX, *Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes*, in G. BLANC (a cura di), *op. cit.*, Aix-Marseille, 2004, pp. 66 e ss.

³⁹⁹ Si fa riferimento alle prime tre fasi della procedura per le SA e alle prime due per le SARL (vedi *supra*, par: 5.3.1)

⁴⁰⁰ Si noti come il coinvolgimento dei soci posto in essere dall'ordinamento francese e la contemporanea assenza di un qualunque obbligo di riservatezza a loro carico non desti particolari preoccupazioni. Che interesse avrebbero, infatti, a far circolare voci sulla loro crisi, consci dei danni all'immagine che ciò potrebbe comportare?

sia sempre la mentalità sociale e imprenditoriale. Quest'ultima costituisce un dato centrale e dirimente e al contempo - purtroppo per noi- il più difficile da modificare. Le novelle normative e la modificazione dei *nomina iuris* possono aiutare in questo processo di modificazione ma tale cambiamento è necessariamente un processo che abbisogna di tempo e che involge dinamiche su cui il legislatore non potrà mai incidere a prescindere dalla pregevolezza della normativa o dai modelli presi come riferimento. Il ruolo giocato dal sostrato culturale, dalla memoria storica, nonché dalla struttura del mercato e degli affari, inoltre, è di particolare peso- e qui torna vivo un importante insegnamento dei maestri comparatisti- quando si decide di importare nel proprio ordinamento un istituto nato fuori dai confini nazionali, è imprescindibile scovare le differenze di contesto e tenerne conto, consapevoli che una mera copiatura della norma straniera non potrebbe quasi mai garantire i medesimi effetti.

Dunque, ciò che maggiormente si esorta il legislatore italiano a carpire, quando questi si accinge a studiare il sistema francese non sono tanto le singole procedure e gli specifici istituti, quanto piuttosto la concezione e l'atteggiamento mentale degli interpreti: in Francia le misure di prevenzione- fra le quali ovviamente si annoverano anche le procedure di allerta- sono sempre poste in prima linea nella protezione delle imprese in difficoltà⁴⁰¹; al contrario le procedure concorsuali (accostabili alla nostra tradizionale procedura fallimentare) ricoprono un ruolo residuale. Più ci si adopera, infatti, per prevenire la situazione di crisi cercando di risolverla quando essa è ancora ai suoi albori, più rara sarà l'evenienza di un necessario accesso alle procedure, che si rendono inevitabili solo quando la crisi è ormai irreversibile. L'esperienza francese, dunque, testimonia che gli strumenti di prevenzione risultano estremamente efficaci solo se si inseriscono in un contesto culturale in cui i loro destinatari- vale a dire gli imprenditori- nutrono una sincera fiducia nelle modalità di funzionamento e nei proficui risultati raggiungibili mediante gli stessi: esse pertanto devono essere in grado di fornire aiuti reali, in tempi brevi e a bassi costi, in un clima di totale riservatezza.

⁴⁰¹ Si pensi, per esempio, che nei *Tribunaux de Commerce* francesi, sono esposte comunicazioni di incoraggiamento agli imprenditori, che spesso tendono a voler rinnegare la gravità della propria situazione di difficoltà, a rivolgersi a Giudici e Ausiliari, quali "*Entrepreneurs, ne vous imaginez pas seuls, nous avons des solutions attentifs à vos côtés*", in A. PELLEGATTA, *Prevenzione della crisi di impresa*, cit., in www.iudicium.it. Nel medesimo scritto, l'Autore mette in luce che l'ordinamento francese ha, negli anni, introdotto anche nell'ambito delle relazioni con il sistema bancario. "La legge francese rimette infatti all'attenzione del mediatore della Banca di Francia le situazioni di potenziale conflitto. [...] questi convoca le banche presso la Prefettura competente e coordina una analisi della situazione, suggerendo correttivi, incoraggiando un maggior approfondimento delle informazioni ed aiutando l'imprenditore a presentare nella forma più corretta, ogni dato utile ad una più attenta e costruttiva valutazione del rischio".

Capitolo 4. Le procedure di allerta: poteri, doveri e responsabilità

6. La responsabilità degli organi sociali

Il nuovo Codice della crisi ha introdotto, nel sistema concorsuale- e ancor prima del diritto societario e commerciale in generale- molteplici novità. Così, sembra opportuno prendere in esame le inedite curvature che si imporranno al modo di interpretare e configurare gli obblighi e i poteri gravanti sugli organi sociali, non solo in circostanze di salute e normalità dell'impresa (qui dunque al fine di prevenire la crisi), ma anche in fase di crisi incipiente (per evitarne la compiuta manifestazione) e di crisi attuale (per superarla)⁴⁰². Le nuove previsioni normative sono destinate ad avere un rilevante impatto sulle strutture imprenditoriali (individuali e collettive), “non solo perché introducono appositi obblighi di comportamento, suscettibili di dare luogo a varie forme di responsabilità in caso di loro violazione, ma anche e soprattutto perché impongono all'imprenditore di adattare la struttura della propria attività economica in conformità a tali obblighi”⁴⁰³.

Questa parte del lavoro si propone, perciò, di dipanare eventuali dubbi di coordinamento tra la vecchia e la nuova disciplina, esplicitando le possibili modificazioni e innovazioni- in punto di condotte doverose e di responsabilità- che investiranno amministratori, sindaci e revisori, a seguito dell'entrata in vigore del C.C.I.I. Tale impegno esegetico, di per sé di non facile attuazione, subisce un'ulteriore complicazione per via del fatto che esso involge sia norme del Codice della crisi già entrate in vigore, in data 16 marzo 2019, (si pensi, per esempio, alle modifiche apportate al codice civile, *ex multis* agli artt. 2086 e 2486 cod. civ.), sia disposizioni la cui efficacia è stata differita al Ferragosto 2020, vale a dire ben diciotto mesi dopo la data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, (visto il tema qui trattato, si menzionano, fra tutte, le regole inerenti le procedure di allerta). Oltre a ciò, un aggiuntivo elemento di complicazione del quadro normativo sulla responsabilità degli organi sociali deriva dal fatto che, finché essi operano in una situazione che potremmo definire di “pre-crisi”, non essendo questa né definita né regolata dal nuovo Codice, essi saranno sottoposti alle norme del codice civile nella loro originaria conformazione, pur nell'esigenza di coordinarle con il nuovo assetto normativo e soprattutto con i principi ordinanti e le linee di fondo di cui esso si è fatto portavoce. Al contrario, quando la crisi non dovesse rivelarsi solo

⁴⁰² L'Accademia Romana di Ragioneria, nella Nota Operativa n. 15 del 2019, dal titolo *L'evoluzione della normativa in merito alla corretta ed efficace gestione delle società di capitali e le responsabilità degli Organi sociali*, sottolinea che “un ruolo fondamentale, per raggiungere gli obiettivi di soluzione della crisi d'impresa, viene assunto quindi dagli Organi di Amministrazione e Controllo, ai quali sono stati ampliati i poteri gestori e di vigilanza, ma anche le responsabilità”, in *Ipsa Quotidiano*, 27 settembre 2019. In particolare, poi, si segnala che “la responsabilità di amministratori e sindaci diventano sempre più puntuali e pervasive. [...] Il Codice della crisi attribuisce nuove responsabilità a tutti i consiglieri e sindaci nel monitoraggio circa l'aggiornamento dei dati economico-finanziari, la reportistica periodica dell'andamento aziendale ed il rispetto degli indicatori quantitativi [...]; sono tutti elementi tesi a codificare ed attribuire responsabilità specifiche per il mancato adeguamento dell'assetto organizzativo, proporzionato alla realtà aziendale [...] il collegio sindacale, in particolare, dovrà fungere da contrappunto e stimolo costante, essendo stato designato quale principale strumento di attivazione dell'allerta, avendo la responsabilità della segnalazione interna all'OCRI, laddove emergano indizi di crisi”, in M. D'APOLITO, *Giudici e Codice della crisi*, cit., in *ISole24Ore*, 23 settembre 2019.

⁴⁰³ S. BASTIANON, *Early warning*, cit., in www.ilfallimentarista.it, cit., p. 8.

potenziale e imminente, bensì attuale e reale, troveranno applicazione le nuove norme del C.C.I.I.

6.1 L'allerta dei creditori pubblici qualificati: il ruolo dell'Agenzia delle Entrate

Pur avendo il nuovo Codice della crisi puntato soprattutto sulla collaborazione degli organi societari di controllo e dei revisori legali, il legislatore ha voluto ricercare anche fuori dall'impresa soggetti potenzialmente detentori di dati idonei a fungere da indizi di crisi (imminente o attuale). Così, l'art. 15 C.C.I.I., al fine di far scattare la c.d. allerta esterna (vale a dire quella che prende le mosse da un punto che si colloca al di fuori delle porte delle stanze sociali), individua come legittimati attivi l'Agenzia delle Entrate (figura sulla quale principalmente si è deciso di incentrare l'attenzione⁴⁰⁴), l'INPS e l'Agente della riscossione⁴⁰⁵. Qualora questi soggetti constatino che l'esposizione debitoria dell'imprenditore abbia superato l'importo rilevante (*i.e.*: le soglie previste ex art. 15, comma 2, C.C.I.I.), essi hanno l'obbligo di inviare allo stesso una comunicazione, avvisandolo che, se nel termine di novanta giorni egli non presenterà- alternativamente- un'istanza di composizione assistita della crisi o di accesso ad altra procedura concorsuale di regolazione della crisi e dell'insolvenza ovvero non provvederà a regolarizzare i suoi debiti per l'intero loro ammontare, non potrà che conseguire una segnalazione all'OCRI. Benché rimangano fuori da qualunque obbligo di segnalazione i debiti (autodichiarati o definitivamente accertati) per i quali è ancora pendente il termine di novanta giorni per l'adempimento e i debiti non accertati in via definitiva (vale a dire per i quali pende il termine per l'impugnazione da parte del debitore o un giudizio già instaurato per il quale manca ancora una sentenza definitiva)⁴⁰⁶, al contrario, giocano un ruolo importante eventuali crediti non ancora definitivamente accertati. Infatti, l'organo di controllo (se presente) o un professionista (qualora manchi l'organo di controllo) può attestare l'esistenza di crediti d'imposta, o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni, vantati dal debitore. Infatti, purché gli ostacoli all'accertamento o al pagamento siano di ordine formale ovvero derivino da contestazioni pretestuose, limitate solo ad una parte dell'importo che l'imprenditore assume essergli dovuto, si potranno far rilevare anche crediti non ancora definitivamente accertati. Se l'ammontare complessivo di tali crediti è tale da non permettere il superamento della soglia, se portato in compensazione con

⁴⁰⁴ Si rammenta che per le prime segnalazioni ad opera di questo soggetto sarà necessario attendere il 1° agosto 2021, in P. BONSIGNORE, P. CEROLI, *Crisi d'impresa: l'allerta esterna debutterà con le segnalazioni Inps*, in *IlSole24Ore*, 12 agosto 2019.

⁴⁰⁵ V. ZANICHELLI, *La segnalazione dei creditori pubblici qualificati: quod sine die debetur numquam debetur?*, in www.ilcaso.it, p. 5, l'Autore enuclea alcuni elementi che contribuiscono a configurare l'Agenzia delle Entrate, l'INPS e l'Agente della riscossione come soggetti ben posizionati a svolgere un ruolo propulsivo in seno alle procedure di allerta: essi hanno istituzionalmente accesso a dettagliate informazioni sulla gestione economica e finanziaria dell'impresa e divengono così possessori di dati aggregati sulla stessa. Inoltre, essi si trovano sovente nella posizione soggettiva di titolari di crediti insoddisfatti, idonei, per loro natura, ad emergere con evidenza, senza la necessità di rielaborazioni o di confronti con altri dati di diversa natura.

⁴⁰⁶ L. GAMBÌ, *La fase dell'allerta esterna nel Codice della crisi*, in www.ilfallimentarista.it; per un confronto sul tema dei debiti tributari pendenti nella vigenza della norma sul fallimento fiscale si veda: A. MAGLIARO, *La incostituzionalità del fallimento "fiscale" si è palesata alla Consulta*, in *Giur. it.*, Parte I, Sez. I, 1992, cit., c. 2064.

i debiti, e se sono decorsi i novanta giorni dalla messa in mora, l'OCRI sarà tenuto ad archiviare la questione (ex art. 18, comma 3, C.C.I.I.)⁴⁰⁷. I soggetti attestanti il credito se ne assumono la responsabilità, pur limitatamente al solo procedimento svolgentesi al cospetto dell'OCRI: l'attestazione non è infatti utilizzabile ad altri fini (non si può per esempio allegare al fine di ottenere un'ingiunzione di pagamento) né in altre sedi (non essendo essa equivalente né ad una sentenza, né ad un decreto ingiuntivo suscettibile di divenire definitivo né ad un'autocertificazione sull'esistenza o sulla misura del credito). Ci si potrebbe chiedere se l'Agenzia delle Entrate abbia l'obbligo di verificare la sussistenza di eventuali posizioni attive prima di far scattare l'allerta a carico di un determinato imprenditore. Pare tuttavia più conveniente ipotizzare che l'attestazione dei crediti si configuri come un onere per il debitore, che finirebbe per essere chiamato a far rilevare la sua posizione creditoria per impedire il sorgere prima dell'obbligo da parte dei creditori pubblici qualificati di dare avvio alla procedura e poi per far sì che l'OCRI sia tenuto ad archivarla. Sarebbe infatti troppo gravoso per l'Agenzia delle Entrate dover tener monitorate tutte le sfere soggettive dei soggetti con cui si trova ad interfacciarsi, pur avendo spesso i mezzi per acquisire le informazioni rilevanti e necessarie a tal fine.

Il motivo che ha sospinto a trattare anche il tema dell'allerta esterna, che indubbiamente fuoriesce dal *focus* del lavoro- inerente, come si è potuto già delineare, all'allerta interna e segnatamente alla responsabilità dei soggetti ricoprenti incarichi di amministrazione e controllo- è rappresentato dalla volontà di mettere in luce come il lavoro del legislatore in questa sede sia stato molto meno cesellato rispetto a quanto fatto per l'allerta interna. Più in profondità si procede con l'analisi della normativa sul punto, più si palesano incongruenze, lacune e problematiche bisognose di una soluzione. E si tenga anche in considerazione che sicuramente l'elaborazione dottrinale non ha ancora raggiunto il massimo della sua esplicazione: non molti sono infatti coloro che si sono già avventurati nella redazione e divulgazione di commenti e considerazioni intorno a questo delicato tema; perciò si potrebbe ipotizzare che quelli che verranno qui di seguito enucleati siano solo alcuni dei punti critici della normativa.

Non si può negare che l'argomento in questione porti con sé- potremmo dire ontologicamente- difficoltà non marginali: esso si pone sul crinale tra diritto societario, diritto concorsuale e diritto tributario e proprio alla luce di questa sua natura ibrida, molteplici sono risultati essere gli interessi che il legislatore ha dovuto tenere in considerazione, plurime le esigenze da tutelare e, come sempre accade quando ci si trova a lavorare su un terreno coabitato al contempo da più d'una branca del diritto, difficile il coordinamento tra i principi che regolano

⁴⁰⁷ I crediti vantati dal debitore sono protagonisti anche di un'altra norma: l'art. 15, comma 5, C.C.I.I., rubricato "Obbligo di segnalazione dei creditori pubblici qualificati". Si interpongono però tra i due dettati normativi alcune discrasie: non è necessaria, ai fini dell'art. 15 C.C.I.I., l'attestazione del collegio sindacale o di un professionista, prescrivendo la norma una semplice documentazione fornita dal debitore con la quale egli sia in grado di dimostrare la titolarità dei crediti (che, in ogni caso, devono anche risultare dalla piattaforma per la gestione telematica del rilascio delle certificazioni); l'ammontare complessivo non deve essere tale da non permettere il superamento delle soglie se portato in compensazione con i debiti, bensì- discintamente dalle stesse- serve che esso sia semplicemente non inferiore alla metà del debito accumulato verso il creditore pubblico qualificato, in L. GAMBI, *La fase dell'allerta esterna*, cit., in www.ilfallimentarista.it

ciascuna di esse. Come ben noto agli interpreti e agli studiosi di diritto, sovente ad una difficile redazione normativa, non può che conseguire una altrettanto impegnativa- per non dire insidiosa- attività di commento e critica della stessa. Non priva di asperità è infatti l'enucleazione dei possibili "errori" del legislatore, nonché di eventuali spunti *de iure condendo* per cercare di intervenire in via di sanatoria.

In primo luogo, con una notazione di carattere generale che abbraccia tutti e tre i soggetti che fungono da allertanti esterni, si dà conto di come il legislatore abbia deciso di far leva sull'apparato sanzionatorio per incentivare gli stessi a far scattare l'allerta predisponendo delle sanzioni. Agenzia delle Entrate e INPS, se omettono di avviare la procedura, pur essendosi avvedute della sussistenza dei presupposti prescritti *ex lege*, perderanno l'efficacia dei privilegi che assistono i loro crediti, con un'evidente prospettazione di danno erariale a carico dei funzionari coinvolti *ex art 4, comma 1, lett. d* della legge delega (poi recepito all'art. 14, comma 1, C.C.I.I.). Diversamente, per l'Agente della riscossione si prevede la pena dell'inopponibilità del credito per spese e oneri di riscossione⁴⁰⁸. Con specifico riferimento all'Agenzia delle Entrate, inoltre, si noti come ad essa venga imposto di inviare al debitore l'avviso, *ex art. 14, comma 1, C.C.I.I.*, contestualmente alla comunicazione di irregolarità. Tuttavia, mancando un termine entro il quale inviare detta comunicazione è assurdo che il legislatore ponga la sanzione della perdita del privilegio e poi non fissi un *dies ad quem* entro cui adempiere al *facere doveroso*⁴⁰⁹. Inoltre, non si può non prendere atto che le sanzioni, poste a fini di incentivo, saranno in grado di esplicarsi solo nel caso in cui il debitore venga successivamente sottoposto ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza in cui ci sia concorsualità tra i creditori⁴¹⁰. Prospettiva, in ultima analisi, poi non così improbabile alla luce del fatto che l'individuazione del presupposto oggettivo nella "condizione di perdurante inadempimento di importo rilevante", porterà inevitabilmente con sé il rischio di riferirsi ben poco alla fase di crisi e guardare piuttosto ad imprese già in stato di insolvenza (infatti, sembra ben arduo disconoscere che una società possa dirsi versare in stato di insolvenza quando sia incorsa in reiterati e significativi ritardi nei pagamenti⁴¹¹). Si perde così di vista il vero fine per cui le procedure d'allerta sono state introdotte nel nostro ordinamento: quello dell'emersione anticipata della crisi. Pur essendo i "ritardi reiterati e significativi nei pagamenti" (ovverosia gli inadempimenti alle obbligazioni tributarie qualitativamente e

⁴⁰⁸ La discrasia tra le due sanzioni è stata imposta dal fatto che tralascia giurisprudenza è solita inquadrare la posizione creditoria dell'Agente della riscossione come chirografaria, si veda, *ex multis*, Cass. Civ., 06-11-17, n. 26284, disponibile su www.ilcaso.it.

⁴⁰⁹ V. ZANICHELLI, *La segnalazione*, cit., in www.ilcaso.it, pp. 6 e ss. L'Autore spiega che la mancanza di un *dies ad quem* riguarda solamente l'Agenzia delle Entrate, al contrario, infatti, per l'INPS e per l'Agente della riscossione, si prevede un termine massimo di sessanta giorni per l'invio della comunicazione a decorrere dal verificarsi delle condizioni richieste dalla legge o dal superamento delle soglie minime. *De iure condendo*, sottolineando la necessità di porre un termine finale puntuale (e anche breve, perché, solo se tale, esso permetterà di perseguire il fine di emersione tempestiva e anticipata della crisi), si propone, in attesa di una presa di posizione del legislatore, di applicare in analogia l'impostazione adottata per gli altri due creditori qualificati e dunque prevedere che anche per l'Agenzia delle Entrate operi il termine di sessanta giorni dal superamento delle soglie.

⁴¹⁰ L. GAMBÌ, *La fase dell'allerta esterna*, cit., in www.ilfallimentarista.it.

⁴¹¹ S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza*, cit., in www.ilcaso.it, cit., p. 30.

quantitativamente rilevanti) un indicatore di crisi ex art. 13 C.C.I.I., il legislatore finisce con l'entrare in contraddizione: da un lato individua lo stato di crisi come presupposto del lancio delle procedure di allerta ma poi fissa le soglie in modo che esse sembrino più far riferimento, in base all'*id quod plerumque accidit* a casi di insolvenza. Per di più "tale aporia non sembra essere destinata a rimanere confinata nel campo teorico perché porta con sé un rilevante corollario applicativo": il debitore potrà, nonostante egli sia già insolvente e non semplicemente in crisi, fare ricorso alle procedure di allerta e poi di composizione assistita della crisi, contrastando così due importanti finalità perseguite dal legislatore della Riforma. Si finirà per porre in non cale quella sottile e difficile *actio finium regundorum* esercitata per porre un discrimine tra le nozioni di "crisi" e "insolvenza" (che si è cercato, nel nuovo Codice della crisi, per la prima volta, di definire con precisione); ed inoltre, non si potrà certo dire che con tali meccanismi si assicurerà una tempestiva emersione della crisi, essendo l'imprenditore-debitore già insolvente quando l'Agenzia delle Entrate sarà chiamata ad agire⁴¹². Il rischio di intervento tardivo quando ormai la crisi si è irrimediabilmente già tramutata in dissesto irreversibile, rende ancor più aspra un'ulteriore critica al neointrodotta impianto normativo. Si parta infatti dalla constatazione che il legislatore prevede che l'onere di segnalazione venga meno nel momento in cui si raggiunge un accordo di composizione tra debitore e creditore: se il debitore entro 90 giorni salda il debito con l'Agenzia delle Entrate, quest'ultima non è più tenuta ad avviare la procedura. Si appunta così come il legislatore sembri "incoraggiare soluzioni atomistiche tra debitore e creditore qualificato", finendo per portare detrimento al principio di *par condicio creditorum* (nonostante in effetti la *par condicio* scatti solo quando i creditori si insinuano nella procedura, diventando da concorsuali concorrenti)⁴¹³. Sempre con riferimento alla struttura del presupposto oggettivo, essendo esso articolato sulla base di soglie numerico-quantitative, una volta che le stesse vengono superate, l'Agenzia delle Entrate non conserva alcun margine di discrezionalità circa l'avvio o meno della procedura (pena la comminatoria della sanzione di cui si è detto). L'unica ancora di salvezza che rimane è rappresentata dal ruolo dell'OCRI, il quale eventualmente potrà archiviare la questione, qualora dovesse emergere che, nonostante il superamento delle soglie non sussiste crisi⁴¹⁴. Si palesa però il sempre presente rischio, dovendo attendere, per poter appurare l'effettiva insussistenza della crisi, fino al momento in cui la questione viene portata davanti all'OCRI, che ci sia una fuga di notizie e che l'ostensione di una paventata ma non reale situazione di difficoltà comporti invero il sorgere di un danno all'immagine commerciale della società (vedi infra, par: 7.2). L'interesse alla riservatezza pare essere incertamente tutelato anche per via del fatto che si prevede che le Camere di Commercio mettano a disposizione dell'Agenzia delle Entrate l'elenco dei soggetti sottoposti alle misure di allerta, da cui risultano

⁴¹² S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza*, cit., in www.ilcaso.it, pp. 29 e ss.

⁴¹³ F. DI MARZIO, *op. cit.*, Milano, 2018, pp. 39 e ss; "Rispetto all'allerta interna, le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati scattano quando il percorso di deterioramento del valore dell'impresa è rilevabile anche dall'esterno, poiché l'azienda ha oltrepassato quella zona di "incubazione", definita di monitoraggio, prodromica alla crisi stessa e alla successiva eventuale fase di insolvenza", in A. MENGHI, L. MILETTA, *Soltanto 90 giorni per regolarizzare o estinguere il debito*, in in *IlSole24Ore*, 12 agosto 2019.

⁴¹⁴ L. GAMBÌ, *La fase dell'allerta esterna*, cit., in www.ilfallimentarista.it.

anche le domande presentate per l'accesso alla composizione assistita della crisi o di accesso ad una procedura di regolazione della crisi di impresa. Il fatto poi che gli allertanti esterni siano di fatto dei soggetti pubblici comporterà un fortissimo sentimento di diffidenza e rigetto da parte degli imprenditori nei confronti delle procedure di allerta⁴¹⁵. Per concludere, si fa notare come infelice possa essere, in alcune circostanze anche la scelta dell'IVA come imposta protagonista della soglia: talora, infatti, essa non è assolutamente idonea a individuare le situazioni di crisi: non è sempre vero che chi non ha debito IVA operi in un contesto di floridità economica. Si pensi, per esempio, ad un esportatore abituale, che svolge, per assurdo, solo operazioni di vendita verso l'estero: di fatto, egli compie solamente operazioni non imponibili (ex artt. 8 e 41 DPR. N. 633 del 1972) che non comportano il sorgere di un ammontare di IVA a debito. Eppure, pur non avendo nemmeno un barlume di debito IVA nei confronti del Fisco, laddove, per esempio, non ricevesse i pagamenti dovuti dai propri clienti, perdendo così qualunque prospettiva di incasso, sicuramente sarebbero in una situazione finanziaria precaria, assimilabile alla crisi, pur non superando le soglie e dunque non attirando l'attenzione dell'Agenzia delle Entrate al fine dell'avvio della procedura di allerta.

Messi di fronte a questa panoplia di incongruenze nella redazione delle norme, rassicura sicuramente il fatto che tali regole non entreranno in vigore prima di Ferragosto 2020, lasciando così tempo al legislatore per intervenire con un *rush* finale, nel tentativo di porre rimedio alle carenze di redazione e strutturazione normativa, magari sfruttando la *chance* degli elaborandi decreti correttivi⁴¹⁶.

Mettere in luce tali problematiche non è stato un mero esercizio di riprensione dell'operato del legislatore: lo scopo era quello di dimostrare come meriti di godere di maggior riverenza il meccanismo dell'allerta interna. L'allerta

⁴¹⁵ V. ZANICHELLI, *La segnalazione*, cit., in www.ilcaso.it, p. 9.

⁴¹⁶ Si dà conto del fatto che i decreti correttivi dovrebbero intervenire solamente sulle soglie che fanno scattare l'allerta esterna da parte dell'Agenzia delle Entrate. Al contrario, non avverrà alcuno slittamento (che pure era stato richiesto e paventato) dell'entrata in vigore dell'obbligo di nomina degli organi di controllo interno, fissato per il 16 dicembre 2019, e nemmeno delle procedure di allerta "che scatteranno, come da programma, il 15 agosto 2020, per tutte le imprese anche quelle più piccole". Non saranno quindi accolte le richieste di tempi più lunghi né per gli obblighi di nomina degli organi di controllo né per l'entrata in vigore dell'intera Riforma. "La richiesta di un avvio *soft* mirava a due obiettivi: da una parte ridurre l'impatto sulle aziende di minori dimensioni, che dovranno affrontare cambiamenti organizzativi e gestionali profondi per essere in grado di cogliere i segnali di crisi sulla base degli indici messi a punto dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e, dall'altra, evitare il rischio di ingolfamento per i nuovi organismi di composizione (Ocri) che opereranno presso le Camere di commercio con il compito di gestire le allerte e aiutare le aziende a superare le difficoltà: un numero eccessivo di segnalazioni potrebbe infatti impedirgli di operare al meglio, vanificando, di fatto, l'intero sistema di rilevazione anticipata. Un rischio che, però, secondo il Ministero della Giustizia non esiste poiché, nella prima fase le allerte arriveranno solo dall'interno (organi di controllo e amministratori) e non anche dall'esterno, cioè dai creditori pubblici qualificati (Inps, Agenzia delle Entrate e Agente della Riscossione). Nel primo decreto correttivo dovrebbe invece trovare spazio una revisione del concetto di crisi che si avvicinerà a quello di insolvenza. Il ministero intende invece rinviare le modifiche di maggior peso e soprattutto quelle al sistema dell'allerta a un secondo decreto correttivo da varare dopo il 15 agosto 2020, alla luce di quanto emergerà dall'applicazione concreta della riforma", in B. L. MAZZEI, *Crisi d'impresa: niente proroga per allerta e organi di controllo*, in *IlSole24Ore*, 23 ottobre 2019.

fatta scattare dai creditori pubblici qualificati, infatti, sconta almeno due ingombranti difetti. Il primo, ineliminabile tara di istituti di tal sorta, aveva già occupato un posto d'onore negli studi dei fallimentaristi e dei tributaristi degli scorsi decenni, quando venne alla ribalta il tema del fallimento fiscale. Dalle considerazioni fatte in tale sede, pur differentemente disciplinata e calata in un contesto sociale, normativo ed economico diverso rispetto a quello odierno, possiamo indubbiamente trarre un'avveduta riflessione: "se è vero, infatti, che va riconosciuta la necessità di garantire le entrate dello Stato, è pur vero che tale garanzia non può prevaricare altrui diritti costituzionalmente garantiti". Quello che si era voluto mettere in luce, cercando di delineare i profili di illegittimità costituzionale insiti nell'istituto del fallimento fiscale, può valere, *mutatis mutandis*, anche per le procedure di allerta avviate dall'Agenzia delle Entrate. L'adizione dell'OCRI (al posto dell'apertura di una procedura concorsuale) non pone totalmente al riparo dal rischio di ledere diritti costituzionalmente garantiti (si pensi ad esempio ai diritti di libera iniziativa economica o all'immagine commerciale, di cui molto si dirà)⁴¹⁷ e ciò fa emergere nuovamente i dubbi che avevano attanagliato i commentatori del noto art. 97, comma 3, del DPR n. 602 del 1973⁴¹⁸. Si giunge così alla considerazione per cui, forse, non appartiene all'Agenzia delle Entrate- e analogo discorso potrebbe valere anche per l'INPS e per l'Agente della riscossione, il ruolo di pungolo nei confronti dell'imprenditore⁴¹⁹. È molto probabile che un imprenditore non in regola con il pagamenti dei propri oneri tributari- e previdenziali- ben sia al corrente di questa sua situazione e con essa della causa del continuo aumentare della sua esposizione debitoria. *A fortiori*, questo ragionamento può valere nel caso di debito IVA: l'ammontare dell'IVA è stato di fatto incassato dall'imprenditore, che come notoriamente accade in tale tipo di imposta- ha fatto gravare il peso dell'imposizione tributaria sul suo cliente (e poi a catena fino ad arrivare al consumatore finale). Ed invero, è forse proprio per questo che la via percorsa dal legislatore italiano, di affiancare, agli allertanti interni, anche altri soggetti deputati a far scattare le procedure d'allerta che siano esterni e totalmente estranei all'impresa, con una caratura per di più pubblicistica non di secondaria importanza, si pone in contrasto con la strada percorsa da tutti gli altri ordinamenti europei. Il secondo difetto attiene al modo in cui sono state determinate e fissate le soglie minime necessarie per far scattare la procedura⁴²⁰. Con specifico riferimento all'Agenzia delle Entrate, infatti, il Codice fissa una duplice soglia: il debito IVA, scaduto e non versato, deve essere almeno pari al 30% del volume

⁴¹⁷ A. MAGLIARO, *La incostituzionalità*, cit., in *Giur. it.*, Parte I, Sez. I, 1992, cit., c. 2064.

⁴¹⁸ DPR n. 602, del 29 settembre 1973, art. 97, comma 3: "Se il mancato pagamento è posto in essere da soggetti esercenti imprese commerciali, l'intendente di finanza promuove la dichiarazione di fallimento, ferma restando l'applicazione della pena pecuniaria", testo completo disponibile su www.ipsoa.it. Dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 89 del 1992, si veda Cost., 09-03-92, n. 89, testo disponibile su www.giurcost.org.

⁴¹⁹ A. MAGLIARO, *La incostituzionalità*, cit., in *Giur. it.*, Parte I, Sez. I, 1992, c. 2059 e ss.; L. GAMBI, *La fase dell'allerta esterna*, cit., in www.iffallimentarista.it, cit. p. 8: "Un occhio di riguardo è stato senz'altro attribuito alla rilevanza pubblicistica dei crediti in oggetto, così come alle correlate finalità di gettito".

⁴²⁰ Relazione di D. FINARDI, *Responsabilità del collegio sindacale e del revisore nella crisi di impresa (reazione o prevenzione). Soci invitati di pietra?*, in occasione del Convegno *Responsabilità del Collegio Sindacale e del Revisore nella crisi d'impresa*, organizzato da ODCEC Verona, Verona, 22 febbraio 2019.

di affari e deve al contempo superare rispettivamente 25.000 Euro, per volumi di affari risultati dalla dichiarazione dell'anno precedente fino a 2 milioni, 50.000 Euro, per volumi di affari risultati dalla dichiarazione dell'anno precedente fino a 10 milioni, 100.000 Euro, per volumi di affari risultati dalla dichiarazione dell'anno precedente oltre 10 milioni. Tenendo conto che l'aliquota IVA, nel nostro ordinamento, è fissata (salvo casi particolari) al 22%, si evince sin da subito la necessità di trovare uno stratagemma per poter sperare di superare la soglia e consentire all'Agenzia delle Entrate di far scattare l'allerta. *Prima facie*, infatti, si potrebbe affermare che detta allerta, stando così le cose non potrebbe scattare mai essendo insuperabile il primo dei due requisiti cumulativi posti dall'art. 15, comma 2, C.C.I.I. Ciò che si deve tentare di fare è mantenere elevato il dato del debito IVA scaduto e non versato e basso quello del volume di affari. In prima battuta, in applicazione dei principi generali del diritto tributario, si ricorda che il debito nei confronti del Fisco va determinato con riferimento alla sola imposta, stornando dal computo le somme richiedibili a titolo di sanzione o di interessi (dovuti a seguito del mancato versamento del tributo). Questo, tuttavia, non aiuta nel fine poco sopra esposto: due quindi sono le vie che sono state individuate per consentire il superamento della soglia. La prima strada si articola nell'esame di varie e particolari situazioni, tutte caratterizzate da molteplici variabili che possono entrare in gioco e che possono permettere, se ben combinate, il superamento della soglia nonostante l'IVA rimanga al 22%. Di là dei calcoli e delle specifiche ipotesi che si sono fatte, per sottoporre a prove di resistenza i vari scenari in parola, quello che ivi si vuole sottolineare è che non sempre è agevole configurare situazioni in cui si possa affermare l'avvenuto superamento della soglia del 30% del volume di affari (discorso totalmente diverso, invece, è da farsi con riferimento alle soglie forfettarie che costituiscono il secondo cumulativo presupposto che, fissate ad un ammontare così basso, sono agevolmente quasi sempre raggiungibili). Così si potrebbe ipotizzare la vendita di un bene strumentale. Le somme ricavate da tale operazione non rientrano nel computo del volume di affari ma, in quanto operazioni attive, fanno sorgere debito IVA, consentendo così il superamento della soglia⁴²¹. Il carattere contingente e

⁴²¹ Ipotizzando un volume d'affari pari a 1000 Euro, con conseguente determinazione della soglia minima a 300 Euro (30% di 1000 Euro), se non si postulasse la vendita di un bene ammortizzabile, l'ammontare massimo di IVA a debito sulla base di quel volume di affari sarebbe di 220 Euro (22% di 1000 Euro). Al contrario, la soglia (che rimane ferma a 300 Euro, stante il fatto che il volume d'affari non verrà rimpinguato) sarà superata se ai 220 Euro di IVA a debito derivante dal volume di affari si sommeranno, poniamo altri 220 Euro di IVA a debito derivanti dalla vendita del cespite al prezzo di 1000 Euro. Per completezza, si vuole far presente che l'ipotesi qui delineata non va esente dalla necessità di un coordinamento con altre variabili che possono entrare in campo. Anzitutto è opportuno tener conto della potenziale incidenza dell'IVA a credito che sorge a fronte dell'effettuazione di acquisti: qualora essa sia particolarmente elevata, sarebbe in grado, una volta portata in sottrazione all'IVA sulle vendite, di abbattere il *quantum* del dato del debito IVA. Trovandoci a maneggiare un bene strumentale, non si deve poi dimenticare il possibile operare dei meccanismi del ricalcolo e del pro-rata. Il primo, nel caso della vendita di un bene strumentale al cui acquisto non è stato possibile detrarre l'IVA a credito nella sua totalità, impone che poi, all'atto di vendita del medesimo cespite, l'imprenditore non sarà chiamato a versare IVA a debito per il totale ammontare che sarebbe derivato dall'applicazione dell'aliquota al prezzo di vendita, bensì proporzionalmente alla detrazione che egli aveva potuto operare al tempo in cui comprò. Il secondo, invece, muove dalla convivenza all'interno del volume di affari sia di operazioni imponibili sia di operazioni esenti (ex art. 10 del DPR. n. 633 del 1972), il rapporto tra le quali esercita una sua propria incidenza sul finale ammontare di IVA da versare,

fattuale di tale ipotesi (e di altre che si sono immaginate), tuttavia, eccessivamente vincolata all'*hic et nunc* delle singole situazioni per poterla assurgere a regola generale, porta a proporre come seconda e accolta soluzione quella della discrasia temporale. Essa pare cogliere maggiormente nel segno, pur non ponendosi tra le due un rapporto di subalternità per cui l'accoglimento dell'una implica necessariamente la delegittimazione dell'altra. Si propone dunque di rimanere aderenti al dettato normativo, che parla di "volume di affari del medesimo periodo" e dunque riferire il calcolo dell'ammontare dello stesso al lasso temporale cui si riferisce la comunicazione della liquidazione periodica (trimestrale), non facendo perno invece sulle singole liquidazioni che potrebbero essere anche mensili (sia perché la norma parla di comunicazione della liquidazione periodica e non di "liquidazioni periodiche" sia perché un solo mese sembra essere un periodo troppo breve per offrire una sufficiente base di affidabilità ai dati raccolti, che potrebbero essere falsati dal verificarsi di un evento straordinario). Al contrario, si suggerisce di considerare nell'importo del debito IVA scaduta e non versata non solo quello risultante dalla comunicazione periodica, bensì quello corrispondente all'intero debito maturato alla data finale cui la comunicazione si riferisce. A favore di tale impostazione si schiera, non solo la *littera legis* che parla di "ammontare totale", ma anche la considerazione che parrebbe irragionevole non considerare anomalo (e dunque idoneo a fungere da indice di crisi) una situazione debitoria in cui il debito IVA scaduto e non versato è pari, poniamo, al 200% del volume d'affari per la sola ragione che tale debito si è formato nel corso di più anni, senza mai superare all'interno dell'arco annuale la soglia minima ex art. 15, comma 2, C.C.I.I. Con questo stratagemma si permette di dare rilevanza a casi in cui l'ammontare del debito IVA è di fatto un multiplo del volume di affari, dato che profila la sussistenza di un grave squilibrio finanziario, idoneo a fungere da indice- come sempre non incontrovertibile- di crisi. Ponendo tale discrasia temporale, infatti, si possono perfettamente tracciare i contorni di quel comportamento di reiterata e trascinata inadempienza dei propri oneri tributari: è proprio tale non commendevole prassi di usare la leva fiscale come forma di autofinanziamento aziendale che il legislatore delle Riforme voleva colpire⁴²². In altre parole, accogliendo tale impostazione, pur non palese alla luce della mera *littera legis*, si permette all'Agenzia delle Entrate di portare al cospetto dell'OCRI proprio quelle situazioni che, effettivamente potrebbero contemplare la sussistenza degli albori di una crisi. Non si può negare, infatti, che l'imprenditore che omette di versare per anni l'IVA, laddove non si sia di fronte ad un evasore consapevole, molto probabilmente tiene tale comportamento perché ha la necessità di allocare diversamente tali risorse,

e comporta che la detraibilità dell'IVA acquisti sia proporzionale al rapporto intercorrente tra operazioni imponibili e volume di affari. Infine, non si può non considerare l'influsso fattuale del prezzo di vendita del cespite e dell'eventuale operare del *plafond*, nel caso in cui l'imprenditore sia un esportatore abituale, il quale, in proporzione alle vendite fatte all'esterno e quindi non imponibili (ex artt. 8 e 41 DPR. N. 633 del 1972), potrà nell'anno successivo effettuare acquisti per un identico importo senza maturare su di essi IVA a debito. Si nota come il *plafond* sia in grado di abbattere o azzerare l'IVA a credito (che si sarebbe dovuta portare in sottrazione a quella a debito, diminuendo dunque l'ammontare del debito IVA), pur non dimenticando la possibile influenza del rapporto tra operazioni imponibili e non imponibili (analogamente a quanto si deve dire nel caso del pro-rata in merito al rapporto tra operazioni imponibili ed esenti).

⁴²² L. GAMBÌ, *La fase dell'allerta esterna*, cit., in www.ilfallimentarista.it.

perché anziché versare l'IVA incassata utilizza quelle somme come autofinanziamento per la sua impresa (per pagare dipendenti e fornitori, sostituire macchinari obsoleti, in generale per portare avanti, seppur spesso arrancando, l'attività di impresa)⁴²³.

L'Agenzia delle Entrate, già oberata di funzioni, gravami e lavoro subirà una nuova stoccata di mansioni, che non potranno che andare a detrimento del suo corretto e proficuo operare. E si pensi che, alla luce delle sanzioni previste, difficilmente si potrà ipotizzare una noncuranza da parte della stessa verso l'obbligo di attivare le procedure di allerta- che forse più che come tale meriterebbe di essere qualificato come un onere- venendosi a creare una situazione molto simile a quella derivante dalla previsione dell'esenzione da responsabilità solidale prevista per i sindaci (vedi infra, par: 6.3.2). I creditori pubblici qualificati saranno incentivati a far scattare l'allerta, per timore di essere colpiti dalle sanzioni previste, con il rischio di falsi positivi e con la difficile configurabilità di responsabilità per danni cagionati alla società in caso di avvio della procedura, colposamente o addirittura dolosamente, immotivato e infondato⁴²⁴.

Alla luce dell'analisi effettuata, sembra possibile affermare che il proficuo funzionamento delle procedure di allerta per l'emersione anticipata della crisi veda il suo destino inscindibilmente legato al corretto operare delle norme al leale e diligente agire dei soggetti che ricoprono un ruolo di controllo nelle società. Il successo delle procedure di allerta, perciò, potrà contare quasi solo sull'allerta interna.

6.2. La responsabilità degli amministratori

Specularmente alla scelta espositiva già adottata per prospettare il "vecchio" sistema, si è deciso di prendere le mosse dal mutato compendio di doveri degli amministratori. Si esaminerà, anzitutto, la novellata formulazione dell'art. 2086 cod. civ. che vede introdotti, al suo secondo comma, due specifici obblighi. Gli imprenditori che operino in forma societaria o collettiva⁴²⁵ dovranno

⁴²³ A. MENGHI, L. MILETTA, *Soltanto 90 giorni*, cit., in *ISole24Ore*, 12 agosto 2019, in cui le Autrici ricordano che "spesso, il mancato pagamento rappresenta per le aziende una forma temporanea di autofinanziamento, così come nella prassi avviene "erroneamente" con l'accantonamento al Tfr, utilizzato impropriamente in momenti in cui il sistema bancario ha ridotto l'accesso al credito"; P. MENEGHETTI, *Più difficile autofinanziarsi con il rinvio dei versamenti*, in *ISole24Ore*, 9 settembre 2019: "[...] le aziende in difficoltà individuano talvolta nell'omesso versamento delle imposte (in particolare dell'IVA), come una forma di autofinanziamento, che sostituisce l'aumento di capitalizzazione o l'incremento della liquidità tramite capitale bancario", tale forma di autofinanziamento viene definita dall'Autore come "impropria".

⁴²⁴ Questo pericolo assume ancor maggiore pregnanza se si pensa che la segnalazione all'OCRI da parte dei creditori qualificati di una situazione di difficoltà dell'impresa (la quale, per di più dovrebbe, essere già nota alla stessa grazie all'espletamento delle funzioni di monitoraggio interno), benché ad essa venga imposta l'osservanza del canone della riservatezza (vedi infra, par: 8.1), potrebbe influenzare il comportamento degli istituti di credito. Consapevole di questo rischio il legislatore ha deciso di porsi al riparo *ex ante*, specificando, all'art. 12 del C.C.I.I., che a seguito delle segnalazioni non possono essere revocati gli affidamenti bancari, in A. MENGHI, L. MILETTA, *Soltanto 90 giorni*, cit., in *ISole24Ore*, 12 agosto 2019.

⁴²⁵ Ai sensi dell'art. 3 C.C.I.I. anche l'imprenditore individuale, a fianco di quello che opera in forma societaria o collettiva- è chiamato ad adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere tempestivamente le iniziative necessarie per farvi fronte, in F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, pp. 83 e ss; L. BENEDETTI, *Le procedure d'allerta*, cit., in

istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato e attivarsi senza indugio al fine di adottare ed attuare uno degli strumenti forniti dal legislatore per superare la crisi e recuperare la continuità aziendale. A seguire, si analizzeranno i mutamenti subiti dagli *standards* di diligenza solitamente utilizzati per valutare la conformità delle condotte gestorie. Infine, si darà conto del c.d. codice etico cui gli amministratori, e più in generale tutti i soggetti coinvolti, dovranno guardare per interagire nell'ambito delle procedure di allerta istituite per la prevenzione e la risoluzione della crisi di impresa.

6.2.1 L'obbligo di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati

Come ricordato, con la riforma del 2003 il legislatore aveva già inserito nel quadro normativo del diritto societario allora vigente un duplice riferimento agli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili⁴²⁶. Il primo si ritrova all'art. 2381, commi 3 e 5, cod. civ., che enucleano il meccanismo di predisposizione e valutazione di detti assetti, spartito fra le competenze del consiglio di amministrazione nel suo *plenum* e degli amministratori delegati (vedi *supra*, par: 4.4.1). Il secondo riferimento, invece, va ricercato nell'art. 2403, comma 1, cod. civ., il quale impone al collegio sindacale di vigilare sull'osservanza, da parte degli amministratori, della legge, dello statuto e dei principi di corretta amministrazione. Inoltre, si raccomanda di riporre particolare attenzione all'adeguatezza degli assetti di cui l'impresa è stata dotata: in questo senso, il collegio sindacale si affianca e rafforza la funzione di vigilanza imposto al *plenum* degli amministratori dall'art. 2381, comma 3, cod. civ.⁴²⁷.

Autorevole dottrina aveva prognosticato che il combinato tra l'applicabilità delle *Business Judgement Rule* e la tendenza delle Corti a dare ampio spazio alla discrezionalità imprenditoriale- in assenza oltretutto di obblighi imperativi specificamente delineati *ex lege*- avrebbe finito per relegare le questioni sugli

www.rivistaodc.eu, pp. 9-10; A. Rossi, *Dalla crisi tipica ex CCI*, cit., in www.ilcaso.it, l'Autore sottolinea che, nonostante la differente nomenclatura e dicitura normativa, sia le misure sia gli assetti devono essere intesi come strumenti organizzativi sebbene di diverso contenuto e complessità, con il fine di rilevare tempestivamente la crisi e la perdita della continuità aziendale e attivarsi per rimediare alla situazione creatasi.

⁴²⁶ M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Torino, 2016, pp. 23 e ss; G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2016, cit., pp. 41-42: "L'impresa è per essenza attività organizzata, in cui il fare gestorio si declina, nel suo concreto svolgersi, in regole e prassi operative di buona gestione, di natura amministrativa e contabile. [...] Il *quid novi* che dopo la riforma societaria del 2003 caratterizza il regime delle società per azioni non consiste quindi nell'evocazione degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili come componente centrale e non rinunciabile dell'attività gestoria. Il vero profilo di novità va colto altrove, ovvero nella scelta di qualificare l'adozione e il concreto funzionamento degli assetti come un risvolto dei principi di corretta amministrazione societaria e soprattutto di indicare nell'adeguatezza degli assetti il generale criterio di condotta cui gli organi societari si devono attenere [...]".

⁴²⁷ P. MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Torino, 2016, p. 13, l'Autore afferma la non coestensività dei due concetti di "controllo" e "vigilanza": mentre il primo "evoca strumenti di verifica più pervasivi", il secondo merita di essere inteso come una "attività di sorveglianza generale e, di regola indiretta" e non come "attività di ispezione, diretta e diffusa".

assetto e sulla loro adeguatezza ad un ruolo marginale⁴²⁸. Nonostante questo infausto presagio, la prassi ha per lo più smentito i timori degli interpreti: molti autori hanno infatti riconosciuto la centralità della clausola generale sugli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili e lo stesso ha principiato a fare la giurisprudenza. È indubbio che in detta operazione di riconoscimento dell'importanza degli assetti abbia giocato un ruolo chiave l'impegno profuso dal legislatore del nuovo Codice nel "valorizzare il carattere precettivo delle disposizioni concernenti la previsione [degli adeguati assetti], delineandone altresì le concrete ricadute sull'attività degli organi di gestione e di controllo"⁴²⁹.

Alla luce di queste considerazioni, dunque, si deve notare che le nuove norme non fanno altro che recepire gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che già si erano sviluppati nella vigenza della precedente disciplina, pur non esimendosi dall'introdurre alcuni elementi di assoluta novità. Come messo in luce nei capitoli precedenti, dal sistema antecedente alla Riforma si poteva già desumere che gli amministratori fossero chiamati ad effettuare una costante valutazione previsionale sul possibile insorgere di stati di crisi o di insolvenza, mediante la continua prospettazione dei futuri scenari dell'attività d'impresa, resa possibile grazie all'operare dei predisposti piani industriali, strategici e finanziari (di cui pure fa menzione l'art. 2381, comma 3, cod. civ.)⁴³⁰. In tal modo, gli amministratori, avendo preso conoscenza del livello di rischio del palesarsi della crisi, si ponevano nelle condizioni di poter cominciare a mettere in atto le adeguate cautele idonee ad anticipare e prevenire la crisi stessa, nonché ad individuare i possibili rimedi per fronteggiarla laddove essa fosse definitivamente

⁴²⁸ V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità*, cit., in *Giur. Comm.*, vol. I, 2006, p.5; M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2016; S. MONTI, *Il Codice della crisi e la disciplina civilistica in tema di impresa: novità ed "eterno ritorno"*, in www.ilfallimentarista.it, p. 4.

⁴²⁹ S. MONTI, *Il Codice della crisi*, cit., in www.ilfallimentarista.it, cit., p. 4.

⁴³⁰ Sul punto si veda G. ACCIARO, A. DANOVÌ, P. RINALDI, *Necessario il controllo di gestione attraverso la contabilità analitica*, in *IlSole24Ore*, 7 agosto 2019, gli Autori fanno notare come la modesta managerializzazione e informatizzazione delle imprese, che crea rimarchevoli difficoltà nel fronteggiare le sfide proposte dalla velocità del mercato e dalle nuove tecnologie, abbiano comportato una scarsa fiducia degli imprenditori nelle strumenti di previsione, i quali spesso non vengono adottati e predisposti ritenendoli inadeguati alla propria realtà aziendale; si attiva in questo modo una sorta di circolo vizioso per cui l'impresa che oggi non si dota di un *budget*, poiché ritiene di non avere una sufficiente visibilità sia dei volumi sia dei prezzi, non affinerà mai le relative competenze interne, rimanendo così sempre incapace di dotarsene. Ed inverso, l'impresa perde una preziosa occasione di dialogo e confronto endosocietario che sarebbe stato prodromico alla progressiva creazione di un sistema organizzato, dal quale far discendere capacità previsionali che possano fungere anche da misuratori delle *performances* aziendali. Pare così, ad avviso di chi scrive, opportuno incentivare gli imprenditori a non sottrarsi agli obblighi di creazione di un efficiente sistema di controllo gestionale, potendo lo stesso porre le basi per assicurare un corretto sistema previsionale, a sua volta in grado di intravedere una possibile crisi ancora solo all'orizzonte e così intervenire con solerzia per evitarla o superarla. E infatti, come si legge in G. ACCIARO, A. DANOVÌ, P. RINALDI, *L'omissione*, cit., in *IlSole24Ore*, 8 agosto 2019, i medesimi Autori affermano che "l'assenza di un sistema previsionale di tesoreria" spesso non consente "agli amministratori, a fronte di indicazioni prospettive di carenza di flussi finanziari, di attivarsi tempestivamente con rimedi atti ad affrontare e risolvere la crisi di impresa"; inoltre precisano che "ciò può avvenire non solo in situazioni di perdita del capitale (con la necessità di ricostruirlo o di andare in liquidazione), ma in circostanze che ne sono prodromiche, quando ad esempio assumono dimensioni rilevanti gli omessi versamenti fiscali e contributivi, gli scaduti fornitori o bancari. Si tratta di circostanze, queste, tutte monitorabili in chiave preventiva tramite la tesoreria".

ed irreversibilmente insorta⁴³¹. Già nel sistema precedente- questo è innegabile- gli assetti potevano dirsi essere adeguati fintanto che fossero in grado di intercettare gli indizi di una crisi incipiente. Dunque, il nuovo Codice della crisi chiede all'imprenditore di predisporre qualcosa che già dovrebbe esserci nelle imprese, sia pure in quelle di maggiori dimensioni⁴³²: quello che si domanda è di predisporre procedure per tenere sotto controllo l'andamento e la gestione dell'impresa (per esempio, si fa riferimento alle procedure di rilevazione dei flussi di incassi e pagamenti- previsionali e non- e di monitoraggio degli eventuali ritardi). Ciononostante, il C.C.I.I. pone un punto fermo sul tema degli adeguati assetti, mettendo nero su bianco alcuni principi basilari. I suddetti assetti, fungendo da base per qualunque intervento successivo, sia esso puntuale (come nel caso dell'esplicazione degli obblighi di segnalazione) o strutturale (si pensi, per esempio, alla predisposizione di un piano aziendale, anche di ristrutturazione), costituiscono l'*humus* su cui poggiano i tentativi di prevenzione e superamento della crisi; in altre parole, l'assolvimento degli obblighi imposti dal novellato art. 2086, comma 2, cod. civ. deve essere interpretato come

⁴³¹ F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, pp. 194 e ss.; M. MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Belviso*, vol. I, Bari, 2011, pp. 607 e ss.; P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa*, cit., in *Riv. dir. soc.*, 2011, pp. 826 e ss.; L. BENEDETTI, *Le procedure d'allerta*, cit., in www.rivistaodc.eu, p. 10.

⁴³² “Vi è senza dubbio un connotato dimensionale di cui occorre tenere adeguato conto. Le imprese più grandi e strutturate [...] in cui vi è separazione tra *management* e proprietà hanno da tempo (spesso per necessità normativa) istituito adeguati assetti. In questo caso gestiscono in genere il *risk management* con logiche inserite talvolta in modelli organizzativi gestionali (Mog) [...] Gli amministratori di queste imprese nel monitorare i rischi proteggono loro stessi adottando logiche di prevenzione conseguenti alla circostanza di dover poi rispondere personalmente di fronte alla proprietà e ai terzi, per eventuali errori, sottovalutazioni o imprudenze eccessive. Ben diverso è il quadro di partenza della piccola e media impresa, basata sul capitalismo familiare, in cui l'imprenditore costituisce anche l'organo amministrativo ovvero vi è legato da un rapporto di parentela. In questo caso, la percezione (e dunque la gestione) del rischio da parte degli amministratori è profondamente legata al proprio rapporto con l'impresa quali proprietari”; la soglia di rischio percepita è solitamente più bassa e spesso mancano adeguati strumenti di misurazione e gestione dello stesso, spesso a causa del fatto che i sistemi di *risk management* sono costosi e complessi e così difficili da calare “sulle fragili spalle organizzative (e talvolta anche economiche) di piccole imprese, con il rischio che l'armatura sia così pesante per la corporatura del guerriero da ingessarlo e impedirgli il movimento. Per queste aziende, adottare piani aziendali pluriennali e modelli di *risk management* sofisticati non è solo prematuro ma talvolta inappropriato, perché ne snaturerebbe le caratteristiche competitive di velocità, snellezza e flessibilità”. Si suggerisce perciò di optare per un diverso e più semplice sistema di *business intelligence*, imperniato su questionari qualitativi di autovalutazione su cui incentrare un dialogo con gli organi di controllo. In questo modo di spera di “favorire una progressiva evoluzione anche qualitativa delle Pmi, [che] con il tempo potranno affinare l'assetto organizzativo verso modelli più evoluti di gestione del rischio, sostenendo anche i relativi investimenti umani e finanziari, ma solo dopo averne visto i benefici”, in G. ACCIARO, A. DANОВI, P. RINALDI, *Il peso della dimensione. Nelle Pmi rischio valutato con pochi elementi*, in *ISole24Ore*, 6 agosto 2019. Sul tema, si veda anche G. ACCIARO, A. DANОВI, P. RINALDI, *Assetti organizzativi da adeguare alle caratteristiche della società*, in *ISole24Ore*, 9 agosto 2019; e ancora P. CEROLI, A. MENGHI, *Monitoraggio a misura di complessità aziendale*, in *ISole24Ore*, 14 agosto 2019, in cui gli Autori evidenziano che gli obblighi organizzativi imposti e posti come strumenti di allerta, implicano una loro necessaria parametrizzazione e dimensionamento rispetto alla complessità aziendale, in quanto solo così potranno essere idonei a consentire una costante valutazione del rischio di crisi (c.d.: *risk assessment*) e ad “intercettare in modo continuativo gli indizi di un'eventuale crisi [...]”.

l'estrinsecazione del mezzo prioritario con cui il legislatore ha voluto perseguire lo scopo dell'emersione precoce della crisi⁴³³. Con l'introduzione dei nuovi obblighi in tema di adeguatezza degli assetti, si palesa la necessità di interrogarsi circa la natura degli stessi. Da un lato, si potrebbe ritenere di qualificarli come a contenuto specifico. Tale presa di posizione, resa possibile dalla dicitura dell'innesto normativo effettuato sull'art. 2086 cod. civ., non si limita ad esplicitare i suoi effetti su un piano di mera categorizzazione formale degli obblighi incombenti sugli amministratori (bipartiti, sulla base di una tralatizia impostazione, che vede pressoché concordi dottrina e giurisprudenza, fra obblighi generici e obblighi specifici), bensì comporta almeno un importante risvolto sul piano pratico e processuale. Infatti, in tema di onere della prova, si deve rammentare che la violazione da parte degli amministratori di un dovere su di loro incombente in forza di una specifica disposizione di legge costituirà di per sé manifestazione dell'inadempimento. L'*onus probandi* gravante sull'attore-*rectius* su colui che afferma la responsabilità dell'amministratore- risulterà significativamente alleggerito, essendo per lui sufficiente provare che l'amministratore non ha tenuto il comportamento specificamente imposto dalla norma⁴³⁴. Ad opinione di altri, invece, parrebbe maggiormente opportuno ricondurli alla categoria delle clausole generali⁴³⁵, con non poche ricadute in fase di sindacato giudiziale. Inoltre, si rileva che la rubrica dell'articolo cambia da "Gestione e gerarchia dell'impresa" in "Gestione dell'impresa": ciò favorisce, lungi

⁴³³ Se in un'impresa che gode di ottime condizioni di salute gli adeguati assetti "sono funzionali alla corretta gestione e vanno inquadrati in un'ottica di moderno *risk management*, [...] quando l'impresa entra in una fase di difficoltà, agli adeguati assetti è richiesta una funzione non solo di monitoraggio tempestivo, ma anche di costituire un valido strumento di gestione della medesima. Non va dimenticato, infatti, che l'articolo 2086 si contraddistingue per una finalizzazione degli adeguati assetti in quanto essi non solo hanno un'ottica preventiva ma anche devono consentire all'imprenditore di adottare gli strumenti funzionali al nuovo scenario, per fronteggiare la crisi", in G. ACCIARO, A. DANOVÌ, P. RINALDI, *Assetti organizzativi*, cit., in *IlSole24Ore*, 9 agosto 2019. Sul punto si veda anche la Circolare n. 19 del 2019, recante *Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi di impresa e gli strumenti di allerta* e pubblicata da Assonime, sul tema delle diverse condizioni di salute dell'impresa e della loro interazione con gli adeguati assetti organizzativi del novellato art. 2086 cod. civ., disponibile su www.assonime.it.

⁴³⁴ C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012, pp. 10-11; F. BONELLI, *op. cit.*, Milano, 1992, pp. 7-8. Si ricorda che, al contrario, la violazione da parte di un amministratore di un obbligo a contenuto generico, costringerà l'attore a dimostrare che il comportamento tenuto concretamente dall'amministratore era difforme rispetto ai canoni generali prescritti. Ciò implica un onere probatorio più gravoso: gli obblighi generici, infatti, non possono per loro natura esimersi dallo specificarsi calandosi nelle contingenti circostanze del caso concreto, impongono all'attore di ipotizzare preliminarmente quale sarebbe stato il comportamento che un diligente amministratore avrebbe dovuto tenere alla luce dei canoni generali imposti *ex lege* (determinazione del "dover essere") e poi confrontare con esso la condotta effettivamente tenuta ("essere") per vagliarne l'*an* e il *quantum* della difformità.

⁴³⁵ *Contra* G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2016, pp. 43-44, l'Autore, richiamando autorevole dottrina, afferma con fermezza la natura di clausola generale del criterio di adeguatezza degli assetti (nella vigenza della disciplina pre-Riforma Rordorf). Essa era concepita come una "norma di rango primario connotata da autonoma precettività", che, a prescindere dai singoli doveri a contenuto specifico che di volta in volta imponevano agli amministratori di adottare ben precise iniziative in tema di assetti organizzativi, amministrativi e contabili, si imponeva come generale dovere di dotare la società di "regole di organizzazione e presidi operativi [...] funzionali a far sì che non solo fossero rispettate le norme di legge e statuto ma anche che l'attività di impresa fosse esercitata secondo criteri di efficienza ed efficacia dell'azione gestoria".

dal costituire una variazione solo formale, una lettura della norma in chiave aziendalistica, in linea con la nuova (e altrettanto aziendalistica) nozione di crisi⁴³⁶ e con il riconoscimento della legittimazione a far scattare la procedura di allerta anche al revisore legale, oltre che ai sindaci⁴³⁷. Va poi notato che l'art 377 C.C.I.I. estende esplicitamente il modello degli assetti a tutti i tipi societari: i riediti obblighi non valgono più solo in ambito di s.p.a. (com'era quando essi trovavano la loro unica sede negli artt. 2381, commi 3 e 5, e 2403 cod. civ., fatte salve le interpretazioni in senso estensivo e analogico di tali norme)⁴³⁸.

Guardando la questione con lenti maggiormente pragmatiche e concrete, si nota che il requisito dell'adeguatezza- che in generale, nel rispetto dei migliori approdi del diritto societario della crisi, deve essere profilato "anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita di continuità aziendale"⁴³⁹- trova esplicazione in una serie di elementi. Anzitutto nell'idoneità della contabilità aziendale ad intercettare tempestivamente il superamento delle soglie di allerta previste dagli indicatori di crisi, con una taratura prudenziale e anticipata delle *red flags* interne, rispetto ai parametri legali. I doveri di monitoraggio fondati sugli assetti, infatti, non hanno ad oggetto la crisi in senso stretto e tipico ma tutta la dinamica dell'attività di impresa che può essere caratterizzata da segnali di malessere propedeutici alla probabilità di crisi, o peggio, di insolvenza. Gli organi di controllo devono essere posti nella condizioni di reagire tempestivamente già nel momento in cui si verificano situazioni di pre-crisi "non ancora manifestatesi all'esterno delle segrete stanze della *governance* ma capaci se non adeguatamente governate di degenerare e portare l'impresa alla crisi tipica"⁴⁴⁰. Poi, oltre alla strutturazione della contabilità aziendale (in seno alla quale, per esempio, si raccomanda di individuare i responsabili dei pagamenti ai fornitori e degli adempimenti tributari, nonché coloro che si occupano dei rapporti con le banche e che quindi debbono segnalare eventuali

⁴³⁶ Per un approfondimento sulla mutata definizione del concetto di crisi e sul presupposto oggettivo di avvio delle procedure di allerta (c.d. "fondati indizi di crisi") si veda *supra*, par: 4.6.1.

⁴³⁷ S. MONTI, *Il Codice della crisi*, cit., in www.ilfallimentarista.it.

⁴³⁸ Già si è fatta menzione dell'estensione operata dall'art 376, ult. comma, C.C.I.I., il quale rende applicabile l'art. 2381, commi 3 e 5 anche alle s.r.l., aggiungendo un ulteriore segmento all'art. 2475, comma 5. A prescindere da questa precisazione di coordinamento normativo, sicuramente da accogliersi con favore in quanto idonea a sciogliere molti dei nodi interpretativi su cui si erano arrovelate le menti degli interpreti, non c'è dubbio che la stessa *sedes materiae* dell'art. 2086 cod. civ., potesse essere in grado di fugare i dubbi relativi ad una sua possibile di applicazione anche alle realtà societarie a responsabilità limitata trovandosi esso nelle disposizioni generali in materia di impresa, si veda la Relazione di S. CERRATO, *Assetti organizzativi e gestione del rischio*, tenuta in occasione del Corso di alta formazione in diritto commerciale su *Il problema della governance nelle società commerciali* e organizzato dalla *Scuola di formazione forense Giorgio Ambrosoli*, Novara, 5,12,19 e 26 febbraio 2018.

⁴³⁹ M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta*, cit., in *Corriere giuridico*, fasc. 5., 2019, pp. 659-660; sempre sulla nozione di adeguatezza si veda G. FAUCEGLIA, *op. cit.*, Torino, 2019, p. 11, che definisce il requisito dell'adeguatezza come il "[criterio] regolatore dell'attività dell'impresa sia pure diversamente conformato tra imprenditore individuale e imprenditore collettivo, posto che solo per quest'ultimo viene espressamente richiesto un adeguato assetto organizzativo". Ancora, in G. ACCIARO, A. DANNOVI, P. RINALDI, *Assetti organizzativi*, cit., in *IlSole24Ore*, 9 agosto 2019, si ricollega l'espressione "adeguati" sia alle dimensioni e alla natura dell'impresa (come da *littera legis*), sia al momento in cui gli assetti vengono utilizzati ed in particolare alle condizioni di salute dell'impresa.

⁴⁴⁰ A. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCI*, cit., in www.ilcaso.it.

sconfinamenti rilevanti rispetto agli affidamenti, ecc.), la predisposizione di adeguati assetti si estrinseca anche nella gestione della tesoreria (in modo tale da consentire una adeguata previsione degli andamenti di cassa per almeno il semestre successivo, idonei a rilevare gli incassi e gli eventuali ritardi nei pagamenti), della funzione finanziaria, di quella commerciale e produttiva, nella gestione delle risorse umane e della *supply chain* e di tutti gli altri aspetti che si palesano nella vita dell'impresa (la quale va presa in considerazione nella sua individualità, dovendosi tener conto delle dimensioni e della natura della stessa)⁴⁴¹.

Per assicurarsi di assolvere diligentemente all'obbligo in parola, gli amministratori (sia che esso venga concepito come a contenuto specifico sia pure nel caso in cui si opini nel senso di ricondurlo ad un clausola generale da riempirsi di volta in volta di significati puntuali e dettagliate determinazioni), non possono esimersi dal tenere in considerazione le migliori elaborazioni della scienza aziendalistica e della dottrina e giurisprudenza giuscommercialistica e giuconcorsualistica, al fine di definire in modo puntuale- e con ciò si intende non solo dettagliatamente ma anche e soprattutto calandosi nel concreto delle esigenze della singola impresa - quali devono essere gli elementi del sistema di allerta. In particolare, si fa riferimento all'opportunità di dare rilievo alla triplice modalità di rilevazione della crisi (approccio esterno, approccio consuntivo-contabile, approccio interno-previsionale) essendo tale tripartizione non già un mero esercizio classificatorio, ma una costruzione dogmatica carica di risvolti pratico-applicativi di significativo rilievo⁴⁴². Emerge così come un imprenditore-amministratore diligente possa dire di aver assolto al suo obbligo di dotare l'impresa di adeguati assetti, in particolare di tipo organizzativo, solo qualora abbia predisposto una procedura (i più sostengono scritta, per ovvie ragioni di limpidezza, conoscibilità e cristallizzazione dei contenuti) che assegni le dovute responsabilità e compiti a tutti i soggetti coinvolti⁴⁴³ e che preveda tre prospetti tecnico-contabili di riferimento e un *report* finale, da fornire agli organi di controllo, affinché essi possano svolgere al meglio le verifiche imposte dal Codice della crisi e assolvere con correttezza e diligenza ai loro obblighi⁴⁴⁴. Assume qui rilevanza il fatto che i suddetti prospetti debbano essere in grado di rilevare tutti e tre gli approcci di accertamento degli indizi di crisi. Il primo approccio, quello esterno, si basa sull'evidenza dei progressivi inadempimenti da parte dell'impresa, le cui condizioni finanziarie, peggiorando progressivamente, implicano ritardi nei pagamenti dei fornitori, l'omesso versamento delle ritenute

⁴⁴¹ P. RINALDI, *Procedure di allerta*, cit., in www.ipsoa.it.

⁴⁴² A. QUAGLI, A. PANIZZA, *Il sistema di allerta*, disponibile su www.ilcaso.it.

⁴⁴³ *Ibidem*, gli Autori citano, a titolo esemplificativo, l'attribuire all'ufficio contabile la cura dei dati contabili e la previsione dei flussi di cassa futuri, all'ufficio fornitori l'onere di effettuare le comunicazioni dei solleciti pervenuti e delle informazioni provenienti dall'archivio dei fornitori, all'ufficio finanza il monitoraggio del debito bancario e degli affidamenti, all'ufficio legale la comunicazione di ogni sollecito o diffida pervenuti dai creditori, nonché le azioni esecutive intentate da terzi per inadempimenti contrattuali e contenziosi.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, gli Autori evidenziano che, pur potendosi prestabilire *ex ante* la periodicità della reportistica da fornire a sindaci e revisori legali, in presenza di situazioni critiche o di fronte al semplice aggravarsi delle condizioni di salute dell'impresa, risulterà necessario, a pena di negligenza nell'adempimento dei propri obblighi di rilevazione tempestiva delle situazioni di crisi e/o di comprovata inadeguatezza degli assetti così come predisposti, effettuare monitoraggi e comunicazioni maggiormente serrati.

previdenziali ed erariali, la riduzione o revoca dei fidi da parte degli istituti di credito, dopo che gli stessi hanno percepito la sussistenza di difficoltà. La proficua gestione dell'impresa viene così compromessa e la crisi, aggravata da una successione involutiva di eventi, che rischia di trasformarsi in insolvenza. Tale approccio, riflettendosi nella sfera economica dei terzi creditori, ha il pregio di permettere un'oggettiva osservazione *ab externo*. Tuttavia, esso porta con sé una ineludibile tara: dovendosi attendere l'epifania di determinati indici, c'è il pericolo di intercettare la difficoltà quando ormai essa ha già assunto le vesti dell'insolvenza. Il secondo approccio si basa sui consuntivi contabili infra-annuali elaborati internamente all'impresa e basilari per la redazione del bilancio annuale di esercizio: essi fotografano la situazione finanziaria risultante dai saldi contabili mediante una visione retrospettiva e riepilogativa degli esiti monetari delle operazioni concluse. Tale approccio propone, solitamente, di fissare soglie numeriche al di sopra delle quali l'impresa possa essere definita "in stato di crisi", ma non fornisce il dovuto supporto per effettuare valutazioni previsionali, con riguardo, per esempio, alle prospettive gestionali, all'esito futuro degli investimenti in corso, alle riserve di indebitamento dell'impresa, ecc⁴⁴⁵. Infine, si dà conto dell'approccio interno-previsionale, che si propone di rilevare la crisi sulla base dei piani economico-finanziari predisposti dall'imprenditore. Esso pare il tipo di approccio che, fra i tre, meglio si adatta alla definizione di crisi, come probabilità di futura insolvenza, fornita dal nuovo Codice⁴⁴⁶. Ciò che è importante è che suddetti prospetti (*i.e.*: *budget* per la prospettiva di breve periodo, piano industriale per quella di medio e lungo periodo e *report* periodico infrannuale per i dati a consuntivo) siano strutturati in modo tale che le informazioni in essi contenute siano ben confrontabili tra loro: solo così, sarà possibile cogliere gli scostamenti tra quanto pianificato e quanto effettivamente rilevabile a consuntivo e intercettare per tempo - si potrebbe dire prognosticare- le situazioni di crisi, al fine di mettere chi di dovere nelle condizioni ottimali per attivare, laddove ne sussistano i presupposti, una procedura di allerta e/o avviare operazioni di riassetto aziendale.

6.2.2 L'obbligo di attivarsi per superare la crisi e recuperare la continuità aziendale

Pur ammettendo che la novella apportata all'art. 2086 cod. civ. non comporti in realtà alcuno stravolgimento concreto dell'assetto previgente, non si può non rilevare che la vera e più importante novità introdotta in detta norma dalla Riforma sia quella inerente alla seconda parte del nuovo secondo comma, che impone agli amministratori ulteriori obblighi, i quali- potremmo dire- si collocano, su di un piano temporale, dopo quelli relativi all'approntamento degli assetti e alla cura costante della loro adeguatezza. Prima di tutto, gli amministratori sono tenuti a cogliere le segnalazioni, provenienti dai sindaci, dal revisore legale e dai creditori pubblici qualificati, e a dare una risposta adeguata a fronte di tali sollecitazioni. Nel caso in cui gli indizi di crisi si dimostrino fondati e sussistenti, serve anche che i gestori abbiano ben presente quali sono gli strumenti forniti

⁴⁴⁵ Vedi *infra*, par: 5.6.

⁴⁴⁶ A. QUAGLI, A. PANIZZA, *Il sistema*, cit., disponibile su www.ilcaso.it, gli Autori raccomandano di non limitarsi a sviluppare budget solo economici e con orizzonte temporale limitato entro il termine dell'esercizio

dall'ordinamento per consentire un'efficiente gestione e superamento della fase di crisi, così da scegliere il più adeguato rispetto alla situazione concreta venutasi a profilare. Nel novero di detti strumenti si inseriscono anche le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, le quali si affiancano agli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, agli accordi di ristrutturazione dei debiti, alla convenzione di moratoria, al concordato preventivo e alla procedura di liquidazione giudiziale. Nonostante la violazione di detto obbligo non sia penalmente sanzionata, può derivarne responsabilità civile ed un eventuale obbligo di risarcimento del danno (vedi infra, par: 7.1)⁴⁴⁷.

Di eminente importanza, inoltre, è la precisazione che riconnette finalisticamente l'attivarsi dell'imprenditore, non solo al superamento della crisi, ma anche al recupero della continuità aziendale. "Misurare la continuità aziendale è la vera sfida che gli adeguati assetti organizzativi sono chiamati ad affrontare. L'obiettivo è far evolvere le imprese da un'impostazione in cui le valutazioni sono compiute una sola volta l'anno (in particolare a cura del revisore contabile, in occasione dell'approvazione del bilancio di esercizio), verso un sistema che prevede un monitoraggio costante"⁴⁴⁸. Inoltre, emerge limpidamente la volontà del legislatore di farsi portavoce di quella "cultura del salvataggio", che, come detto nelle prime pagine di questo lavoro, spopola oggi negli ordinamenti europei e si pone in linea con il mutato sentire degli interpreti e degli operatori del settore del diritto concorsuale: lo scopo degli istituti che lo costituiscono non deve essere quello eliminare le mele marce dal mercato, bensì quello di salvare il salvabile e recuperare gli organismi produttivi ancora potenzialmente operativi rimettendoli nelle condizioni di continuare l'attività di impresa.

6.2.3 Il mutamento degli *standards of review*

Parte della dottrina ha fatto notare come le misure di allerta finiranno per introdurre nuovi modelli comportamentali, intrisi da maggiore tecnicismo. In particolare, la perizia, tradizionalmente intesa come la conoscenza e attuazione delle regole tecniche proprie di una determinata materia, arte o professione comincerà ad abbracciare anche le regole tecniche previste per la gestione della crisi di impresa. Gli amministratori, come già tuttavia accadeva nella vigenza della vecchia disciplina priva delle procedure di allerta, non potranno imputare a loro discolpa la propria inettitudine nello scegliere il corretto strumento per far

⁴⁴⁷ F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, pp. 87 e ss.

⁴⁴⁸ G. ACCIARO, A. DANNOVI, P. RINALDI, *Il peso della dimensione*, *op. cit.*, in *IlSole24Ore*, 6 agosto 2019, gli Autori ricordano anche che il presupposto della continuità aziendale assume rilevanza non solo come criterio informatore delle valutazioni di bilancio degli amministratori, in base all'Oic11 (*Finalità e postulati del bilancio di esercizio*, disponibile su www.fondazioneoic.eu), ma anche per agevolare l'emersione precoce della crisi (in forza del richiamo effettuato dall'art. 13 C.C.I.I.). Si raccomanda infine di predisporre un percorso di valutazioni e misurazioni che sia razionale e documentabile, per agevolare gli amministratori, spesso troppo vicini alla variabile da misurare, ad astrarsi e non perdere di vista il quadro d'insieme. Si dovrà "stilare un elenco (la cui dimensione va calibrata in funzione della dimensione e della complessità aziendale) di variabili rilevanti", le quali poi dovranno essere ponderate tra loro "identificando e pesando conseguentemente quella maggiormente in grado di impattare sulla continuità aziendale, e infine calibrando una o più soglie di allarme in relazione a indicatori unitari ovvero congiuntamente valutati". Sarà poi compito degli amministratori, ferma restando la loro responsabilità, individuare i soggetti preposti a monitorare tali variabili, con cadenza quantomeno trimestrale (al fine di consentire anche adeguati controlli, anche esterni, in linea con le previsioni del Codice della crisi).

fronte alla crisi. Il diritto vivente, infatti, era già approdato all'esito di dotare la nozione di "natura dell'incarico" (vedi art. 2392 cod. civ.) di una caratura oggettiva legata alla dimensione dell'impresa, alla complessità dell'attività e dell'oggetto sociale e al tipo di ruolo svolto dal singolo amministratore (tenendo, per esempio, in debita considerazione l'eventuale attribuzione di incarichi delegati)⁴⁴⁹. Alla luce di ciò, non si riteneva ammissibile che soggetti che avevano accettato la carica, tentassero, poi, di addurre a loro discolta la propria incapacità gestionale o inettitudine ad affrontare la crisi e a gestirla efficacemente con gli strumenti forniti dall'ordinamento. A maggior ragione, il canone della diligenza impone agli amministratori di adempiere, a monte, agli obblighi sugli assetti, ponendosi così nelle condizioni, a valle, di rilevare tempestivamente un'eventuale incubazione di crisi e facilitandosi così il compito di farvi fronte⁴⁵⁰. Certamente l'entrata in vigore del nuovo Codice comporterà anche un ampliamento e un riassetto degli strumenti forniti all'imprenditore per cercare di superare la crisi e recuperare la continuità aziendale, che dunque dovranno essere conosciuti in ogni loro sfaccettatura dal "buon amministratore", per consentire un loro utilizzo proficuo ed efficiente. I giudici, infatti, potranno, mediante un giudizio di prognosi postuma, vagliare l'effettiva idoneità dello strumento scelto a superare la crisi, decretando, per esempio, che gli amministratori non sono stati in grado di applicare la diligenza, la prudenza e la perizia dovute, all'atto di studiare le cause, la natura e la portata della crisi ed errando così nell'assunzione di provvedimenti e scelte capaci di farvi fronte⁴⁵¹.

A fronte di una maggiore perizia richiesta agli amministratori per via delle più dettagliate e stringenti regole in tema di rilevamento tempestivo e di superamento della crisi d'impresa, farà fronte necessariamente un ampliamento dei poteri del giudice in sede di sindacato sulle condotte degli amministratori. La *Business Judgement Rule* rischierà così di subire un restringimento nel suo ambito di applicazione in quanto sarà più difficile per gli amministratori riuscire a dimostrare la ragionevolezza e la diligenza del loro operato, con una conseguente insindacabilità dello stesso da parte dell'Autorità Giudiziaria⁴⁵². Tutte le volte, infatti, in cui saranno imperiti, poiché non sceglieranno lo strumento

⁴⁴⁹ App. Milano, 14-01-92, in *Giur. Comm.* 1993, vol. II, p. 63.

⁴⁵⁰ V. SALLORENZO, *Profili di responsabilità*, cit., disponibile su www.ilcaso.it.

⁴⁵¹ A. RIMATO, *Profili di responsabilità nei sistemi di allerta*, in www.osservatorio-oci.org.

⁴⁵² R. BORSARI, *Board libero di decidere con buona fede*, in *IlSole24Ore*, 22 agosto 2019, l'Autore afferma che la condotta degli amministratori può essere sindacata solo nel caso in cui essa sia contraria a buona fede o al dovere di diligenza, evenienza che si manifesta, oggi, tutte le volte in cui il *Board* ometta di adottare "le precauzioni minime necessarie a garantire, se non il successo, almeno la diminuzione del rischio connesso alla singola operazione che si intraprende". In concreto si fa riferimento alla "predisposizione di opportuni canali informativi che consentano all'organo di amministrazione di fruire di basi conoscitive idonee a prendere decisioni appropriate al contesto di azione e alla minimizzazione dei rischi per la società". Si sottolinea anche che "la tendenza in atto alla creazione di nuovi obblighi procedurali, a carattere precauzionale, comporta un'estensione dei doveri dell'organo amministrativo"; sorge così un quesito: nel momento in cui si verifica un danno derivante da una scelta gestoria degli amministratori, può il giudice, oltre alle responsabilità dirette, verificare anche l'incidenza della mancata adozione delle misure organizzative precauzionali (*i.e.*: assetti organizzativi)? Una risposta soddisfacente può essere trovata agevolmente: avendo il nostro legislatore approntato un obbligo puntuale di predisposizione e attuazione degli adeguati assetti, "non sarà possibile opporre la volontà della società di agire sul mercato senza avere adottato misure preventive".

adeguato o perché non saranno in grado di rilevare la loro inettitudine sul punto, non potranno pensare di essere coperti dalla *Business Judgement Rule*. Due soli sono i casi in cui gli amministratori potranno sperare di andare esenti da responsabilità: in primo luogo, se riusciranno a dimostrare di aver acquisito, con diligenza, consapevolezza della situazione di crisi e adottato una scelta che *ex ante* pareva ragionevole e giustificabile, salvo poi risultare dannosa nei suoi esiti (in ogni caso non addebitabili *ex se* agli amministratori se l'*iter* adottato per prendere la decisione ha tenuto conto dei rischi e delle regole di scienza ed esperienza che governano la situazione del caso). Secondariamente, prendendo in prestito un principio elaborato dalla giurisprudenza in tema di responsabilità medica, l'amministratore potrebbe essere in grado di dimostrare che il caso che si è trovato a trattare è di particolare complessità e che non sono ancora stati studiati casi simili né si è ancora dibattuto in riferimento ai metodi da adottare in circostanze analoghe⁴⁵³.

Ed è proprio in sede di contenzioso, nel momento in cui ci si trova di fronte al bivio tra sindacato pieno del giudice ovvero possibilità di dare applicazione alla *Business Judgement Rule*, che si giocano le principali ricadute della qualificazione del dovere di predisporre adeguati assetti come obbligo a contenuto specifico o, al contrario, come clausola generale. Nel primo caso- vale a dire qualora si accogliesse la tesi che qualifica l'obbligo di predisposizione degli assetti come un obbligo a contenuto specifico- ben poco sarebbe lo spazio riservabile all'operatività della *Business Judgement Rule*: l'Autorità Giudiziaria avrebbe gioco facile nello stabilire se gli amministratori si sono dimostrati diligenti nell'assolvimento del puntuale incarico loro affidato o meno. Al contrario, se si decidesse di considerare quella degli assetti come una clausola generale⁴⁵⁴, si consentirebbe agli amministratori di muoversi entro i più ampi margini dettati dai canoni della *Business Judgement Rule*, restringendo così, inevitabilmente, lo spazio di sindacato concesso ai giudici.

6.2.4 Il Codice etico

Agli artt. 4-5 del C.C.I.I., il legislatore ha tentato di tracciare i confini di quella "cornice virtuosa all'interno della quale dovrebbero agire i soggetti che partecipano alla regolazione della crisi e dell'insolvenza", dando così vita ad una "sorta di sotto-codice etico della crisi", di "catechismo deontologico", che si impone *in primis* al debitore, ma anche ai creditori e alle Autorità Giudiziaria e Amministrativa. Tali norme, oltre ad offrire una serie di regole e paradigmi comportamentali, puntano anche a fornire una serie di canoni ermeneutici- per quanto possibile uniformi- che possano soccorrere gli interpreti, chiamati a valutare gli stati di buona o mala fede e le eventuali ipotesi di abuso degli

⁴⁵³ A. RIMATO, *Profili di responsabilità*, cit., in www.osservatorio-oci.org, l'Autore rammenta che, se l'amministratore conosceva o avrebbe potuto conoscere, con un normale sforzo di diligenza, la propria inadeguatezza a prendere decisioni circa il superamento della crisi, sarebbe stato tenuto a ricorrere a figure, anche esterne all'impresa, dotate di particolari cognizioni tecniche e professionali; se non lo ha fatto non potrà affermare di aver agito in modo diligente. Gli amministratori dunque, oltre a dover tener conto delle diverse peculiarità che presentano i diversi istituti di cui il nostro sistema concorsuale si dota per risolvere la crisi, saranno anche chiamati a sviluppare una cultura dei propri limiti.

⁴⁵⁴ G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in M. IRRERA (a cura di), op. cit., Torino, 2016, pp. 43-44.

strumenti di risoluzione della crisi e dell'insolvenza⁴⁵⁵. Oltre ad un generico e generale dovere di buona fede e correttezza (che rimanda alla generale disciplina del contratto e che si impone ai creditori e al debitore durante le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, nonché durante le trattative che le precedono e in sede di esecuzione degli accordi raggiunti), gravano specificamente sulla figura del debitore una serie di obblighi specifici. Egli, prima di tutto, deve assolvere ad un obbligo informativo, illustrando la sua situazione in modo completo, veritiero e trasparente e fornendo ai creditori tutte le informazioni necessarie e appropriate allo strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza scelto. Specularmente a quanto accade nel diritto civile, ove tale obbligo ricade nella fase precontrattuale, nell'ambito concorsuale, esso inerisce la fase che precede l'apertura della procedura di composizione assistita o di risoluzione concordata o coattiva della crisi o dell'insolvenza. Gli obblighi ostensivi non si fermano a quello previsto a favore dei creditori concorsuali: il debitore è anche tenuto a dare informazioni all'OCRI, nel momento in cui l'allerta interna si rivolge verso l'esterno o quando viene attivata l'allerta esterna *tout court* da parte dei creditori pubblici qualificati; più semplicemente: in tutti i casi in cui la questione viene portata al cospetto dell'organismo⁴⁵⁶. Come contraltare rispetto agli obblighi informativi che si impongono al debitore, in capo ai creditori sorgono doveri di garantire la riservatezza sia sulla situazione del debitore e sulle iniziative da esso assunte sia sulle informazioni acquisite⁴⁵⁷. Poi, durante la procedura, il debitore ha, da un lato, l'obbligo di assumere tempestivamente le iniziative idonee a definire rapidamente la procedura (anche al fine di non pregiudicare i creditori) e, dall'altro, il dovere di adoperare la dovuta prudenza nella gestione del patrimonio, per scongiurare un aggravamento dell'esposizione passiva⁴⁵⁸.

6.3 La responsabilità dell'organo di controllo interno e del revisore legale

Spesso gli imprenditori non riescono a cogliere la vera natura dei controlli posti in essere dai revisori (e, talvolta, anche dai sindaci), i quali vengono quasi sempre percepiti come censori dell'attività degli amministratori (che, al contrario si vorrebbe lasciare priva di qualunque limite e vincolo), nonché come un ulteriore peso economico per la società (in termini di costi di organizzazione, emolumenti, ecc.). In questo modo si perde di vista che, indipendentemente da una imminente o attuale crisi, i controllori, svolgono anche- e soprattutto- un servizio, il quale spesso si rivela- ragionando utilitaristicamente- parecchio vantaggioso dal punto

⁴⁵⁵ F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, cit., p. 83.

⁴⁵⁶ Si rammenta che per esplicita disposizione di legge, all'organismo deve essere fornito ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga all'art. 2407, comma 1, cod. civ.

⁴⁵⁷ G. FAUCEGLIA, *op. cit.*, Torino, 2019, p. 12, l'Autore fa notare che "mentre gli obblighi del debitore sono individuati con un certo grado di precettività in ragione del loro contenuto (conforme agli orientamenti della giurisprudenza, con riferimento, per esempio, al c.d. abuso del ricorso dello strumento concordatario) e delle conseguenze connesse alla loro violazione, quelli previsti a carico dei creditori rimangono incerti e, forse, ad eccezione dell'obbligo di riservatezza, privi di un concreto contenuto precettivo (ad esempio, resta difficile indicare una linea di confine tra la "lealtà" richiesta e il diritto del creditore di tutelare il proprio credito secondo lo strumento che egli ritiene più idoneo, in tal caso riducendosi la "lealtà" al solo divieto di "abuso" nell'esercizio di un proprio diritto), così che la stessa reazione sarà limitata ad incidere sulla posizione del singolo creditore "non leale" in relazione al trattamento del credito".

⁴⁵⁸ F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, pp. 87 e ss.; G. FAUCEGLIA, *op. cit.*, Torino, 2019, pp. 11 e ss.

di vista della società. Tali soggetti, infatti, monitorando la gestione e la tenuta della contabilità, agiscono in una fase ancor più pregressa rispetto a quella della crisi, ossia nella c.d. fase di pre-crisi- per la quale, come detto, rimangono applicabili le norme dettate dal codice civile- e ai confini della quali si colloca il sorgere dei primi “indici di crisi”.

Venendo ora alla Riforma Rordorf, se è vero che le procedure di allerta costituiscono il cavallo di battaglia della stessa e che dal loro successo dipende in gran parte il successo dell'intera Riforma, non si può non dare il giusto peso al ruolo affidato agli organi di controllo societari: protagonisti indiscussi delle neointrodotte procedure⁴⁵⁹. Gli obblighi di segnalazione che sono stati posti a loro carico e il riconoscimento della loro funzione propulsiva “nel far emergere la crisi con finalità di salvaguardia del bene dell'impresa”⁴⁶⁰, rendono le loro condotte prioritarie rispetto al (buon) funzionamento dell'intera procedura di allerta, essendo loro i deputati a darle avvio, una volta presa contezza dei “fondati indizi di crisi”⁴⁶¹. Non a caso, infatti, sindaci e revisori legali, svolgendo la funzione di *audit* interno (intesa in senso lato)⁴⁶², sono indubbiamente i soggetti meglio posizionati per cogliere i primi segnali di difficoltà e per rendere edotti gli amministratori delle possibili crepe che interessano la gestione della società e che, se non sorvegliate e riparate potrebbero degenerare in crisi, o peggio, in insolvenza. Ma soprattutto, tali soggetti hanno una “visione più oggettiva e disincantata della situazione presente e delle prospettive future della società”⁴⁶³, non essendo né gli autori della gestione (che potrebbe aver concorso a cagionare la situazione di crisi) né i titolari di interessi proprietari (diffidenti verso l'attivazione di procedure che implicino costi e l'ostensione delle proprie difficoltà imprenditoriali).

⁴⁵⁹ Accade spesso che con questa locuzione ci si riferisca in senso atecnico e lato non già solo alla figura del sindaco, ma anche a quella del revisore legale dei conti. Entrambi sono da intendersi come soggetti che, ognuno entro i confini delle proprie competenze, adempiono a compiti di controllo e vigilanza sull'agire amministrativo e sulla situazione attuale e previsionale della società; per una panoramica introduttiva generale sul ruolo dei sindaci e dei revisori legali dei conti, si veda: R. BORSARI, *Responsabilità più pesante per le omissioni dei sindaci*, in *IlSole24Ore*, 24 agosto 2019.

⁴⁶⁰ G. BUFFELLI, *Il nuovo*, cit., in www.ilfallimentarista.it, cit., p. 11.

⁴⁶¹ Non a caso, la giurisprudenza si è già mobilitata per ampliare e acuire le responsabilità degli organi di controllo: figure centrali- come detto- nell'emersione anticipata della crisi. In particolare, si fa riferimento a due pronunce della Suprema corte: nella prima, si è affermato che i sindaci non possano “eccepire il comportamento omissivo da parte degli amministratori che li hanno tenuto all'oscuro dei fatti contestati, avendo l'organo di controllo una serie di strumenti di ispezione tali da poter comunque ovviare a comportamenti ostruzionistici” (n. 18770 del 2019); la seconda, sulla stessa linea, afferma che i sindaci non possano “giustificare la loro inerzia, sostenendo che le irregolarità non sono emerse durante i Consigli di amministrazione” (n. 126 del 2019), in M. D'APOLITO, *Giudici e Codice della crisi*, cit., in *IlSole24Ore*, 23 settembre 2019.

⁴⁶² “s. ingl. [der. di (*to*) *audit* “rivedere (i conti), controllare (i bilanci)”, dal sost. *audit* “revisione, controllo” che è dal lat. *auditus -us* “audizione, ascolto”] usato in ital. al masch. – L'attività di revisione dei conti e certificazione dei bilanci delle imprese ad opera di professionisti indipendenti (*auditors*), spesso organizzati in apposite società specializzate (*società di auditing*). Per estens., nel linguaggio del management, funzione aziendale che esplica mansioni di controllo su un determinato settore della produzione o dell'amministrazione”, voce *Auditing* in *La Piccola Treccani- Dizionario Enciclopedico*, vol. I, p. 846.

⁴⁶³ L. BENEDETTI, *Le procedure d'allerta*, cit., in www.rivistaodc.eu, cit., p. 14.

6.3.1 Le innovazioni apportate dal C.C.I.I.

In forza della centrale importanza che detti assetti assumono in seno alle procedure di allerta, si rammenta che rimane vivo l'obbligo (imposto ai sindaci ex art. 2403 cod. civ.) di prestare particolare attenzione all'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili durante l'attività di vigilanza sull'*agere* gestorio⁴⁶⁴. Va però detto che la disciplina precedente non imponeva, a tali soggetti, specifici obblighi in materia di crisi di impresa. Gli interpreti erano conseguentemente costretti a ricostruire un codice di condotta attingendo a piene mani, da un lato, alle norme del codice civile e, dall'altro- per i sindaci- alle Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate (con particolare riferimento, come detto, alla Norma n. 11⁴⁶⁵) e- per il revisore legale- ai principi di revisione internazionale (soprattutto al *Documento 570*⁴⁶⁶).

Al contrario, il Codice della crisi introduce nuovi puntuali obblighi in capo al collegio sindacale e al revisore: essi sono tenuti ad attivarsi per prevenire una situazione di crisi, potenzialmente sfociabile in insolvenza, cogliendo i segnali anticipatori del possibile dissesto, analizzando la struttura interna dell'impresa e monitorando la continuità aziendale. Più nel dettaglio, l'art. 14, comma 1, C.C.I.I. prevede che sindaci e revisori, ciascuno nell'ambito delle sue funzioni, verifichino che "l'organo amministrativo valuti costantemente l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa⁴⁶⁷, l'equilibrio economico finanziario e il prevedibile andamento della gestione" (*i.e.*: la sussistenza dei presupposti per poter affermare la persistenza della continuità aziendale, adottando così un approccio *c.d. forward looking*). Quella che si impone è una forma di controllo di secondo grado: sindaci e revisori devono accertarsi che l'organo amministrativo effettui i controlli che gli sono affidati. Da ciò, non dobbiamo desumere che l'organo di controllo non vigilerà in modo diretto sui succitati aspetti: lo farà almeno per mezzo del controllo dell'adeguatezza degli assetti; solo in questo modo, infatti, gli sarà possibile rilevare la presenza di falle nei controlli effettuati dagli amministratori⁴⁶⁸. Di fatto, gli organi di controllo societari sono chiamati a redigere un *report* di sintesi, sulla base delle informazioni fornite dai tre prospetti approntati dagli amministratori (vedi *supra*, par: 6.2.1) e dell'eventuale documentazione integrativa inerente aspetti specifici di particolare rilievo. Qualora dal *report*, gli organi di controllo desumano la sussistenza di fondati indizi di crisi, idonei a prospettare il rischio della perdita di continuità aziendale, sono tenuti a segnalare immediatamente⁴⁶⁹ tale circostanza all'organo amministrativo

⁴⁶⁴ P. RIVA, M. DIFINO, *Crisi d'impresa*, cit., in www.ipsoa.it.

⁴⁶⁵ La Norma di comportamento del collegio sindacale n. 11 dovrà essere aggiornata stante l'introduzione dell'obbligo di segnalare immediatamente all'organo amministrativo la sussistenza di fondati indizi di crisi e, in caso di omessa o inadeguata risposta, l'obbligo di informare l'OCRI

⁴⁶⁶ Il *Principio di Revisione Internazionale (ISA Italia) n. 570* necessiterà di adeguamenti, anche solo di spirito, alla luce della Riforma

⁴⁶⁷ Tale controllo di primo grado viene posto in essere dai gestori ed esso ha una dimensione statica, inerente il momento in cui furono predisposti, e una dimensione dinamica, per controllare che siano sempre adatti al divenire delle mutevoli circostanze ed esigenze esterne e interne all'impresa.

⁴⁶⁸ F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, pp. 117 e ss.

⁴⁶⁹ Da intendersi come "a partire dal momento in cui gli organi di controllo e/o di revisione vengono a conoscenza dell'esistenza di fondati indizi della crisi nel rispetto delle tempistiche e delle scadenze cui è soggetta l'attività di controllo", in S. BASTIANON, *Early warning, allerta e probability of default nel nuovo Codice della crisi d'impresa*, in www.ilfallimentarista.it, p. 6.

e, in caso di inerzia di quest'ultimo, al territorialmente competente organismo di composizione della crisi di impresa (OCRI), seguendo le modalità esplicitate all'art. 14, comma 1, C.C.I.I. In tal caso il *report* dovrà essere corredato da una seconda parte, in cui verrà inserito l'elenco delle opportune chiarificazioni che si chiede agli amministratori di fornire e quello delle eventuali azioni correttive che si esorta ad implementare⁴⁷⁰. Prosegue, l'art. 14 C.C.I.I., imponendo ai sindaci e ai revisori, prima di vagliare l'adeguatezza e la tempestività della risposta e/o dell'azione degli amministratori e poi, ove ne sussistano i presupposti, di portare la questione al cospetto dell'OCRI. Tale rivolgimento dell'allerta interna verso l'esterno deve essere fatto, dice la norma "senza indugio": ci si chiede, perciò, se una volta decorsi i termini di trenta e sessanta giorni (previsti dall'art. 14, comma 2, C.C.I.I.), residui comunque per gli allertanti interni un certo margine (di difficile determinazione, come sempre accade quando il legislatore ricorre all'utilizzo di siffatte formule testuali) oppure se tale locuzione debba essere interpretata nel senso di imporre un più stringente e tassativo obbligo per i sindaci e/o i revisori di effettuare la comunicazione all'OCRI entro il giorno successivo a quello della scadenza di suddetti termini⁴⁷¹.

In sede di valutazione in merito alla perdita della continuità aziendale o all'eventuale crisi di impresa, si stabilisce la possibilità di pretermettere il riferimento agli indici elaborati con cadenza triennale dal CNDCEC⁴⁷², pur con l'onere di motivarlo adeguatamente nella nota integrativa di bilancio. L'art. 13, comma 3, C.C.I.I., infatti, permette alle imprese, che non ritengano adeguati gli indici elaborati e imposti in via generale, di indicare parametri diversi, specificandone le ragioni nella nota integrativa annessa al bilancio di esercizio; sarà anche necessario che un professionista indipendente elabori un'attestazione, da allegare alla nota integrativa, che dia conto della maggiore adeguatezza di detti differenti parametri in rapporto alla specificità dell'impresa. L'imposizione di questo nuovo compito si pone in linea con le posizioni prese in giurisprudenza sulle corrette modalità di monitoraggio della continuità aziendale⁴⁷³. Le imprese virtuose, dunque, non dovrebbero limitarsi ad applicare gli indici previsti dal Codice, bensì dovrebbero prendere in considerazione la possibilità di utilizzare ulteriori indicatori di crisi, di natura sia quantitativa sia qualitativa, idonei a consentire il monitoraggio costante delle *performances* aziendali. Anche in questo frangente si noti come la possibilità conferita dal Codice della crisi non introduca, nel sistema, elementi di rottura o di totale innovazione, dandosi semplicemente nella forma di una specificazione del

⁴⁷⁰ A. QUAGLI, A. PANIZZA, *Il sistema*, cit., disponibile su www.ilcaso.it.

⁴⁷¹ S. BASTIANON, *Early warning*, cit., in www.ilfallimentarista.it, p. 6.

⁴⁷² Il CNDCEC ha pubblicato, in data 26 ottobre 2019, un comunicato stampa sulla crisi d'impresa e sul documento sugli indici necessari al completamento del sistema di allerta inviato al Ministero dello Sviluppo Economico, in *Crisi d'impresa: pubblicato il documento sugli indici dell'allerta*, disponibile su www.ipsoa.it.

⁴⁷³ Trib. Milano, decr. 19-04-16, n. 1096, in *Società*, n.3, 2017, p. 299, con nota di M. FAGGIANO, *Accertamento giudiziale dell'assenza del presupposto della continuità aziendale*, disponibile su www.iusimpresa.com, in cui si trova che per valutare la sussistenza della continuità aziendale "non è sufficiente rilevare eventi che pongano in dubbio la sussistenza stessa, ma occorre valutare la capacità della società di dare una soluzione a tali problematiche".

generale dovere (da sempre e costantemente) incombente su ogni buon imprenditore, di controllare responsabilmente la propria gestione⁴⁷⁴.

Oltre al nuovo Codice della crisi, un ulteriore punto di riferimento per la corretta interpretazione e applicazione dei nuovi obblighi imposti agli organi di vigilanza e controllo societario è fornito dalle linee guida elaborate dall'ODCEC di Milano nella primavera del 2017⁴⁷⁵. Esse enucleano, con pregevole levatura tecnico-definitoria, una specifica procedura che i membri di detti organi dovrebbero seguire al fine di "prevenire situazioni degenerative in presenza di elementi segnaletici rilevanti di crisi di impresa (*alert*), attraverso la sollecitazione tempestiva di misure proattive di riequilibrio e risanamento da parte degli organi amministrativi"⁴⁷⁶.

Si segnala poi che il CNDCEC, in data 7 marzo 2019, ha fornito un Documento recante *Relazione sul governo societario contenente programma di*

⁴⁷⁴ A. QUAGLI, A. PANIZZA, *Il sistema*, cit., disponibile su www.ilcaso.it; P. CEROLI, A. MENGHI, *Indicatori della crisi personalizzabili*, in *IlSole24Ore*, 15 agosto 2019.

⁴⁷⁵ Tali *guide-lines* sono contenute nel Quaderno n. 71 della SAF (Scuola di Alta Formazione), *Sistemi di allerta interna. Il monitoraggio continuativo del presupposto di continuità aziendale e la segnalazione tempestiva dello stato di crisi da parte degli organi di vigilanza e controllo societario. Guida in materia di sistemi di allerta preventiva*, disponibile su www.odcec.mi.it.

⁴⁷⁶ S. BASTIANON, *Early warning*, cit., in www.ilfallimentarista.it, pp. 6 e ss., l'Autore riassume le sette fasi su cui si struttura la procedura:

- I fase (adeguata verifica): consiste nell'analisi e nel monitoraggio di taluni elementi segnaletici premonitori (che riguardano le anomalie nei pagamenti verso controparti commerciali, le anomalie nei rapporti con banche ed altri soggetti finanziari, le anomalie contrattuali nei confronti di controparti contrattuali, le anomalie contabili e di bilancio, le anomalie gestionali, le anomalie erariali, le anomalie derivanti da eventi pregiudizievoli, quali ipoteche giudiziarie, pignoramenti, protesti, ecc.) la cui presenza concomitante e ripetuta nel tempo deve indurre gli organi di controllo e di revisione ad attivare la procedura interna di allerta;
- II fase (raccolta dei dati): a seguito della valutazione delle anomalie sopra indicate in termini di rilevanza, concomitanza e ripetitività temporale, gli organi di controllo e di revisione dovranno richiedere all'organo amministrativo della società tutte le informazioni necessarie per procedere all'analisi ed alla valutazione della probabilità di insolvenza (a riconferma della mutata concezione della funzione di controllo, non più da intendersi come mera ricognizione formale *ex post*, bensì come dotata anche di una caratura proattiva);
- III fase (revisione contabile): gli organi di controllo e di revisione dovranno procedere a riclassificare e rettificare i dati contabili alla luce delle informazioni acquisite nella fase precedente;
- IV fase (analisi andamentale): consiste nell'evidenziare eventuali anomalie e criticità del sistema contabile societario (*i.e.*: previsione, gestione e monitoraggio dei flussi di cassa e relativi rischi finanziari);
- V fase (analisi economico-finanziaria): consiste nella verifica dell'esistenza di un'adeguata struttura patrimoniale (*i.e.*: equilibrio patrimoniale) contraddistinta dalla capacità dell'azienda di generare un adeguato flusso di cassa, e nella verifica della sussistenza di una crescita economica coerente con gli obiettivi strategici (*i.e.*: equilibrio economico) e della piena sostenibilità finanziaria (*i.e.*: equilibrio finanziario);
- VI fase (analisi qualitativa): consiste nell'analisi di tutte le variabili non esaminate nelle fasi precedenti e strettamente collegate con il contesto di riferimento dell'azienda (quali, ad esempio, le caratteristiche strutturali ed evolutive del mercato di riferimento e il posizionamento competitivo dell'impresa rispetto ai principali competitors);
- VII fase (valutazione finale): rappresenta l'epilogo dell'attività di diagnosi svolta e consiste nella predisposizione di una relazione finale nella quale vengono illustrate le cause che hanno determinato il significativo deterioramento dell'equilibrio economico-finanziario con conseguente manifestazione dello stato di crisi. Viene inoltre espresso un giudizio previsionale sul rischio di insolvenza.

*valutazione del rischio di crisi aziendale*⁴⁷⁷. Stante la sua recentissima redazione, l'elaborato ha il pregio di tener conto delle novità introdotte dalla Riforma Rordorf e di calare le raccomandazioni offerte nel contesto normativo così come modificato. Lo scopo primario è quello di offrire linee guida per selezionare gli strumenti che consentano il monitoraggio del rischio di crisi aziendale nonché la tempestiva emersione della crisi e la sua corretta gestione e per agevolare gli operatori nell'adempimento degli obblighi previsti in materia dalla legge. Dal documento emerge che il CNDCEC ritiene che la valutazione del rischio di crisi aziendale non possa essere condotta esclusivamente sulla base degli indici di bilancio: essi infatti costituiscono solo uno tra i diversi strumenti diagnostici del rischio di crisi). Analizzando la questione da un punto di vista lemmatico, infatti, non si può non notare che, per definire gli elementi di allerta in grado di segnalare in modo incontrovertibile o quantomeno probabile una situazione di insolvenza anche solo prospettica, il documento utilizza il termine "indicatori", alludendo ad un concetto di più ampia portata rispetto ai meri "indici" ricavabili dal bilancio. Per esempio, meritano di essere tenuti in considerazione i dati relativi allo scaduto nei confronti di dipendenti, fornitori, erario ed enti previdenziali (c.d. *overdue*), dal momento che un ritardo nel pagamento dei debiti dell'impresa costituisce un evidente indizio di difficoltà finanziaria; ancora, si incentiva l'impiego di ulteriori indici di bilancio e indicatori di *performance* industriale tipici del settore in cui opera l'impresa.

Infine, merita una menzione quanto stabilito dal paragrafo A9 del Principio di revisione n. 265, secondo cui "Le leggi o i regolamenti ... possono stabilire un obbligo per il revisore [...] di comunicare ai responsabili delle attività di *governance* o ad altre parti rilevanti [...] una o più tipologie specifiche di carenze nel controllo interno identificate dal revisore nel corso della revisione contabile"⁴⁷⁸. Se tale previsione era in passato maggiormente rilevante per la revisione delle società quotate (si pensi ad esempio alla sua applicazione in riferimento alle comunicazioni da indirizzare alle Autorità di Vigilanza), oggi trova una sua ragion d'essere anche in relazione alle società non quotate. Tale previsione, infatti, si muove entro una nuova prospettiva alla luce dei nuovi obblighi di organizzazione (e, necessariamente, anche di controllo interno), stabiliti per le imprese (art. 2086 cod. civ.) e dei nuovi obblighi di comunicazione previsti per gli organi di controllo e per il revisore legale (art. 14 C.C.I.I.). Il dovere per il revisore di verificare se l'organo amministrativo si adoperi costantemente per mantenere adeguato il predetto assetto organizzativo (art. 14 C.C.I.I.) non può, quindi, prescindere dalla verifica dell'idoneità dell'operato dell'organo amministrativo in merito all'organizzazione e al mantenimento di un adeguato sistema di controllo interno. Quest'ultimo, dovendo consentire la rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, ha necessariamente delle ripercussioni sul bilancio e sulla sua informativa finanziaria ed è pertanto rilevante ai fini dell'attività di revisione contabile del

⁴⁷⁷ Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, *Relazione sul governo societario contenente programma di valutazione del rischio di crisi aziendale*, testo completo disponibile su www.ipsoa.it.

⁴⁷⁸ *Principi di Revisione Internazionale (ISA Italia) n. 265, Comunicazione delle carenze nel controllo interno ai responsabili delle attività di governance ed alla direzione*, in www.revisionelegale.mef.gov.it.

bilancio. Ogni carenza significativa dovrà essere comunicata dal revisore “ai responsabili delle attività di *governance* o ad altre parti rilevanti” nel rispetto di quanto statuito dai Principi di revisione internazionali (e, in particolare, del già trattato- Principio ISA Italia n. 265) e dai recenti obblighi e responsabilità previsti dal succitato Codice della crisi e dell’insolvenza.

È indubbio che quelli delineati siano adempimenti di notevole impegno, da un punto di vista sia quantitativo sia qualitativo. Sotto il primo profilo, essi comportano costosi e gravosi interventi, in particolare per le imprese di dimensioni minori (cui pure detti obblighi vengono imposti), perciò risulterà imprescindibile tendere al raggiungimento di un buon equilibrio costi-benefici⁴⁷⁹. Solo così, infatti, si creerà terreno fertile per consentire il corretto funzionamento del meccanismo dell’allerta, rendendo attuabili gli obiettivi perseguiti, che altrimenti rimarrebbero disattesi e irrealizzati, rischiando di mettere a repentaglio il successo stesso della Riforma. Da un punto di vista qualitativo, invece, si deve necessariamente passare per una maggiore professionalità e specializzazione, per non dubitare che tali soggetti siano in grado di portare avanti i compiti loro affidati. Ciò porterà probabilmente a richiedere competenze specifiche, nonché un buon livello di pregressa esperienza (oggettivamente individuabile avendo riguardo all’anzianità professionale)⁴⁸⁰.

6.3.2 L’esenzione ex art. 14, comma 3, del C.C.I.I.

L’art. 14 C.C.I.I., prevede anche che, qualora gli organi di controllo societari effettuino tempestivamente la segnalazione all’organo amministrativo (ai sensi del primo comma), circa il rinvenimento dei fondati indizi di crisi, essi potranno avvalersi di una causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dagli amministratori (ex comma terzo). Mediante questa norma, il legislatore ha inteso predisporre a favore degli allertanti interni uno scudo di protezione dal rischio di contestazioni di responsabilità risarcitorie per *culpa in vigilando* sugli atti gestori⁴⁸¹.

Affinché i sindaci e i revisori possano avvalersi di tale esenzione serve il concorso di due condizioni (cumulative): che le azioni od omissioni degli amministratori non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione ex art. 14, comma 1, C.C.I.I.⁴⁸² e che, in costanza delle condizioni

⁴⁷⁹ Nell’eventualità in cui alla clausola sull’adeguatezza degli assetti venga attribuita la natura di clausola generale, comportando ciò la possibilità di dare applicazione ai principi della *Business Judgement Rule*, sarà bene che gli amministratori soppesino con attenzione, ponendo in essere un giudizio prognostico e prospettico, le possibili conseguenze derivanti dalla strutturazione e successiva implementazione di un determinato sistema di assetti, considerando anche- seppur non solo- le ripercussioni in termini di costi gravanti sul patrimonio della società.

⁴⁸⁰ G. BUFFELLI, *Il nuovo ruolo*, cit., in www.ilfallimentarista.it, pp. 9-11.

⁴⁸¹ F. LOZZI, *Crisi d’impresa*, cit., in www.ipsoa.it, p. 3.

⁴⁸² Nella fase antecedente alla segnalazione all’OCRI non ci sono dubbi che il dovere di controllo dei sindaci e dei revisori era ancora vivo nella totalità della sua ampiezza e portata. È infatti la segnalazione medesima che funge da momento di cesura, a partire dal quale sarà necessario capire se le decisioni prese dagli amministratori siano riconducibile alla gestione caratteristica (caso nel quale gli organi di controllo interno permangono nella titolarità del dovere di controllo e della conseguente responsabilità per fatto proprio o *in solidum*) ovvero, al contrario, siano tese puntualmente al superamento della crisi (eventualità in cui sarà l’OCRI a ricoprire il ruolo di controllore sulla gestione, permettendo così ai sindaci e ai revisori di avvalersi dell’esenzione).

ex art. 14, comma 1, C.C.I.I.⁴⁸³, sia stato adempiuto l'obbligo di informare senza indugio l'OCRI⁴⁸⁴.

Gli interpreti hanno già dato conto delle loro titubanze circa il carattere virtuoso dell'appena analizzata disposizione. In particolare, nonostante a partire dal testo del 4 ottobre 2018 sia stato eliminato l'inciso "ferma restando la prosecuzione dell'esercizio delle loro funzioni", si ritiene nella natura delle cose che sindaci e revisori legali permangano nella titolarità della loro funzione di vigilanza. Tuttavia, ci si chiede: se detti soggetti continuano a svolgere l'incarico che è loro affidato, ciò significa che, qualora essi controllino e non agiscano (pur avvedendosi dell'illiceità delle condotte gestorie), ovvero non controllino affatto, sarebbe opportuno ritenerli responsabili, pena la pretermissione e violazione dei canoni e principi civilistici in tema di responsabilità. In aggiunta, gli atti degli amministratori, compiuti dopo la comunicazione-segnalazione da parte dell'organo di controllo o di revisione, possono essere colpiti dai sindaci con molti strumenti (es: impugnazione di decisioni di consiglio di amministrazione, denuncia al Tribunale ex 2409, azioni di responsabilità, convocazioni dell'assemblea dei soci...). Perciò si appunta che, avendo i sindaci molti e incisivi poteri, per non ledere la razionalità e l'armonia del sistema, parrebbe opportuno far ad essi corrispondere proporzionali responsabilità⁴⁸⁵. Serve quindi individuare un punto di equilibrio, che qui si propone di impennare intorno alla scissione della vita sociale in due tronconi, a seguito dell'adozione dell'OCRI. Per quanto riguarda gli atti gestori adottati per superare la crisi e evitare che essa si trasformi in insolvenza, il potere di controllo passa interamente sotto l'insegna dell'OCRI. In questi frangenti, la previsione esoneratrice introdotta dalla Riforma (all'art. 14, comma 3, C.C.I.I.) non pare entrare in collisione con i principi del sistema: i sindaci saranno esenti da responsabilità perché non potranno nemmeno esercitare i loro poteri-doveri di controllo e influenza sull'operato degli amministratori, in forza del passaggio di consegne ai membri dell'Organismo di composizione della crisi. Tale interpretazione- che propone di spogliare i sindaci sia dei loro poteri-doveri sia delle conseguenti responsabilità- poggia sulla considerazione che se si permettesse al collegio sindacale- o al revisore legale- di incidere sulle scelte gestorie, volte al superamento della crisi, dopo che la questione è stata portata al cospetto dell'OCRI (sulla scorta del fatto che il dialogo endosocietario precedentemente instaurato, per opera degli allertanti interni, era risultato insussistente o inefficace), si porrebbero le basi per consentire ai sindaci di mettere, laddove lo volessero, il bastone fra le ruote della macchina delle procedure di allerta, senza poi nemmeno poterli ritenere responsabili per i danni così cagionati, stante l'operare dell'esenzione. Per converso, invece, in relazione a tutti quegli atti d'impresa compiuti dagli amministratori che continuano ad

⁴⁸³ Si rammenta che tali condizioni coincidono con la mancata, inadeguata o tardiva (cioè oltre il termine fissato, mai superiore a trenta giorni) risposta da parte degli amministratori ovvero con l'omessa adozione, nel termine di sessanta giorni, delle misure ritenute necessarie per superare la crisi.

⁴⁸⁴ F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, pp. 124 e ss, ove l'Autore rammenta che il legislatore ha previsto un'ulteriore tutela a favore dei sindaci e dei revisori legali, prevedendo che la segnalazione non possa costituire giusta causa di revoca dall'incarico (ex art. 14, comma 3, ult. parte, C.C.I.I.).

⁴⁸⁵ M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta*, cit., in *Corriere giuridico*, fasc. 5., 2019, pp. 658-659; F. LOZZI, *Crisi d'impresa*, cit., in www.ipsoa.it, p. 3.

occuparsi della gestione caratteristica, il potere-dovere di controllo rimane in capo al collegio sindacale e al revisore. Si dà per assunto, infatti, che anche durante la procedura dinanzi all'OCRI, la società non smetta di vivere, pronta a riprendere a pieno la sua attività, una volta superata- come si auspica- la fase di crisi. Gli amministratori, perciò, continuano a svolgere atti di gestione caratteristica, prendendo quotidianamente decisioni e compiendo operazioni, esattamente come facevano prima dell'inizio della procedura di allerta: su tutto ciò vigileranno i sindaci e i revisori dei conti. Ed invero, è proprio in queste circostanze che pare si debba porre un blocco all'operare dell'esenzione, che dunque, in ultima analisi, chi scrive propone di relegare solo all'attività di controllo avente come oggetto quegli atti degli amministratori specificamente e direttamente tesi al superamento della crisi e al recupero della continuità aziendale.

La possibile soluzione appena prospettata non va ovviamente esente da potenziali problematiche: già nell'affermare tale tesi si è vista con la coda dell'occhio l'avanzata delle consuete insidie classificatorie e di inquadramento circa la necessità di capire dove porre la linea di discriminazione tra "atti gestori finalizzati al superamento della crisi" (e dunque rientranti nella prima categoria) e "scelte riconducibili alla normale gestione della società" (da ricondursi perciò alla seconda); con l'ulteriore difficoltà, anche laddove si riuscisse ad elaborare un criterio discrezionale generale, di doversi calare di volta in volta nel caso concreto. Inoltre, non si possono non considerare le difficoltà che potrebbero derivare dalla necessità di far convivere, se non addirittura cooperare, molteplici soggetti-OCRI, collegio sindacale e revisore legale- tutti deputati ad una funzione di controllo.

In ogni caso, per spezzare una lancia a suo favore, si evidenzia che questa lettura riequilibratrice, dando applicazione circoscritta all'esenzione, permette di rincuorare gli interpreti, attanagliati dal timore dei c.d. falsi positivi. Infatti, di fronte ad un esonero da responsabilità solidale plasmato in siffatta maniera, avanza impetuoso il rischio che essi, pur di potersene avvalere, omettano qualsiasi vaglio critico della situazione di fatto e segnalino all'OCRI anche situazioni in cui non sussistono realmente i fondati indizi di crisi e anzi si sia in presenza di un'apparente situazione di sostenibilità prognostica del debito, accompagnato da un mero sfioramento di taluni indici, per quanto limitatamente indicativi⁴⁸⁶.

6.4 La responsabilità solidale interna a organo amministrativo

Sarebbe difficile negare l'operatività, anche in campo giusconcorsualistico, della regola generale per cui gli amministratori sono tutti solidalmente responsabili dei danni cagionati con il loro operato. Ciò che si impone non è una totale disapplicazione dell'appena citato principio, bensì la necessità di alcuni adattamenti.

⁴⁸⁶ F. LAMANNA, *op. cit.*, *Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019, pp. 124 e ss.; il medesimo punto di criticità viene messo in luce, nonostante una prima attestazione di favore e apprezzamento, anche in R. RANALLI, *Le procedure di allerta*, cit., in www.ilfallimentarista.it, p. 14; si veda anche F. DI MARZIO, *op. cit.*, Milano, 2018, pp. 39 e ss, che annette alle suddette anche la considerazione per cui indurre controllori e revisori a continue segnalazioni all'OCRI potrebbe facilmente comportare un sovraccarico di lavoro degli organismi, pregiudicandone il corretto funzionamento.

Si parta anzitutto dal considerare che durante l'espletamento dell'attività gestoria, gli amministratori sono tenuti ad "agire informati"⁴⁸⁷. La riforma del 2003 ha profondamente innovato il paradigma di approccio alla vita societaria: il legislatore ha rivolto la sua attenzione ai profili interni di organizzazione dei poteri e delle funzioni, ponendo l'accento sull'importanza della *governance* aziendale, ed è approdato ad una compiuta e dettagliata procedimentalizzazione della vita d'impresa, dando dignità normativa ai principi di buon governo societario, che già trovavano spazio nelle elaborazioni delle scienze aziendalistiche e nei codici di condotta delle società quotate. Un ruolo primario venne riservato all'informativa endosocietaria. A prescindere dalla sussistenza o meno di deleghe, la funzione gestoria rimane nella titolarità di tutti e di ciascuno degli amministratori: essi sono tenuti ad agire informati e a non esimersi dall'attiversi, qualora ciò risulti necessario. È tuttavia chiaro che questo vincolo imposto alle modalità di azione degli amministratori (dato appunto dalla procedimentalizzazione dei flussi informativi e dall'obbligo di agire informati) trova il suo spazio di elettiva esplicazione nelle realtà societarie in cui si adotta un modello di amministrazione delegata⁴⁸⁸. Lo *standard*⁴⁸⁹ dell'agire informati sostituisce la *rule* che imponeva un generale obbligo di vigilanza sui membri del consiglio di amministrazione⁴⁹⁰: esso costituisce dunque una clausola generale che si articola in tre fasi progressive. Anzitutto i deleganti sono chiamati ad adoperarsi per cogliere i segnali di allarme circa la carenza, in termini di completezza o affidabilità, delle

⁴⁸⁷ G. TERRANOVA, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. nei confronti della società* (art. 2392 cod. civ.), in C. MARCHETTI (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2015, pp. 18 e ss.

⁴⁸⁸ L'impostazione fondata sulla presenza di un consiglio di amministrazione che raccoglie tutti gli amministratori e contemporaneamente di uno o più amministratori delegati (siano essi riuniti o meno in un comitato esecutivo) è tutt'altro che peregrina: essa costituisce a ben vedere la prassi nelle società per azioni (soprattutto se di grandi dimensioni). Si vedano sul punto: G. FRÈ, G. SBISA, *Della Società per azioni*, tomo I, Art. 2325-2409, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna, 1997, pp. 34 e ss.; A. BORGIOI, *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982, pp. 132 e ss.

⁴⁸⁹ Per un approfondimento sulle differenze intercorrenti tra i concetti di *rule* e *standard*, si vedano F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it; in estrema sintesi si può dire che: le *rules* riducono al minimo incertezze e oscurità, a pena di una maggiore ingerenza nella sfera di discrezionalità dei soggetti cui si impongono; dal canto loro, invece, gli *standards* si offrono ai loro destinatari come una guida alla presa di decisioni lasciando un ampio margine di manovra e di autodeterminazione.

⁴⁹⁰ Il generale dovere di vigilanza sull'operato degli altri amministratori imperava nel quadro normativo antecedente alla riforma del diritto societario del 2003, ma fu oggetto di importanti critiche da parte degli interpreti, i quali mettevano in evidenza i rischi inevitabilmente insiti in un obbligo di siffatta conformazione. Nel momento in cui manca una specifica disciplina che imponga obblighi informativi a carico dei delegati, attribuire a ciascun amministratore un dovere di vigilare sull'operato dei colleghi rischia di comportare il sorgere di forme di responsabilità oggettiva, a buon gioco dei querenti fallimentari, sempre intenti a trovare *escamotages* per imputare agli amministratori quante più voci di danno possibili, al fine di rimpinguare il patrimonio della società sottoposta a procedura concorsuale, mediante l'esercizio di azioni di responsabilità. Come sovente accade la diretta conseguenza del pericolo di incorrere in forme di responsabilità oggettiva implica un fenomeno di selezione avversa: solo gli stolti, o coloro che in ogni caso non avrebbero nulla da perdere, sarebbero disposti ad accollarsi un rischio di tale portata, al contrario coloro che sarebbero dotati delle competenze adeguate per portare avanti con diligenza e professionalità la carica di amministratore, avvedendosi della natura del rischio, potrebbero decidere di non assumere tale incarico.

informazioni ricevute dai delegati. La conoscenza o conoscibilità da parte degli amministratori deleganti di tali *alarm bells*, deve essere provata da chi avanza l'eccezione o contestazione. Tuttavia, una volta allegata la sussistenza di un segnale di tal genere, avendo essi natura autoevidente, l'affermante potrà avvalersi della presunzione di colpa degli amministratori. La mancata rilevazione di un campanello di allarme da parte degli amministratori, fa presumere che essi abbiano agito senza la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze; perciò saranno proprio gli amministratori a dover dare prova contraria⁴⁹¹. Qualora poi i deleganti colgano indizi di parzialità o inadeguatezza delle informazioni ricevute, non potendosi limitare ad una ricezione passiva di notizie da parte dei delegati (attendendo inerti le comunicazioni semestrali cui questi ultimi sono tenuti), devono attivarsi, anche individualmente⁴⁹², ed interpellarli alla ricerca di ulteriori informazioni. A valle di tali obblighi informativi, infine, sorge per i deleganti un dovere di attivazione, per evitare, prevenire o rimediare alle conseguenze dannose derivanti dalle condotte degli amministratori operativi. Se il consiglio di amministrazione rimane inerte, incorrerà in responsabilità, dalla quale si salveranno solamente: coloro che potranno dimostrare di non essersi attivati perché, senza colpa, non erano a conoscenza del compimento, della natura o della portata dell'atto dannoso posto in essere dai delegati; coloro che saranno in grado di documentare (mediante l'ostensione del verbale dell'adunanza, nel quale hanno fatto annotare il loro voto) di aver assunto in assemblea una posizione in linea con la volontà di agire e che la mancata attivazione è derivata dalle concrete dinamiche di voto consiliari, che hanno fatto propendere per la soluzione opposta; coloro, infine, che potranno dimostrare che, anche qualora si fossero attivati, non avrebbero sortito alcun effetto positivo mediante tale condotta⁴⁹³. Questo sistema di flussi

⁴⁹¹ Nel far operare tale presunzione si insinua il rischio di dilatare eccessivamente il concetto di conoscibilità e tornare alla situazione del generico dovere di vigilanza e ai problemi della responsabilità oggettiva. Si veda: Cass. Civ., 09-11-15, n. 22848, con nota di V. CARUSO, *Responsabilità degli amministratori privi di deleghe*, disponibile su www.dejure.it. Si veda anche la nota di S. Patti, *Il dovere degli amministratori senza delega di agire in modo informato*, disponibile su www.air.uniud.it.

⁴⁹² La legittimazione individuale dei singoli membri del consiglio di amministrazione ad interrogare gli amministratori delegati per ottenere informazioni è stata oggetto di dibattito dottrinale e fulcro di una pronuncia della Corte di Cassazione. In quest'ultima, si è approdati alla soluzione per cui prevedere la possibilità, o meglio il dovere, per ogni singolo amministratore di attivarsi per escutere i gestori con delega, pare essere opportuno e conveniente, in considerazione del fatto che sovente la necessità di chiedere ulteriori informazioni sorge proprio nel lasso di tempo intercorrente tra la percezione del segnale di allarme e la successiva riunione del consiglio di amministrazione. Perciò non sarebbe saggio imporre ai singoli amministratori di attendere l'adunanza plenaria del consiglio, per discutere e deliberare in tale sede l'opportunità di un'ulteriore interrogazione dei delegati: si rischierebbe, infatti di ledere le esigenze di celerità nell'acquisizione delle informazioni. Si veda Cass. Civ, 31-08-16, n. 17441, il cui testo completo disponibile su www.neldiritto.it. Quanto detto con riferimento alla necessaria rapidità dei flussi informativi, si impone con maggior evidenza e imperatività nel caso in cui le informazioni che devono essere scambiate tra delegati e deleganti ruotino proprio intorno al tema di una potenziale situazione di crisi dell'impresa, fattispecie che, come più volte ricordato, abbisogna di un intervento quanto più possibile tempestivo.

⁴⁹³ Quello che viene posto in essere è un ragionamento controfattuale di matrice penalistica: si sottopone a prova di resistenza lo *status quo*, cercando di capire se, laddove i deleganti si fossero attivati come sarebbe stato loro imposto, il danno si sarebbe comunque verificato in forza di un nesso eziologico che lo lega non solo alle condotte dei delegati ma anche alla mancata

informativi fu introdotto dalla riforma societaria del 2003, con specifico riferimento alle società per azioni, e non trova un esplicito corrispettivo nella disciplina delle società a responsabilità limitata. Ciononostante, si ritiene che il dovere di agire informati, così come delineato con riferimento alle s.p.a., meriti di valere anche per le s.r.l.⁴⁹⁴. La recente Riforma pone un punto fermo in materia, fugando così ogni dubbio circa la delegabilità del potere gestorio nelle s.r.l.: con l'art. 376, comma 5, del C.C.I.I. si rende applicabile, all'art. 2475 cod. civ. (dettato in tema di amministrazione di società costituite in forma di s.r.l.), l'art. 2381 cod. civ.

Con specifico riferimento alla fase crepuscolare, si rileva come la procedimentalizzazione degli obblighi informativi funga da presupposto per consentire una proficua collaborazione tra gli amministratori, auspicando che da essa possa derivare una presa di coscienza, quanto più tempestiva possibile, dell'eventuale incipiente crisi, cosicché essi possano attivarsi rapidamente per farvi fronte. Lo scambio di informazioni che si svolge internamente all'organo amministrativo costituisce, inoltre, il compendio di dati che verranno poi sottoposti alle valutazioni dell'organo di controllo e di revisione, deputati a rilevare in modo tempestivo i "fondati indizi di crisi". A ben vedere, dunque, un diligente e completo dialogo tra tutti gli organi sociali costituisce un imprescindibile tassello per l'emersione anticipata della crisi di impresa⁴⁹⁵.

Con riguardo alle nuove norme introdotte dalla Riforma e, segnatamente a quelle in tema di assetti adeguati, si noti che l'art. 2086 cod. civ., che trova applicazione per tutti i tipi societari, impone all'imprenditore cioè agli amministratori nella loro genericità di approntare gli assetti. Pare potersi affermare, dunque, che gli amministratori siano responsabili solidalmente come *plenum*, potendo andare esente da responsabilità solo chi può documentare il proprio voto dissenziente ovvero chi è in grado di dar prova di incolpevole mancata conoscenza della necessità di predisporre e/o valutare gli assetti o di mutarne la conformazione poiché rivelatisi inadeguati. Accanto a tali considerazioni, si pone proprio la ripartizione di compiti e di responsabilità tra deleganti e delegati, che consente di spezzare la solidarietà e di adeguarla al

attivazione dei deleganti. Si veda Cass. Civ. 29-12-17, n. 31204, in *Società*, 2018, pp. 691 e ss.; si veda anche V. CALANDRA BUONAURA, *La gestione dell'impresa*, Milano, 1985, cit., pp. 154 e ss.: "sarà quindi onere di chi esercita l'azione di responsabilità fornire la prova dell'esistenza dei "segnali d'allarme" che avrebbero dovuto indurre l'amministratore ad attivarsi per ottenere quelle informazioni che gli avrebbero consentito di acquisire la conoscenza dell'atto pregiudizievole"

⁴⁹⁴ A. BARTOLACELLI, *Struttura e funzionamento dell'organo amministrativo*, in E. PEDERZINI, R. GUIDOTTI (a cura di), *La governance della società a responsabilità limitata*, Milano 2018, pp. 206 e ss., in cui l'Autore dà voce anche alla posizione di quanti sostengono che, stante la mancanza di procedimentalizzazione dei flussi informativi che caratterizza il tipo societario della s.r.l., non sussista un obbligo di agire informati, bensì un generico dovere di vigilanza. Degna di rilievo è anche la preliminare questione inerente la delegabilità del potere gestorio in ambito di s.r.l., oggetto di lunghi dibattiti in dottrina, mancando, nell'assetto normativo antecedente alla Riforma Rordorf, una presa di posizione chiara sulla legittimità circa la scelta di organizzare l'espletamento del potere gestorio arricchendolo dell'istituto della delega. Si vedano sul punto le posizioni, fra gli altri, di F. OLIVIERO, N. ABRIANI, D. MOSCO, G. CARCANO.

⁴⁹⁵ Si noti che la centrale importanza dei flussi informativi endosocietari viene declinata anche nell'ambito dello svolgimento dell'attività di controllo, prescrivendo l'opportunità di un dialogo tra collegio sindacale (o sindaco unico) e revisore legale (o società di revisione), in G. LOMBARDI, *Il ruolo degli organi di controllo e di revisione nelle procedure di allerta di cui al disegno di legge-delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *op. cit.*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017, p. 83.

sistema delle deleghe. Per quanto concerne, invece, l'obbligo di fornire una risposta tempestiva e adeguata agli allertanti interni, a seguito della loro comunicazione (circa la rilevazione di fondati indizi di crisi), nonché il dovere di adottare fattivamente iniziative efficienti per il superamento della crisi e di continuità aziendale e, ancora, di dare le dovute informazioni al collegio dei tre esperti e, più in generale, di rispettare le prescrizioni fornite dal c.d. codice etico (vedi *supra*, par: 6.2.4), ci si potrebbe chiedere se siano funzioni statutariamente delegabili e perciò passibili di essere affidate ad un singolo amministratore o ad un comitato esecutivo. La risposta a questa domanda è da ricercarsi, probabilmente, nella disamina delle limitazioni alla delegabilità dei poteri gestori, tentando di stabilire se l'adempimento ai predetti doveri possa, in qualche modo, essere ricondotto a qualcuna delle materie indelegabili⁴⁹⁶.

A prescindere dalla sussistenza di organi gestori delegati, in ogni caso, in ambito di responsabilità degli amministratori assume rilievo l'individuazione dei criteri di interruzione dell'imputabilità, capaci di spezzare gli automatismi nell'attribuzione della responsabilità. Uno di questi criteri attiene appunto alla predisposizione di un sistema organizzativo che sia adeguato alla previsione e alla prevenzione del rischio: laddove tale obbligo sia stato adempiuto gli amministratori non potranno essere tenuti responsabili per il mero insuccesso delle scelte gestorie, in perfetta applicazione dei canoni della *Business Judgement Rule*⁴⁹⁷. Ci sono poi casi in cui la responsabilità viene spezzata totalmente. Si pensi, per esempio, all'eventualità in cui uno o più amministratori agiscano autonomamente, adoperandosi affinché gli altri nulla sappiano in relazione alle decisioni che si stanno prendendo. Coloro che non sono stati messi nelle condizioni di poter conoscere, e quindi intervenire, e che senza colpa si sono ritrovati di fronte al fatto compiuto, certamente non potranno essere ritenuti responsabili per le conseguenze dannose derivanti dalle operazioni poste in essere e dalle decisioni prese. Questo meccanismo di interruzione della responsabilità solidale trova il suo prediletto spazio di applicazione nelle realtà

⁴⁹⁶ Alcuni limiti inderogabili ed invalicabili mediante il sistema delle deleghe sono rinvenibili nell'art. 2381, comma 4, cod. civ., che elenca le "sei materie mai delegabili", selezionate in considerazione del loro rilievo per la vita e la struttura societaria e per il fatto che la loro natura richiede una ponderazione da parte dell'intero consiglio di amministrazione: emissione delegata di obbligazioni convertibili e aumento delegato del capitale sociale (nel caso in cui l'assemblea straordinaria abbia delegato tali materie all'organo amministrativo, circostanza che rende operante il principio per cui *delegata potestas non potest delegare*), redazione del bilancio di esercizio (ambito in cui si può al più ammettere la delega di singoli atti, come per esempio la sola tenuta delle scritture contabili), riduzione del capitale sociale per perdite (ove rilevano gli adempimenti derivanti dall'accertamento di perdita qualificata di capitale (come la convocazione senza indugio dell'assemblea dei soci affinché essi adottino gli opportuni provvedimenti); redazione del progetto di fusione e di scissione; si aggiunge il potere di redigere una proposta di concordato preventivo e fallimentare (ex art. 152 l.fall.)) Gli interpreti sono concordi nell'affermare che i medesimi limiti valgono anche per le s.r.l. (pur precisando che le stesse non possono emettere obbligazioni convertibili in azioni e che ha senso parlare di indelegabilità del potere di aumento delegato del capitale sociale solo in presenza un'espressa previsione statutaria che ne attribuisca la competenza all'organo amministrativo).

⁴⁹⁷ M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, in M. IRRERA (a cura di), op. cit., Torino, 2016, pp. 994-997. In termini di onere probatorio, gli amministratori devono provare di potersi avvalere dell'esenzione da responsabilità allegando "di aver correttamente valutato e censito i rischi tipici della specifica impresa, individuati gli indicatori di allerta per singoli rischi, disciplinata la funzione di *reporting*, specificati i meccanismi di reazione"

societarie in cui viene predisposto un sistema di deleghe: tutte le volte in cui i deleganti abbiano adempiuto con diligenza al loro dovere di agire informati, non potrà mai essere rilevata alcuna responsabilità a loro carico. In tutti gli altri casi- come detto- la solidarietà non si spezza e gli amministratori saranno tutti *in solidum* responsabili nei confronti di chi agisce (per danni) verso di loro, potendo al massimo far valere le graduazioni di colpa in sede di regresso interno. Il grado di responsabilità di ciascuno potrà essere determinato facendo riferimento, pare, a tre parametri. In primo luogo, alla luce dell'art. 2392 cod. civ., si devono tenere in considerazione sia la "natura dell'incarico" sia le "specifiche competenze". Nel primo caso, si fa riferimento al fatto che sarà senza dubbio da considerarsi maggiormente colpevole quell'amministratore al quale- sia ciò dovuto alla sussistenza di una delega o meno- è stato esplicitamente affidato un determinato incarico⁴⁹⁸. Nel secondo caso, invece, si fanno pesare le specifiche competenze (personali e professionali): è chiaro che da un amministratore che svolga nel privato la professione di commercialista ci si attenderà anche una maggiore perizia e preparazione nella gestione contabile dell'impresa, a maggior ragione quando essa presenti i primi segnali di difficoltà⁴⁹⁹. Infine, non si può prescindere, in sede di graduazione della colpa, dall'analisi delle specifiche condotte fattuali tenute da ciascuno e, insieme ad esse, dell'elemento soggettivo (*i.e.*: dolo o colpa)⁵⁰⁰.

6.5 La responsabilità solidale tra controllori (sindaci e revisori legali) e amministratori

La teorizzazione classica delle responsabilità dei sindaci bipartisce la medesima in una responsabilità "diretta" (o "per fatto proprio") e in una responsabilità "indiretta", derivante dall'omesso controllo sull'operato dei gestori⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Si potrebbe pensare anche allo specifico incarico di interfacciarsi con gli organi di controllo interni o con i creditori pubblici qualificati, per accogliere le segnalazioni concernenti il rilevamento dei segnali di crisi e prendere gli opportuni provvedimenti.

⁴⁹⁹ Le specifiche competenze valgono esclusivamente ad irrobustire i doveri e dunque le responsabilità, mai ad indebolirli ed esse sembrano trovare applicazione anche con riferimento alla conoscenza e alla conoscibilità di fatti e indizi di crisi.

⁵⁰⁰ Pare evidente la necessità di considerare maggiormente responsabile chi abbia agito con dolo e con la deliberata intenzione di cagionare un danno, rispetto a coloro che hanno solo tenuto condotte colpevoli e negligenti.

⁵⁰¹ P. BOSTICCO, *op. cit.*, Milano, 2009, cit., p. 317; R. BORSARI, *Due forme di responsabilità per le diverse violazioni*, in *IlSole24Ore*, 27 agosto 2019, l'Autore dispiega la dicotomia che suddivide la responsabilità dei sindaci in "responsabilità esclusiva", relativa alla violazione "degli obblighi di verità delle proprie attestazioni e di conservazione del segreto sui fatti e sui documenti di cui abbia avuto conoscenza nell'espletamento del mandato"; tale responsabilità discende da atti commissivi, causativi di danno. Dall'altro lato, si trova la "responsabilità omissiva", che sorge tutte le volte in cui i sindaci violano il loro dovere di vigilanza sugli atti compiuti dagli amministratori, omettendo di rilevare una macroscopica violazione ovvero di reagire di fronte "ad atti di dubbia legittimità e regolarità". Non serve che il collegio sindacale venga meno a un proprio dovere tipico: basta che i sindaci non abbiano omaggiato i canoni di correttezza e buona fede nell'espletamento del loro incarico; per esempio, "la semplice mancata formulazione di rilievi critici su poste di bilancio palesemente in giustificate e il mancato esercizio di poteri sostitutivi, che avrebbero condotto ad una più sollecita dichiarazione di fallimento, è sufficiente a predicare la responsabilità del collegio sindacale (Cass. Civ., n. 23233/2013)".

Dunque, da un lato, i sindaci rispondono per fatto proprio, qualora non rilevino i fondati indizi di crisi ovvero qualora, pur rilevandoli, non avvisino gli amministratori ovvero, ancora, qualora, dopo aver adempiuto diligentemente agli obblighi di rilevazione e instaurazione del dialogo endosocietario con l'organo amministrativo, errino in sede di valutazione della risposta (che dovrebbe essere tempestiva e contenutisticamente adeguata) fornita dagli amministratori facendone conseguire una mancata o intempestiva rimessione della questione all'OCRI. L'inosservanza del dovere di vigilanza comporta la responsabilità dei sindaci, laddove essi non abbiano rilevato una rimarchevole violazione altrui, o non abbiano adeguatamente reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità⁵⁰² e che sussiste il nesso di causalità tra la condotta omissiva dei sindaci ed il danno. Quest'ultimo va provato da parte attrice, rimettendone l'accertamento all'apprezzamento discrezionale del giudice di merito, il quale svolgerà un ragionamento controfattuale per verificare se, qualora i sindaci avessero controllato le condotte degli amministratori, questi ultimi avrebbero davvero mutato le loro linee di condotta, evitando così il verificarsi del danno⁵⁰³.

Dall'altro lato, lapidario nella sua dicitura è l'art. 2407, comma 2, cod. civ.: i sindaci "sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica"⁵⁰⁴. I sindaci, infatti, rispondono per concorso omissivo, sulla base dell'inadempimento al dovere di controllo sull'agire degli amministratori. La loro omessa vigilanza viene letta come la decisione consapevole, presa dagli stessi, di non operare fattivamente per evitare illeciti o negligenze nell'attività di gestione dell'impresa. Si attesta sul tema un illuminante passaggio di una- già citata- pronuncia della Corte di Cassazione che, in primo luogo, ricorda come "la responsabilità omissiva del sindaco resti una responsabilità per fatto proprio colpevole", dal momento che oltre che dal diritto penale fu espunta anche dal diritto civile la responsabilità oggettiva, per fatto altrui o "da mera posizione". Ciò impone l'esigenza di vagliare la sussistenza di una condotta quantomeno colposa del soggetto che si vuole tenere responsabile, oltre che del nesso causale che riconnette tale condotta col danno

⁵⁰² Cass. Civ., 29-12-17, n. 31204, in *Società*, 2018, cit., pp. 691 e ss.; Cass. Civ., 13-06-14, n. 13517, in *Società*, 2015, pp. 317 e ss.; Cass. Civ., 11-11-10, n. 22911 (con estensore, Renato Rordorf), in *Fall.*, 2011, p. 1686.

⁵⁰³ Cass. Civ., 05-09-18, n. 21662, il cui testo completo è disponibile su www.ilquotidianogiuridico.it; Cass. Civ., 22-07-19, n. 18770, disponibile su www.sentenze.laleggepertutti.it: "Ricorre il nesso causale tra condotta inerte antidoverosa dei sindaci di società e l'illecito perpetrato dagli amministratori ai fini della responsabilità dei primi-secondo la probabilità e non necessariamente la certezza causale- se, con ragionamento controfattuale ipotetico, l'attivazione lo avrebbe ragionevolmente evitato, tenuto conto di tutta la possibile gamma di iniziative che il sindaco può assumere, esercitando i poteri-doveri della carica [...]".

⁵⁰⁴ R. BORSARI, *Limiti alla responsabilità anche per il collegio sindacale*, in *ISole24Ore*, 22 agosto 2019, L'autore afferma che "la non sindacabilità nel 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". Quest'ultimo, dunque, non può, espletando la sua attività di controllo, "sovrapporre alle decisioni dell'organo amministrativo le proprie valutazioni di opportunità", e deve limitarsi ad effettuare un giudizio prognostico *ex ante* in concreto; si citano *ad adiuvandum*: Trib. Como, 27-04-16, e Trib. Milano, 26-05-04.

lamentato (si parla infatti di “responsabilità per fatto e colpa propri”)⁵⁰⁵. L'elemento della colpa rileva in due accezioni: colpa nella conoscenza (allorché il sindaco non rilevi colposamente la condotta inadempiente dell'organo gestorio) e colpa nell'attivazione (se, pur a conoscenza dei fatti, ometta, almeno per colpa, di esercitare prontamente ed efficacemente i suoi poteri impeditivi, sopra indicati). A fronte di iniziative *contra legem* da parte dell'organo amministrativo, i sindaci hanno dunque l'obbligo di porre in essere, con tempestività, tutti gli atti necessari e di utilizzare ogni loro potere di sollecitazione e denuncia, interna ed esterna alla società, sino a pretendere dagli amministratori le azioni correttive necessarie, non essendo sufficiente limitarsi ad una blanda ed inefficace critica. In mancanza, essi concorrono nell'illecito civile commesso dagli amministratori della società per omesso esercizio dei poteri-doveri di controllo loro attribuiti dalla legge. Più nello specifico in un contesto di crisi: i sindaci sono responsabili quando essi non abbiano formulato rilievi critici su poste di bilancio palesemente ingiustificate o non abbiano esercitato poteri sostitutivi che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, avrebbero condotto ad una più sollecita dichiarazione di fallimento e così ad una migliore protezione degli interessi dei creditori sociali evitando di aggravare il dissesto proseguendo indebitamente con la gestione caratteristica⁵⁰⁶.

Si precisa infine (forse superflualmente) che, come nel caso di responsabilità solidale interna al consiglio di amministrazione, anche nel collegio sindacale si potrà avere una graduazione della colpa in base alla durata della carica, al livello di colpevolezza, all'apporto causale dell'omissione nella vigilanza rispetto al danno cagionato. Tale riparto sarà valevole, anche in questa sede, solo fra i solidaristi, che potranno regolare i loro conti reciproci mediante azioni di regresso. Inoltre, pare potersi affermare che non andranno esenti da responsabilità i sindaci che omettono di rilevare indizi di crisi solo perché essi si derivano da fatti collocantesi in un'epoca anteriore al momento in cui essi hanno assunto la carica. Infatti, “esiste un vero e proprio obbligo di intervento a rimuovere gli errori del passato, con conseguente responsabilità”, che per esempio impone ai sindaci di eseguire il controllo sul bilancio che venga sottoposto alla loro approvazione anche se riguarda un esercizio precedente a quello in cui assunsero la carica e di attivarsi con tutti gli strumenti consentiti dalla legge per eliminare o quanto meno attenuare le eventuali irregolarità e le conseguenze negative rilevate⁵⁰⁷.

Anche l'art. 15 del Dlgs. n. 39 del 2010 ribadisce il carattere solidale della responsabilità dei revisori fra loro e con gli amministratori (in mimesi alla disciplina che l'art. 2407 detta per i sindaci). Si noti, inoltre, che il paradigma della responsabilità solidale si applica anche fra società di revisione e singolo revisore individuato come responsabile dell'incarico e ai dipendenti della società di revisione che hanno collaborato⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ Cass. Civ., 05-09-18, n. 21662, il cui testo completo è disponibile su www.ilquotidianogiuridico.it.

⁵⁰⁶ Cass. 14-10-13, n. 23233, in *Riv. not.*, vol. II, 2014, pp. 347 e ss.

⁵⁰⁷ P. BOSTICCO, *op. cit.*, Milano, 2009, cit., p. 668.

⁵⁰⁸ Quaderno n. 31 della SAF (Scuola di Alta Formazione), *La riforma della revisione legale in Italia: una prima analisi del D.Lgs. 39 del 27 gennaio 2010*, disponibile su www.odcec.mi.it; Al primo comma di detto articolo si afferma che “i revisori e le società di revisione rispondono per i danni che siano derivati dall'inadempimento ai propri doveri, solidalmente tra di loro e con gli

Non si può nascondere, tuttavia, come difficile possa risultare l'individuazione di una linea di confine tra la responsabilità dei sindaci e quella dei revisori legali, vale a dire catalogare i casi in cui si possano considerare responsabili solo gli uni ovvero gli altri e quelli, al contrario, in cui pare opportuno, dare esplicitazione ed applicazione alle regole del regime solidaristico. Una possibile soluzione potrebbe rinvenirsi partendo dall'analisi della natura dei "fondati indizi di crisi": essendo questo il presupposto oggettivo che fa scattare il potere-dovere di dare avvio alle procedure di allerta, non sembra peregrina l'idea di tenere responsabile solo quell'organo nella cui sfera di controllo si sono palesati i suddetti indizi⁵⁰⁹. Ragionando *a contrario*, non si potrebbe pensare di

amministratori, nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi". Al secondo comma, invece, "che i responsabili ed i dipendenti che hanno collaborato all'attività di revisione, per i danni conseguenti da inadempimenti o da fatti illeciti nei confronti della società che ha conferito l'incarico e nei confronti dei terzi". Si fa notare anche che "queste modifiche, nel loro assieme, non hanno stravolto la disciplina ma l'hanno resa più incerta. Senza che se ne avvertisse la necessità, l'art. 15 costringe infatti l'interprete a cimentarsi con nuove questioni, alcune superabili senza ripercussioni sul piano dei contenuti, immutati rispetto al passato, altre invece non suscettibili di univoca interpretazione". Non si pongono incertezze, infatti sul carattere illimitato e solidale della responsabilità dei revisori rispetto a quella degli amministratori: sotto questo profilo non si palesa alcuno scostamento da quanto previsto in passato dagli artt. 2409-*sexies* cod. civ. e 164 del Testo Unico della Finanza (T.U.F.). Al contrario, un punto parzialmente controverso e problematico potrebbe essere costituito dall'opportunità riconosciuta da altri paesi di una limitazione dell'esposizione al rischio: la Germania, per esempio, ha adottato un modello di responsabilità in misura fissa; l'Austria e il Belgio hanno optato per l'utilizzo di criteri che tengono conto del fatto che la società sia o meno quotata; ancora la Grecia ha introdotto un paradigma che fa perno su un tetto massimo determinato in misura pari ad un multiplo di valori predeterminati; infine, Stati Uniti, Canada e Australia hanno introdotto un sistema che prevede risarcimenti in percentuale al danno prodotto ed in ultimo definiti considerando anche l'apporto causale, in F. SALERNO, *La responsabilità*, cit., in *Riv. Soc.*, vol. LVIII, fasc. 5, 2013, pp. 987-990.

⁵⁰⁹ Per esemplificare la discrasia fra il modo di atteggiarsi e la natura dell'oggetto dei due diversi tipi di controllo, si consideri che il revisore deve comprendere quegli aspetti del controllo interno (definito, dal Principio di revisione internazionale ISA (Italia) n. 315, come il "processo configurato, messo in atto e mantenuto dai responsabili delle attività di *governance*, dalla direzione o da altro personale dell'impresa, al fine di fornire una ragionevole sicurezza sul raggiungimento degli obiettivi aziendali con riguardo all'attendibilità dell'informativa finanziaria, all'efficacia e all'efficienza della sua attività operativa ed alla conformità alle leggi e ai regolamenti applicabili [...]. Il revisore deve acquisire una comprensione degli aspetti del controllo interno rilevanti ai fini della revisione contabile") dell'impresa che sono rilevanti ai fini della revisione contabile del bilancio. Da ciò, si evince che il revisore legale deve occuparsi solamente della parte del sistema di controllo interno che si riferisce al bilancio e alla sua informativa finanziaria, al fine di definire le procedure di revisione appropriate alle circostanze, con la conseguenza che il perimetro di analisi della revisione legale è più limitato rispetto a quello della vigilanza. L'attività di vigilanza del collegio sindacale, invece, investe la totalità del sistema di controllo interno e non, come nel caso del revisore, solamente quella parte "collegata" alla redazione del bilancio. Ai fini dello svolgimento delle attività di vigilanza svolte dal sindaco, prendendo spunto dalla definizione di controllo interno contenuta nella Norma n. 3.5 dei Principi di comportamento del collegio sindacale nelle società quotate del CNDCEC, il sistema di controllo interno può quindi essere inteso, in maniera più ampia, quale l'insieme delle direttive, procedure e prassi operative adottate dall'impresa per raggiungere, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, gli obiettivi aziendali (strategici, operativi, di *reporting* e di conformità), in F. RIZZI, *Il revisore*, cit., in *Euroconference*, patrocinata dal Centro Studi Tributari, 11 maggio 2019, disponibile su www.ecnews.it; per la definizione di "responsabili delle attività di *governance*" e di "direzione" si veda il paragrafo 10 e le relative linee guida del *Principio*

imputare una responsabilità per mancata rilevazione della crisi e avvio della procedura a quanti, anche se avessero agito con la massima diligenza impiegabile, in ogni caso non sarebbero stati nelle condizioni di cogliere i segnali di crisi, collocandosi l'epifania dei medesimi entro un campo che fuoriesce dall'oggetto su cui ricade la loro funzione di controllo. Esempificando: se la crisi si manifestasse esteriormente nella forma di dati che sono desumibili solo mediante un'attività di analisi e di espressione di un giudizio sul bilancio, è chiaro che saranno i revisori a dover cogliere tali campanelli di allarme (a meno che la funzione di controllo contabile non sia stata affidata al collegio sindacale). Per converso, invece, qualora i segnali di crisi si manifestino nella sfera della gestione, saranno i sindaci a doverli rilevare, alla luce della loro funzione di controllo sulla stessa. In conclusione, si intende aggiungere che, nel caso in cui gli indici di difficoltà che l'impresa si sta trovando a fronteggiare siano molteplici, non sembra che l'effettuazione della comunicazione da parte di uno dei due soggetti legittimati esoneri gli altri dal potere-dovere di inviare comunque la comunicazione agli amministratori. È noto, infatti, alla luce dei migliori insegnamenti delle scienze aziendalistiche che diversi indici di crisi sono sovente specchio di diverse sfaccettature della stessa: è bene che gli amministratori siano messi al corrente di tutti questi indizi, per poter intervenire in modo consapevole e quindi proficuo, perché farlo significa, in ultima analisi, renderli edotti a tutto tondo sulla crisi stessa, fornendo loro i dati e le basi per poterla conoscere in tutti i suoi elementi e le sue possibili evoluzioni e potenziali rivolgimenti⁵¹⁰.

7. Le voci di danno risarcibile

Anche nel contesto delle procedure di allerta trova indubbiamente applicazione il principio per cui eventuali condotte di amministratori, sindaci e revisori di società in crisi, che si pongano in spregio al corretto adempimento degli obblighi e dei doveri loro imposti dall'espletamento dell'incarico assunto, possono essere fatte rilevare in sede di esercizio di azioni di responsabilità⁵¹¹. Si affacciano, subitaneamente, alcune difficoltà di coordinamento fra le varie discipline applicabili: nonostante la sua vocazione organica e sistematrice, il nuovo Codice della crisi non è riuscito nell'impresa di eliminarle, fornendo agli operatori una compendio di norme armonico e contenuto in un unico testo. Così, accanto alla disciplina codicistica, che resta applicabile per la fase di pre-crisi (priva di una regolamentazione *ad hoc* nel C.C.I.I.), si dispiegano le regole del nuovo Codice della crisi, che si applica alla fase di crisi *tout court*; esso, tuttavia, soffre

di Revisione Internazionale (ISA Italia) n. 260, Comunicazione con i responsabili delle attività di governance, in www.revisionelegale.mef.gov.it.

⁵¹⁰ Si impone, d'ogni modo, con la forza di principio generale, l'impossibilità per un comportamento negligente dei sindaci di trovare giustificazione nella presenza dei revisori: "la circostanza poi che anche queste società siano sottoposte a revisione [...] non è argomento sufficiente per sostenere che ne sarebbe modificata la disciplina del collegio sindacale, in materia di controllo della regolare tenuta della contabilità sociale, dell'art. 2403 c.c. Vero è che la previsione, accanto al controllo sindacale, della revisione obbligatoria lascia sussistere [...] una parziale sovrapposizione di competenze; ma l'obbligo delle società di revisione, di informare i sindaci dei fatti censurabili riscontrati, non costituisce una condizione necessaria perché il collegio sindacale svolga i compiti suoi propri", si veda Cass. Civ., 26-01-06, n. 1534, *Società*, 2007, p. 51.

⁵¹¹ Si fa riferimento alle azioni di responsabilità previste sia dagli artt. 2393, 2393-bis, 2394 cod. civ. e per le s.r.l. 2476 cod. civ. sia dall'art. 146 l. fall.

dell'entrata in vigore differita di alcune sue disposizioni (che dovranno attendere il Ferragosto 2020).

Fra le molteplici voci di danno risarcibile che tradizionalmente popolano le sentenze di condanna a carico dei soggetti ricoprenti incarichi societari di amministrazione e controllo, sembrano assumere pregevole rilievo- alla luce dell'analisi sin qui effettuata- da un lato, quelle riconducibili alle condotte di causazione o aggravamento del dissesto e, dall'altro, quelle relative al danno all'immagine commerciale della società.

7.1 Causa o aggravio del dissesto

In contesti di crisi e pre-crisi, il ruolo degli amministratori è indubbiamente caratterizzato da insidie e ardue decisioni. Essi si trovano di fronte alla complessa missione di dover gestire un'impresa non più florida, si vedono tenuti a far ruotare il loro intero agire attorno allo strenuo tentativo di non affossarla ancor di più nelle sue difficoltà e ad adoperarsi per bloccare l'involuzione della situazione che essa sta attraversando, al fine di cercare di riportarla ad uno stato di sanità. Ciononostante, uscendo per un attimo dall'utopistico panorama appena delineato, si devono prendere in considerazione le varie e sfaccettate possibili condotte negligenti che gli amministratori- volontariamente, e perciò con dolo, o negligenzemente, e quindi integrando meramente gli estremi del requisito soggettivo della colpa- potrebbero porre in essere. Inoltre, si devono anche passare al setaccio le conseguenti possibili voci di danno che agli stessi potrebbero essere addebitate.

In primo luogo, si consideri che- pur non costituendo una legge fenomenica incontrovertibile- ci sono casi in cui la crisi dell'impresa viene causata dall'*agere* gestorio medesimo, vale a dire per opera proprio di quei soggetti che, considerando la funzione che esercitano, sarebbero tenuti a prodigarsi esattamente per assicurare il raggiungimento del fine opposto. Gli amministratori mediante operazioni azzardate (o per meglio dire- per non rischiare di uscire dai sacri canoni della *Business Judgement Rule- ex ante* irrazionali ed irragionevoli), attraverso il ricorso ad un eccessivo indebitamento, a causa della mancata reazione alle perdite di capitale ovvero di un'indebita prosecuzione della gestione caratteristica noncurante del sopravvenire di una causa di scioglimento *et similia*, potrebbero finire per ricoprire il ruolo di "autori" della crisi, cagionando in prima persona il dissesto di quella stessa società che sarebbero stati chiamati a gestire con correttezza, diligenza e perizia. Particolarmente significativi, appaiono in tale contesto gli obblighi concernenti la predisposizione e valutazione di assetti adeguati. Laddove pretermessi, infatti, essi potrebbero dar origine ad una responsabilità per *deficit* organizzativo⁵¹². Già prima della novellazione, ad opera della Riforma Rordorf, dell'art. 2086 cod. civ., si poteva scorgere, nel quadro normativo societario di matrice codicistica, un generico dovere degli

⁵¹² "La mancanza di un sistema di monitoraggio dei flussi di cassa (e dunque l'assenza di adeguati assetti organizzativi) sarà [...] fonte di responsabilità per gli amministratori difficilmente controvertibile, in quanto decisamente endogena e legata a concreti inadempimenti. Non si vuole qui sostenere che il dissesto dell'azienda sia necessariamente la prova provata della non adeguatezza degli assetti organizzativi, poiché nella eventualità di insolvenza la valutazione *ex post* sarebbe una *probatio diabolica* per i soggetti preposti alla istituzione e monitoraggio" in G. ACCIARO, A. DANOVI, P. RINALDI, *L'omissione*, cit., in *ISole24Ore*, 8 agosto 2019.

amministratori di approntare tutte le cautele e i presidi necessari e opportuni ad assicurare un'organizzazione efficiente dell'impresa; l'inserimento, poi, dell'obbligo specifico di predisposizione degli assetti e il suo orientamento teleologico al superamento della crisi e al recupero della continuità aziendale ha indubbiamente rinforzato le basi normative e assiologiche su cui la voce di danno in parola poggia. Risalendo gli eventi *a contrario*, si potrebbe infatti ipotizzare che lo stato di crisi sia stato cagionato da un'erronea valutazione circa il grado di rischio da assumersi nel compiere una determinata operazione, a sua volta derivante dalla mancata o inidonea predisposizione- imputabile agli amministratori, e solidalmente anche ai sindaci in caso di mancata vigilanza- di assetti idonei a preventivare, nei limiti ragionevoli di misurabilità degli stessi, i potenziali effetti negativi e positivi riconnessi ad una determinata scelta gestoria, così da poter effettuare un bilanciamento costi-benefici prima di porla definitivamente in essere⁵¹³. Sul piano degli effetti pratici e in particolare sotto il profilo risarcitorio, ci si potrebbe interrogare se e quale autonomia avesse il mancato adempimento al dovere di predisporre e valutare assetti adeguati, nel caso in cui da detto inadempimento non fosse derivato alcun pregiudizio (soprattutto in termini di aggravamento del dissesto), bensì il mero rilevamento tardivo degli indizi di crisi. La mancanza di adeguati assetti infatti, molto spesso ha come diretta conseguenza quella di non mettere gli organi sociali nelle condizioni di avvedersi del sopraggiungere della crisi quando ancora essa è lontana sull'orizzonte⁵¹⁴. Si nota perciò che, se è pur vero che, in alcuni casi, dal mero ritardo nella rilevazione della crisi potrebbero derivare danni al patrimonio sociale (con conseguenti risvolti sulla sfera giuridica dei creditori che in esso ritrovano la loro garanzia principale ed unica), si deve anche ammettere che, in altri casi, l'impresa potrebbe comunque uscire dallo stato di crisi grazie ad un intervento, pur anche tardivo, che riesca ciononostante ad evitare l'avvio di una procedura di liquidazione giudiziale. Così, ad opinione di alcuni⁵¹⁵, il ritardo nel rinvenimento degli indizi di crisi, pareva profilare gli estremi per configurare un fatto generatore di responsabilità solo qualora avesse impresso allo stato di crisi

⁵¹³ M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, in M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2016, pp. 955 e ss., l'Autrice afferma che, alla luce delle crescente complessità media delle realtà imprenditoriali, il sistema assegna alla responsabilità da *deficit* organizzativo un ruolo non di mera comparsa nelle azioni di responsabilità a carico di amministratori di società in crisi. Perciò si auspica una sempre più rigorosa applicazione dei mezzi di prova, per rendere la struttura del giudizio intorno alla responsabilità per *deficit* organizzativo idonea a tutelare i diversi interessi coinvolti, pur senza scadere nell'imputazione di responsabilità oggettiva priva del vaglio sulla sussistenza del nesso causale.

⁵¹⁴ La disciplina precedente alla Riforma contemplava già tutti i presupposti per poter fondare una responsabilità da mancata tempestiva rilevazione dei sintomi tipici di crisi: il riferimento- lo si ricorda- è alla disciplina sull'adeguatezza degli assetti, a quella sulle perdite qualificate di capitale sociale e sull'atteggiarsi della gestione dopo il verificarsi di una causa di scioglimento. Tuttavia, non costituendo il dovere di tempestiva rilevazione un obbligo specificamente imposto *ex lege* agli organi sociali, ma dovendo essere esso desunto da altre norme del sistema, si imponeva la necessità che le condotte degli organi sociali rappresentassero un adempimento ai suddetti obblighi positivizzati. In altre parole, il tardivo rilevamento della crisi doveva passare per il *medium* dell'inadempimento agli obblighi di adeguatezza degli assetti, di ricapitalizzazione-liquidazione, di gestione conservativa, ecc.

⁵¹⁵ Si veda, *ex multis*, S. SANZO, *La responsabilità nella (e per la) crisi*, in M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Torino, 2016, p. 1040.

i connotati dell'irreversibilità, così da determinare "pregiudizi diffusi"⁵¹⁶: era necessario che tale condotta fosse stata idonea ad imprimere alla crisi i caratteri dell'irreversibilità, trasformandola di fatto in insolvenza.

Lo scenario subisce un mutamento a seguito dell'introduzione, ad opera del nuovo Codice, di una serie di obblighi specifici di rilevazione tempestiva della crisi e di predisposizione e implementazione di adeguati assetti. Quest'ultimo, in particolare, costituendo un dovere strumentale a contenuto indeterminato, soggetto alla *Business Judgement Rule*, che può fungere da indizio di altri inadempimenti o agevolarne il compimento (non dissimilmente dalla mancata tenuta delle scritture contabili) fa sorgere non pochi dubbi circa la possibilità di affermare che l'inadempimento al medesimo sia *ex se* idoneo a far sorgere responsabilità. In ogni caso- si badi- sarebbe necessaria l'allegazione dell'aver cagionato un danno che sia eziologicamente connesso a tali condotte, in ossequio alle regole basilari dettate per la responsabilità civile. La natura del danno risarcibile pare non essere più relegata negli angusti limiti sopracitati: non si richiederà, infatti, che la situazione di crisi arrivi, per causa delle condotte dei gestori, ad un punto di non ritorno, potendo bastare un semplice aggravamento della stessa. Inoltre, a seguito dell'introduzione di quel compendio di obblighi di collaborazione e reazione, che si impongono agli amministratori in sede di procedure di allerta, aumentano i possibili fatti generatori di responsabilità nella fase successiva a quella della rilevazione della crisi, vale a dire in quella della sua gestione. All'obbligo- già desumibile dall'articolato codicistico- di diligente e consapevole scelta dello strumento maggiormente adeguato al fine del superamento della crisi, si affiancano gli specifici doveri *ex art. 14, comma 2, C.C.I.I.* Qualora, infatti, gli amministratori omettessero di dare tempestiva e adeguata risposta, a fronte della comunicazione loro inviata dagli allertanti interni, ovvero si esimessero dall'adottare nei successivi sessanta giorni le misure idonee a permettere il superamento della crisi, potrebbero essere ritenuti responsabili per un eventuale aggravamento dello stato di salute dell'impresa (nonché, più in generale, per ogni danno causalmente derivante da tali condotte). Lo stesso vale per le condotte di mancata cooperazione con l'Organismo di composizione della crisi d'impresa, le quali si possono, per esempio, concretare nel non dar seguito alle indicazioni dallo stesso fornite ovvero nel rifiuto di sottoporsi alla procedura di risoluzione concordata. Similmente, agli amministratori verrà imputato il danno da aggravamento del dissesto qualora esso sia derivante dall'omessa regolazione del debito con i creditori pubblici qualificati, pur dopo essere stati informati da parte degli stessi della possibilità di saldarlo, evitando così la segnalazione all'OCRI, a mezzo della comunicazione dagli stessi loro inviata (vedi *supra*, par: 6.1).

Una posizione delicata è anche quella ricoperta dai sindaci e dai revisori legali, i quali, in qualità di soggetti, insieme, legittimati e tenuti a "lanciare l'allerta" potrebbero essere indotti ad un avvio troppo disinvolto o addirittura intenzionalmente e consapevolmente immotivato della corrispondente procedura. Il rischio è quello di dar vita ai c.d. "falsi positivi", che, molto spesso, vengono generati per il solo fatto di volersi avvalere dell'esenzione (di cui *supra*, par: 6.3). La posizione della società non rimarrà indenne sotto il peso di tali

⁵¹⁶ S. SANZO, *La responsabilità nella (e per la) crisi*, in M. IRRERA (a cura di), *op. cit.*, Torino, 2016, pp. 1031 e ss.

condotte ed è molto probabile che essa subisca dei danni; si pensi, *in primis*, ai danni cagionabili all'immagine sociale (vedi infra, par: 7.2), cui si affianca l'eminente pericolo di sclerotizzare l'attività d'impresa, introducendo nella vita sociale un'inevitabile cesura- data dall'avvio della procedura appunto- che rischia fattualmente di ingenerare quelle stesse difficoltà che gli allertanti interni avevano fittiziamente affermato sussistere per suffragare l'avvio dell'allerta e l'adizione dell'OCRI.

Interessante, sul punto, è il confronto con l'ordinamento francese, nel quale, mancando una specifica previsione sanzionatoria che intercetti le condotte negligenti tenute da parte dei *Commissaires aux Comptes* in sede di avvio delle *procédures d'alerte*, non si può che chiamare in causa la norma generale ex L. 822-17 *Code de Commerce*⁵¹⁷. Esso prescrive che la condotta di avvio della procedura, in mancanza del presupposto oggettivo, venga punita solo se dolosa, ovvero solo nel caso in cui i legittimati attivi abbiano intenzionalmente fatto scattare l'allerta per recare un danno alla società. Inoltre, detti soggetti si ritengono responsabili anche in caso di omissione dell'allarme e in caso di attivazione tardiva (dovuta, per esempio, ad una negligenza nel porsi nelle condizioni e capacità di rilevare la sussistenza del presupposto oggettivo), sulla scorta del fatto che, quello all'avvio della procedura, non costituisce una mera facoltà ma un potere-dovere che incombe sugli stessi al verificarsi dei richiesti presupposti⁵¹⁸ (vedi *supra*, par: 5.5.1).

Sarà proprio nei contesti di colpa per aver cagionato o aggravato il dissesto che rileverà il novellato art. 2486 cod. civ., il quale si fa teca della positivizzazione dei criteri presunti di quantificazione dei netti patrimoniali e del *deficit* fallimentare (vedi *supra*, par: 4.4.5).

7.2 Danno all'immagine commerciale

Storicamente, in dottrina, si sviluppò un ampio dibattito intorno all'attribuibilità dei diritti della personalità anche a soggetti collettivi, quale certamente è un'impresa⁵¹⁹. Quest'ultima nozione- si è detto- merita di essere

⁵¹⁷ Vedi *supra*, par: 5.5.2.

⁵¹⁸ L. BENEDETTI, *Le procedure d'allerta*, cit., in www.rivistaodc.eu, pp. 17-18, l'Autore, citando una sentenza della Corte di Cassazione francese del 1993, dà conto del fatto che la responsabilità dei *Commissaires aux Comptes* viene solitamente valutata in modo molto lasco dai giudici transalpini, per esempio non qualificando come colposa l'iniziativa di attivare la procedura nemmeno in costanza della totale inesistenza di tutti i fatti suscettibili di mettere in pericolo la continuità dell'impresa, si veda *Cour de cassation, Chambre commerciale*, 03-12-91, n. 488, testo completo disponibile su www.legifrance.gouv.fr.

⁵¹⁹ App. Milano, 29-09-04, con nota di C. M. CASCIONE, *Note in tema di contratto di licenza di marchio*, l'Autrice offre una dettagliata panoramica delle varie impostazioni che tradizionalmente si sono affiancate nel tentativo di dare una risposta al problema dell'attribuibilità dei diritti della personalità anche a soggetti collettivi, precisando che esse "risentono delle teorie generali in tema di personalità giuridica". Innanzitutto si menzionano i fautori della "teoria della realtà", i quali ritengono, in linea di principio, che le persone giuridiche possano essere titolari di diritti della personalità, salvo i limiti fattualmente imposti dalla loro natura, inevitabilmente diversa da quella delle persone giuridiche (l'Autrice cita: A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in A. CICU, F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1982, pp. 45-46). Al contrario, quanti concepiscono le società siano come una mera finzione giuridica, si trovano costretti a postulare l'ascrizione dei diritti della personalità in via mediata ai soci *uti singuli* (l'Autrice cita: F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile (artt. 11-35)*, Bologna-Roma, 1969, pp. 60 e ss. Infine, si fa menzione della tesi avanzata

intesa “non soltanto come insieme di elementi patrimoniali, ma come un complesso ordinato di rapporti e di situazioni che le attribuiscono uno *status* particolare distinto dalla posizione o situazione patrimoniale”⁵²⁰. Le imprese, perciò, possono subire sia danni patrimoniali, tranquillamente risarcibili, sia danni non patrimoniali. I primi (previsti dall’art. 2043 cod. civ.), si concretano esclusivamente in una conseguenza di carattere economico derivante da un fatto illecito. I secondi (così come enucleati dall’art. 2059 cod. civ.) ricomprendono sia il danno morale in senso soggettivo (vale a dire il perturbamento dell’animo del danneggiato, derivante dall’illecito subito, che può ben configurarsi quando chi ha subito il danno è una persona fisica, ma che difficilmente potrà affermarsi sussistente con riferimento a una persona giuridica, per sua natura priva di una sfera psichica in cui detto sconvolgimento possa innestarsi) sia i danni patrimoniali non di natura economica (come, ad esempio, il danno per la lesione di una situazione giuridica riconducibile a diritti fondamentali della persona)⁵²¹.

Tale dicotomia aiuta a comprendere come molti meno problemi sorgano quando ci si trova alle prese con un danno di tipo patrimoniale: esso è da sempre fonte di risarcimento sia per le persone fisiche sia per le persone giuridiche. Tuttavia, molto spesso il “danno all’immagine commerciale” non si traduce in un pregiudizio economico: ciò impone di classificarlo come danno non patrimoniale, da intendersi come categoria comprensiva di ogni lesione della sfera giuridica dell’individuo pur non traducendosi in una perdita patrimoniale, bensì in una mera offesa all’onore o alla reputazione di un soggetto. Ed invero, maggiori sono le difficoltà che sorgono all’atto di decidere la configurabilità del suo risarcimento a favore di soggetti dotati di personalità giuridica. Infatti, la norma che disciplina il danno non patrimoniale (art. 2059 cod. civ.), e soprattutto le interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali che ne furono date, paiono prendere come riferimento la persona fisica. Ciononostante, la Cassazione ha più volte sottolineato che non è preclusa la risarcibilità del danno non patrimoniale anche a vantaggio delle persone giuridiche⁵²². Per ricondurre a razionalità il sistema, tuttavia, si rende necessaria un’operazione di ridefinizione e reinquadratura della nozione di danno non patrimoniale, per adeguarne i contorni alla circostanza in cui chi lo patisce abbia natura diversa da quella di persona fisica.

da Zoppini (in A. ZOPPINI, *I diritti della personalità delle persone giuridiche (e dei gruppi organizzati)*, in *Riv. Dir. Civ.*, fasc. 6, 2002, pp. 851 e ss.), la quale- definita come una “efficace reimpostazione del problema”- raccomanda di armonizzare i diritti della personalità delle persone giuridiche con le regole che ne governano la vita nel mondo dei traffici commerciali. Così, in capo alle persone giuridiche- da intendersi come centri di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive- l’ordinamento fa sorgere interessi meritevoli di tutela, che però si atteggiavano in modo peculiare, in ragione della particolare ontologia delle persone giuridiche (se messe a confronto con le persone fisiche). Per una recente e accurata disamina dei singoli diritti della personalità spettanti alle persone giuridiche, si veda: A. FUSARO, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, in G. ALPA, G. ZATTI, *Biblioteca giuridica* raccolta, Padova, 2002.

⁵²⁰ App. Milano, 29-09-04, con nota di C. M. CASCIONE, *Note in tema di contratto di licenza di marchio*, cit.

⁵²¹ Cass. Civ., 04-06-07, n. 12929, in *Danno e resp.*, 2007, pp. 1236 e ss.

⁵²² Cass. Civ., 10-07-91, n. 7642, in *Giust. Civ.*, 1991, vol. I, p. 1995, nella quale la Suprema Corte afferma che qualora l’ente subisca una lesione a beni immateriali (come l’onore, la reputazione, l’immagine commerciale) avrà diritto ad ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale a prescindere dalla sofferenza psicologica, ma sulla base dell’obbiettiva offesa alle posizioni suddette.

In quest'ottica, dunque, il danno non patrimoniale smette di essere inteso come mero danno morale soggettivo o peggio- danno biologico. Questi, infatti, pativano il limite di essere configurabili solo in presenza di un coinvolgimento psicologico in termini di patema d'animo *et similia*- come detto- difficilmente riferibili a una persona giuridica. Il danno non patrimoniale, al contrario, comincia ad essere rinvenuto ogniqualvolta vi sia lesione di una situazione giuridica riconducibile ad un qualsiasi soggetto (sia esso persona fisica o giuridica), purché il fatto lesivo incida su diritti che rappresentino l'equivalente di diritti fondamentali della persona umana costituzionalmente garantiti (pur non avendo essi natura economica, ai sensi dell'art. 2 Cost.). Così, da più parti, si sono ritenuti risarcibili, a favore della persona giuridica, i danni conseguenti all'obiettiva offesa dell'onore, della reputazione e dell'immagine commerciale, nonché dell'identità politica, storica e culturale. Posizioni tutte- le predette- *ex se* suscettibili di apprezzamento, poiché riconducibili a diritti garantiti dalla Carta Costituzionale e riferibili anche alle persone giuridiche, con gli opportuni adeguamenti⁵²³.

Quanto poi agli aspetti più prettamente processuali, la giurisprudenza di merito e di legittimità è ormai concorde nel ritenere che il danno in esame non sia un danno-evento (rappresentato dal fatto in sé della lesione), bensì un danno-conseguenza (ossia un accadimento che si ricollega alla lesione della situazione protetta sulla base di un nesso causale). Perciò la prova dell'esistenza del nesso di causalità è posta a carico del danneggiato stesso, il quale deve dimostrare anche l'ammontare del danno, che poi verrà liquidato in via equitativa (ai sensi dell'art. 1226 cod. civ).

Il pericolo di ledere la reputazione commerciale assume una connotazione particolare e centrale con riguardo alle procedure di allerta e in generale ai tentativi di emersione anticipata della crisi di impresa⁵²⁴. L'immagine di

⁵²³ Trib. Milano, 22-11-01, *non visti*, ma citata in Cass. Civ., 10-05-17, n. 11446, disponibile su www.forumiuris.it; Trib. Roma, 14-05-13, n. 10376, *non visti*, ma citata in Cass. Civ., 10-05-17, n. 11446, disponibile su www.forumiuris.it; Cass. Civ., 10-05-17, n. 11446, disponibile su www.forumiuris.it, nella quale la Corte afferma che "il pregiudizio arrecato ai diritti immateriali della personalità costituzionalmente protetti, tra cui appunto quello all'immagine, può essere oggetto di allegazione e di prova anche attraverso l'indicazione degli elementi costitutivi e delle circostanze di fatto da cui desumerne, sebbene in via presuntiva, l'esistenza". Dette lesioni ai diritti immateriali non colpiscono direttamente un valore patrimoniale, bensì si appuntano esclusivamente a danno di altre e diverse posizioni pur garantite dal legislatore, financo a livello costituzionale, che in quanto tali, dunque, trovano in qualche modo riscontro e ristoro in una valutazione economica (seppur equitativa).

⁵²⁴ Le procedure di allerta sono un istituto particolarmente nuovo per il nostro ordinamento. Questa circostanza implica che, tradizionalmente, le elaborazioni dottrinali non tennero conto della possibilità di ledere la reputazione commerciale in queste circostanze specifiche. Elaborando classificazioni di più ampio respiro, per esempio, taluni in dottrina avanzarono la distinzione tra atto di discredito e atto denigratorio. Il primo colpisce la reputazione personale dell'imprenditore, ledendo l'interesse di questi a che non vengano diffusi riferimenti personali negativi, anche se veritieri, attinenti alle proprie capacità imprenditoriali. Si appunta che la diffusione di notizie su un possibile stato di crisi dell'impresa non dovrebbe ormai più incidere sulla levatura delle capacità imprenditoriali dello *chef d'entreprise* stante il mutamento di concezione che ha interessato la materia giusconcorsualitica nell'ultimo periodo e il notorio passaggio da un'impostazione in cui fallisce l'imprenditore (soggettiva) ad un'ottica in cui fallisce la comune intrapresa (oggettiva). Il secondo, invece, è rivolto ai prodotti dell'impresa, che colpisce l'interesse a che non vengano screditati o sviliti i propri prodotti, anche in assenza di riferimenti personali negativi, in G. ALPA, M. BESSONE, V. CARBONE, *Atipicità dell'illecito, vol. II Diritti della personalità e danno morale*, Milano, 1993, pp. 193-195. Quanto agli interessi lesi, il primo si pone

un'impresa, infatti, si esprime ed estrinseca anche nella considerazione che di questa hanno i consociati o, più nello specifico, le singole platee di soggetti alle quali la società si rivolge (si pensi ai fornitori, agli istituti di credito, alla clientela, ecc.). Così, non ci si stupisca se le Corti accordano di risarcire i danni derivanti da una diminuzione della considerazione della persona giuridica, causata, per esempio dall'utilizzo, mezzo stampa, di qualsivoglia espressione che non sia frutto di un dissenso ragionato o di una critica (le quali, invece, costituirebbero esplicazione del diritto d'espressione costituzionalmente garantito in capo al proferente), bensì solo di un'aggressione gratuita e distruttiva⁵²⁵. In particolare, un danno all'immagine commerciale della società potrebbe configurarsi nel caso in cui i membri dell'OCRI non rispettino l'obbligo di segreto che su di loro incombe ai sensi dell'art. 5 del C.C.I.I. Detti soggetti, infatti, sono in possesso di cruciali e delicate informazioni, *ex alia* inerenti allo stato di difficoltà in cui versa la società. Tali dati sono loro forniti principalmente dal debitore, tenuto ad un diligente adempimento degli obblighi informativi che su di esso gravano alla luce delle norme del c.d. "codice etico", il quale impone (segnatamente *ex art. 4, comma 2, C.C.I.I.*) di "illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente" (vedi *supra*, par: 6.2.4). Nonostante testualmente si individuino i destinatari di tali notizie nelle figure dei creditori che- si dice- meritano di vedersi fornite "tutte le informazioni necessarie e appropriate allo strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza", la sede in cui tutto ciò avviene non può che essere quella delle stanze dell'OCRI, stante l'*incipit* della norma che, al suo primo comma, precisa che tali obblighi si impongono al debitore "nell'esecuzione degli accordi e nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza e durante le trattative che le precedono". Così, qualora i soggetti che operano in seno all'OCRI non prestassero ossequio al principio di riservatezza nel trattare

come espressione del diritto assoluto alla tutela dell'onore, che spetta all'imprenditore come a qualsiasi altro soggetto; il secondo, invece, deve essere inteso come riflesso della generale libertà di iniziativa economica privata, considerata sotto il particolare angolo di visuale dell'interesse patrimoniale a non veder diminuito il proprio volume di affari e di guadagni a causa di altri soggetti, in A. GIULIANI, *La tutela aquiliana della reputazione economica*, in *Contr. e impr.*, 1985, pp. 80-82, *non vidi* ma in G. ALPA, M. BESSONE, V. CARBONE, *Atipicità dell'illecito*, vol. *II Diritti della personalità e danno morale*, Milano, 1993, pp. 193-194.

⁵²⁵ Fra le molte pronunce di merito si citano: Trib. Cassino, 25-03-14, n. 319, disponibile su www.ilcaso.it; Trib. Milano, 16-10-08, n. 12155 *non vidi*, ma citata in Cass. Civ., 10-05-17, n. 11446, disponibile su www.forumius.it. In entrambi i casi, i giudici evidenziano che il danno, in concreto, può configurarsi sia sotto il profilo dell'incidenza negativa che la diminuzione della considerazione comporta nell'agire delle persone fisiche, che operano negli organi della società o dell'ente (anche di una pubblica amministrazione), e nell'agire dell'ente sia nella minor considerazione del soggetto tra i consociati. Inoltre, si può affermare che il danno per violazione dell'immagine commerciale dell'impresa colpisce direttamente non solo la persona giuridica in sé, bensì anche i singoli membri della stessa, soci compresi. Questi ultimi patiscono (qui potenzialmente anche a causa della condotta di un terzo nei confronti della società) un danno diretto, perciò risarcibile. Per un riferimento dottrinale sul tema, si veda: G. ALPA, M. BESSONE, V. CARBONE, *Atipicità dell'illecito*, vol. *IV Lesione del credito, Tutela del consumatore, Responsabilità del professionista, Illecito della P.A.*, Milano, 1993, pp. 171-181, ni cui il danno derivante dalla circolazione di informazioni economiche inesatte viene definito come una "specificazione nel campo dei rapporti economici del più generale problema della circolazione di informazioni inesatte". Inoltre, si afferma con fermezza che chi ha subito un danno ingiusto a seguito dell'impiego di notizie economicamente rilevanti, soprattutto se errate e se fornite da un esperto del settore (capace in quanto tale da risultare persuasivo ed affidabile agli occhi di soggetti terzi, recettori di tali notizie).

la questione che è stata loro sottoposta, alto sarebbe il rischio di una fuga di notizie e altrettanto probabile quello di perpetrare un danno all'immagine della società, mediante l'instaurazione di un clima di sfiducia nelle capacità della stessa di rimanere proficuamente operante sul mercato. Come già in parte esemplificato: futuri clienti potrebbero decidere di interfacciarsi con differenti controparti contrattuali, non versanti in una condizione di difficoltà; fornitori abituali- e magari "chiave"- potrebbero scegliere di non rinnovare i contratti di fornitura, nel timore di non ricevere tempestivamente i pagamenti dovuti e di veder in futuro falciato il loro credito per via della sottoposizione della società ad una procedura concorsuale; ecc. A rendere ancor più delicata la questione, si pone l'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra le esigenze di riservatezza e la necessità di fornire ai membri dell'OCRI le informazioni necessarie per le loro determinazioni: in soccorso, aggiunge la facoltà accordata ai sindaci di derogare al divieto di divulgazione di notizie riservate (ex art. 2407, comma 1, seconda parte, cod. civ.)⁵²⁶.

Per concludere, è bene che ci si ponga un interrogativo di non facile risoluzione: il danno all'immagine commerciale sarà risarcibile solo nel caso in cui le notizie di cui si è data diffusione siano false e/o infondate, e perciò fatte circolare con il mero scopo di ledere alla società, ovvero anche nel caso in cui le informazioni rivelate coincidano, in ultima analisi, con fatti veri, seppur non risaputi in quanto custoditi, sino a prima dell'avvio della procedura dinanzi all'OCRI, nelle segrete stanze sociali? Mancano, ad oggi, riferimenti giurisprudenziali, ed invero anche dottrinali, capaci anche solo di illuminare un possibile tentativo di risposta. A fronte di tale lacuna, pare potersi azzardare la proposta di considerare risarcibile anche il danno cagionato dalla diffusione di informazioni veritiere, sulla scorta della considerazione per cui la falsità dei dati non è un elemento costitutivo della condotta di rivelazione indebita delle informazioni riservate possedute. In altre parole, per quanto si possa effettivamente scorgere un maggiore grado di colpevolezza in caso di diffusione di informazioni, che lo stesso sa per certo essere infondate, non si può negare che qualunque notizia, vera o falsa che sia (che viene fatta circolare laddove, al contrario, ci si doveva adoperare per mantenerla riservata) può integrare gli estremi di un danno all'immagine commerciale in quanto tale risarcibile.

Diverso è invece il caso in cui vengono divulgate false notizie che sono tali per via della falsità di attestazioni ovvero per la redazione e divulgazione di documenti falsi (condotte queste che, in ogni caso, sono idonee a generare ex se un obbligo risarcitorio, benché chi si dice leso dalle stesse debba allegare la prova del danno, nonché del nesso causale). Stante la perniciosità di tali condotte, il legislatore ha deciso di introdurre, accanto alla rilevanza civilistica in sede di azioni di responsabilità, anche una fattispecie di responsabilità penale:

⁵²⁶ Per una dettagliata analisi del divieto si veda P. BOSTICCO, *op. cit.*, Milano, 2009, pp. 320 e ss. L'Autore considera che "quella della divulgazione di notizie riservate è forse l'unica ipotesi di responsabilità del singolo componente del collegio sindacale, reo di un comportamento che non postula affatto la compartecipazione neppure colposa degli altri sindaci". La funzione di sindaco non si pone come fonte dell'obbligo violato ma solo come presupposto di fatto, da cui la conclusione per cui si può affermare che chiunque può essere ritenuto responsabile se, venuto a conoscenza di notizie riservate a causa di un particolare rapporto con un altro soggetto, le divulga o utilizza a proprio vantaggio. Vedi *supra*, per l'ordinamento italiano, par: 4.4.3 e par: 6.5 e, per l'ordinamento francese, par: 5.5.2.

l'art. 2621 cod. civ.- rubricato "false comunicazioni sociali"- punisce le condotte tenute da amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci e liquidatori, che (con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico e al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto) espongono (nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali previste dalla legge, dirette ai soci o al pubblico) fatti materiali non rispondenti al vero ovvero omettono informazioni la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, in modo idoneo ad indurre in errore i destinatari sulla predetta situazione. Emerge qui, fra le altre, la funzione, attribuita al collegio sindacale e al revisore legale, di tutela del legittimo affidamento dei soci e dei terzi rispetto alla correttezza non solo dell'agire sociale ma anche della rappresentazione contabile di tale attività. I sindaci dunque, insieme ai revisori, sono investiti di una funzione di garanzia dell'attendibilità dei documenti sociali, come emerge, per i primi dal richiamo all'obbligo di verità nelle attestazioni (fatto dall'art. 2407, comma 1, cod. civ.) e per i secondi dalla definizione del perimetro di ciò che si intende per funzione di controllo contabile, che comprende anche la verifica della veridicità e della correttezza delle poste di bilancio e, più in generale, della contabilizzazione dei fatti gestori⁵²⁷.

8. I problemi aperti

La disciplina contenuta nel Codice della crisi è notoriamente di recente introduzione; da ciò deriva l'inopportunità dell'atteggiamento di quanti si dimostrino desiderosi tirare conclusioni affrettate di critica o di elogio di quanto fatto dal legislatore, lasciando il tempo alla disciplina di operare, di farsi diritto vivente, di costituire attorno a sé una prassi. Ciò è a maggior ragione necessario con riguardo alle procedure di allerta. Queste ultime, infatti, a differenza di altri istituti di diritto fallimentare che hanno semplicemente subito, per opera del nuovo Codice, delle modificazioni (puntuali ovvero generali e di sistema), sono state molto più prepotentemente- introdotte totalmente *ex novo* nel nostro ordinamento, che prima non le conosceva, se non nelle veste di modelli cui guardare e di cui leggere nei libri di diritto comparato. Si è quindi deciso di concludere questo lavoro esponendo due tematiche- quella della confidenzialità e quella del ruolo dei soci di s.r.l. prive di organo di controllo interno- che hanno destato in chi scrive un particolare interesse e una fervente curiosità. Lo scopo è quello di fornire alcuni spunti di riflessione e di mostrare come, per sua natura, il diritto positivo non possa, di per se stesso, dar risposta a tutti gli interrogativi che il diritto vivente pone all'attenzione degli interpreti. Si auspica pertanto che su dette tematiche si sviluppi un ampio dibattito tra gli operatori giuridici di settore, sembrando essere le medesime assai meritevoli di approfondimento e di attenzione.

8.1 La confidenzialità

Sin dalle prime righe dell'art. 4 della Legge delega n. 155 del 2017 (poi recepito nell'art. 12, comma 2, del C.C.I.I.), il legislatore enuncia, con limpidezza,

⁵²⁷ P. BOSTICCO, *op. cit.*, Milano, 2009, pp. 326 e ss.

che le procedure di allerta devono essere votate al crisma della confidenzialità⁵²⁸. Ad esse, inoltre, viene impressa una natura non giudiziale, stante la consapevolezza di quale peso ebbero le problematiche ruotanti intorno al ruolo da attribuirsi all'Autorità Giudiziaria nel fallimento dei precedenti tentativi di introdurre meccanismi di tal sorta: le procedure si svolgono perciò al di fuori del controllo e della vigilanza dei Tribunali⁵²⁹ (vedi *supra*, par: 3 e par: 4.5).

Prima che le misure di allerta venissero introdotte, la sede sola e unica in cui ci si adoperava per il rilevamento e superamento delle crisi aziendali era quella endosocietaria. Anche in questi frangenti, emergeva con forza l'esigenza di assicurare la riservatezza delle scelte prese e delle consapevolezze assunte da quanti ricoprivano ruoli all'interno degli organi sociali di amministrazione e controllo. I baluardi a difesa della confidenzialità, all'epoca, si potevano rinvenire con riguardo agli art. 2381, comma 5, cod. civ. (che stabilisce che "l'amministratore risponde altresì dei danni che siano derivati alla società dalla utilizzazione a vantaggio proprio o di terzi di dati, notizie o opportunità di affari appresi nell'esercizio del suo incarico") e art. 2407, comma 1, seconda parte, cod. civ. (attribuente ai sindaci il dovere di "conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio"). Alla luce di dette norme, ma nella costante necessità di contemperare il rispetto dei canoni generali in tema di attribuzione della responsabilità civile, gli organi societari potranno essere ritenuti responsabili solamente qualora si riuscirà a dimostrare la sussistenza del nesso causale intercorrente tra la loro condotta e il danno

⁵²⁸ M. PERRINO, *Crisi di impresa*, cit., in *Corriere giuridico*, fasc. 5., 2019, pp. 653-670, l'Autore fa notare che "tanto l'audizione quanto a monte la stessa modalità di convocazione del debitore, devono più in generale rappresentare secondo gli intenti della riforma "caratteristiche salienti delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi" (vedi Relazione alla legge delega, p. 13, disponibile su http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0053_F001.pdf&leg=XVIII), giustificando fra l'altro la loro collocazione al di fuori dei tribunali, onde vincere la naturale riluttanza dell'imprenditore ad avvalersi di tali procedure per il timore di generali e perniciosi allarmi sulla salute dell'impresa, i quali valgono per ciò stesso ad incanalare verso un'insolvenza che, stando alle avvisaglie di crisi ove non indebitamente propalate, sarebbe magari stata evitabile. Su un punto pur così nevralgico della disciplina, tuttavia, nessuna ulteriore regolamentazione di dettaglio si ritrova nel D.Lgs. recante il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, che non va al di là, al pari della legge delega n. 155/2017, del mero enunciato generale ("in via riservata e confidenziale": vedi art. 18, comma 1, CCII), e per di più sfoca il proprio disposto rispetto alla delega legislativa con il parlare di convocazione "per l'audizione in via riservata e confidenziale", così sembrando infelicitemente limitare tali connotati alle modalità della sola audizione".

⁵²⁹ R. RANALLI, *Le procedure di allerta*, cit., in www.ilfallimentarista.it, p. 3, l'Autore enuncia, per completezza, anche una serie di casi in cui la stragiudizialità delle procedure subisce qualche incrinatura e deroga: nel caso in cui vengano richieste dal debitore misure di protezione (ex art. 54 C.C.I.I., in esecuzione dell'art. 4, comma 1, lett. g della Legge delega n. 155 del 2017); in relazione agli obblighi di segnalazione che si impongono all'OCRI, tenuto ad avvisare il PM, nel caso in cui dinanzi al collegio dei tre esperti non individuino misure idonee a superare la crisi e contestualmente accerti lo stato di insolvenza (ex art. 22, comma 1, C.C.I.I., in esecuzione dell'art. 4, comma 1, lett. b della Legge delega n. 155 del 2017), e ad instaurare un dialogo con i creditori pubblici qualificati fornendo loro un elenco nazionale dei soggetti sottoposti alle misure di allerta (ex art. 15, comma 6, C.C.I.I., in esecuzione dell'art. 4, comma 1, lett. i della Legge delega n. 155 del 2017, che più precisamente faceva riferimento all'obbligo di dar notizia a detti creditori pubblici qualificati della conclusione del procedimento di composizione assistita della crisi instaurato dinanzi a sé).

cagionato (del quale pure si dovranno dimostrare l'esistenza e l'ammontare). Ad esempio, si dovrà provare che la mancata osservanza degli obblighi di riservatezza, e la conseguente diffusione di dati riservati, hanno indotto i finanziatori a recedere dal proposito di concedere un ulteriore credito ovvero dall'accordare dilazioni di pagamento. Nonostante la centralità che il legislatore della Riforma del 2019 dimostra di voler dare al tema della confidenzialità, egli non si avventura nel prevedere regole e obblighi puntuali per la fase di allerta interna informale (*i.e.*: la fase di dialogo endosocietario tra organo amministrativo e organo di controllo e/o revisore legale dei conti). Inoltre, pur dettando norme specifiche per la fase in cui l'allerta interna viene rivolta verso l'esterno- vale a dire a partire dal momento in cui la questione viene sottoposta all'attenzione dell'OCRI (al quale si impone che l'audizione del debitore debba avvenire in via riservata e confidenziale *ex art.* 18, comma 1, C.C.I.I.)- sembrano mancare, allo stato dell'arte, concreti meccanismi e specifici presidi volti a darne concreta attuazione e ferma garanzia⁵³⁰.

Così ci si chiede quale sia l'effettiva natura dei richiami alla tanto sbandierata confidenzialità. Per certi versi, parrebbe potersi affermare che il precetto sulla riservatezza delle procedure, costituisca, invero, una mera norma programmatica, quasi un simbolo e un'effigie di cui la Riforma si adorna per attrarre la fiducia dei suoi principali destinatari ed interlocutori- gli imprenditori- ed indurli a non sottrarsi alle procedure da essa proposte e presentate come occasione imperdibile per cogliere i segnali di difficoltà al tempo della loro prima epifania e superare in modo più agevole e proficuo la crisi. È indubbio, infatti, che il paradigma della confidenzialità sia tanto caro al legislatore per via della conformazione che egli ha deciso di dare al presupposto oggettivo, in presenza del quale dare avvio alle procedure di allerta: coincidendo esso con la rilevazione in via anticipata di "fondati indizi di crisi", si voleva assicurare l'imprenditore, al fine di indurlo a non rifuggire le procedure, bensì, al contrario, a sfruttarle come utile ausilio nel superamento tempestivo della propria crisi. Dunque, è a tal fine che i meccanismi dell'allerta vengono descritti come una sorta di dialogo fra imprenditori ed esperti, privo di valenze pubblicistiche e protetto da eventuali fughe di notizie. Quello della confidenzialità, perciò, è un punto sul quale il legislatore pone l'accento, essendo ben consapevole degli ingenti- e già citati- danni (potenzialmente tali da pregiudicare la capacità dell'impresa di stare sul mercato) che potrebbero discendere dal decadimento reputazionale cagionato da una claudicante garanzia della confidenzialità del procedimento⁵³¹. Ma, calandosi nel concreto ed abbandonando, per un attimo, l'idea che quella architettata dal legislatore non sia altro che una "frode delle etichette"⁵³² per soverchiare gli imprenditori, ci si deve interrogare su quali siano- se esistono- i presidi introdotti per assicurarne il rispetto. Manca infatti, al presente, una specifica declinazione della responsabilità che potrebbe sorgere a carico

⁵³⁰ G. BERLOTTI, *op. cit.*, Torino, 2017, pp. 194 e ss

⁵³¹ R. RANALLI, *Le procedure di allerta*, cit., in www.ilfallimentarista.it, pp. 3-4.

⁵³² Il termine viene preso in prestito dai commentari di diritto penale: quando nel 2001 fu varato il Digs. n. 231 sulla responsabilità amministrativa da reato degli enti, non pochi interpreti affermarono la natura solo formalmente amministrativa e sostanzialmente penale della responsabilità introdotta. La *ratio* alla base della denominazione scelta era riconducibile, per opinione dei più, alla volontà di assicurare i soggetti destinatari del nuovo *corpus* normativo.

dell'Organismo e di tutti coloro che siano venuti a conoscenza di informazioni confidenziali (primi fra tutti i creditori pubblici qualificati), di fronte ad una violazione degli obblighi di segreto. L'unico appiglio normativo che pare potersi scorgere è rappresentato dal segreto professionale, cui i membri dell'OCRI e del collegio di esperti sono tenuti ai sensi dell'art 5 C.C.I.I., che consente perciò di ritenerli responsabili per aver posto in essere condotte difformi a tale canone ed eventualmente chiedere, fra gli altri, il risarcimento del danno perpetrato all'immagine commerciale, ove ne sussistano i presupposti (vedi *supra*, par: 7.2). non c'è traccia nemmeno di specifiche linee guida per orientare gli operatori che saranno chiamati a mettere in pratica le procedure medesime⁵³³.

Per concludere, si dà conto degli interessanti spunti forniti dall'analisi di due ordinamenti stranieri (Francia e Belgio), *in parte qua* considerati e analizzati. La legislazione francese, che, in merito al tema dell'allerta, desta grande interesse nei fallimentaristi poiché costituisce- come detto- il principale modello cui il nostro legislatore ha rivolto lo sguardo. Il Code de Commerce, in nessun punto si propone di assicurare una assoluta confidenzialità delle *procédures d'alerte*⁵³⁴, probabilmente per via del preponderante ruolo conferito all'Autorità Giudiziaria (segnatamente nella figura del *Président du Tribunal*, vedi *supra*, par: 5.3)⁵³⁵. Discorso analogo vale per il Belgio, dove si parla al massimo di *huis-clos* (corrispettivo del nostro "procedimento a porte chiuse in camera di consiglio"), presso le *Chambres de entreprises en difficulté*⁵³⁶.

8.2 Come dare avvio alla procedura nelle s.r.l. sottosoglia che non si dotano di organo di controllo?

Dal dato normativo (vedi artt. 13 e ss. del C.C.I.I.) emerge in modo cristallino come gli organi di controllo- intesi in senso ampio e dunque riferendosi sia al collegio sindacale sia ai revisori legali- costituiscano, per molti aspetti, la chiave di volta del sistema dell'allerta. Si deve considerare infatti che, da un lato, i meccanismi di allerta esterna faticheranno ad esplicitarsi nel pieno delle loro potenzialità (vedi *supra*, par: 6.1) e che, dall'altro, accanto ai creditori pubblici qualificati, il legislatore colloca i soli sindaci e revisori come soggetti deputati a far suonare le campane dell'allerta. Oltre a ciò, si deve anche dire che la funzione di controllo nelle s.r.l. si atteggia in modo peculiare: dall'entrata in vigore del Codice del 1942 alla riforma societaria del 2003, essa ricalcava l'assetto predisposto per le s.p.a., sulla scorta della convinzione per cui "nell'architettura della *governance* di tutte, indistintamente, le società a matrice capitalistica, partecipate quindi da soci che beneficiano della responsabilità limitata nei

⁵³³ Si spera che il legislatore italiano prenda in considerazione gli spunti forniti dalla prassi d'oltralpe (vedi *supra*, par: 5.6)

⁵³⁴ Vedi *supra*, par: 5.6, in cui si dà conto di come i Francesi affermino, senza troppi giri di parole, che il grado di riservatezza delle procedure diminuisca durante il corso del loro stesso svolgimento.

⁵³⁵ Il principale riferimento normativo si trova all'art. L. 234-1 *Code de commerce*, disponibile su www.legifrance-gouv.fr.

⁵³⁶ *Titre 2, Chapitre 2, art. XX.25, Code de droit économique*, "[...] (3) *L'enquête a lieu à huis clos. Le débiteur comparaît en personne, éventuellement assisté des personnes de son choix [...]*", disponibile su www.ejustice.just.fgov.be, trad. (a cura dell'Autrice): "[...] (3) L'indagine ha luogo a porte chiuse. Il debitore compare personalmente, eventualmente assistito da persone (*reciuts* professionisti) di sua scelta".

confronti dei creditori sociali, la chiave di volta è rappresentata dal controllo [...]”⁵³⁷. Originariamente, infatti, le s.p.a. e le s.r.l. erano concepite come facenti entrambe parte dell’unitario ceppo capitalistico⁵³⁸. Fu poi, con le riforme del 2003-2004, che le strade dei due tipi societari cominciarono a separarsi: la s.r.l. venne finalmente dotata di un autonomo, seppur non tetragono e autosufficiente, complesso di norme incentrate sui rapporti contrattuali tra soci, sulla figura del socio e sulle libertà di forme organizzative. Si aprì, a questo punto, una stagione di incessanti interventi sulla nuova norma dedicata al tema del controllo, l’art. 2477 cod. civ.⁵³⁹. Allo stato attuale, esso si apre, al primo comma, riverendo l’autonomia statutaria e affermando che, al di fuori dei casi di nomina obbligatoria, “l’atto costitutivo può prevedere, determinandone le competenze e i poteri, ivi compresa la revisione legale dei conti, la nomina di un organo di controllo o di un revisore”. Prosegue poi prevedendo tre casi di nomina obbligatoria⁵⁴⁰: qualora la

⁵³⁷ E. PEDERZINI, *I controlli. Sindaco e revisore tra imperatività e facoltatività*, in E. PEDERZINI, R. GUIDOTTI (a cura di), *op. cit.*, Milano, 2018, cit., p. 339.

⁵³⁸ L’allora vigente art. 2488 cod. civ. imponeva la nomina obbligatoria di un collegio sindacale per le s.r.l. in tre circostanze: qualora il capitale sociale fosse uguale o superiore al capitale minimo previsto *ex lege* per le s.p.a. (emerge qui una *ratio* fondata su ragioni di equidimensionalità, che implica l’operare di una presunzione legale per cui all’analogia caratura dimensionale consegue, fra i due tipi societari, un’assimilazione ed un avvicinamento degli interessi meritevoli di tutela); nel caso in cui fossero superati almeno due dei limiti previsti per la redazione del bilancio in forma abbreviata; qualora lo statuto prevedesse la nomina obbligatoria. Detto articolo si chiudeva poi con un rinvio recettizio alle norme disciplinanti il collegio sindacale delle s.p.a. (senza far menzione di alcuna clausola di compatibilità, che invece sarebbe stata oltremodo necessaria, stante l’opportunità di rifuggire qualsiasi trasposizione acritica incurante del modo in cui il tema del controllo si estrinseca nelle s.r.l. Infatti, l’art. 2477 cod. civ. (attuale formulazione) ha come cuore la tematica, praticamente sconosciuta ed inedita in ambito di s.p.a., delle competenze e dei poteri ed è perciò su questo perimetro che si assesta il limite della derogabilità della disciplina azionaria; si veda: E. PEDERZINI, *I controlli. Sindaco e revisore tra imperatività e facoltatività*, in E. PEDERZINI, R. GUIDOTTI (a cura di), *op. cit.*, Milano, 2018, pp. 345-355, in cui si mette, per esempio, in luce come dall’irragionevolezza di una pedissequa recezione dell’impianto azionario dell’organo sindacale derivi l’opportunità di distanziarsi dall’opinione di quanti ritenevano che, laddove la s.r.l. avesse optato per la soluzione collegiale (in deroga al regime dispositivo che di *default* prevede il sindaco unico), sarebbe anche stato necessario che la stessa strutturasse il collegio in ossequio alle regole del regime azionario: una “compagine rigida, formata da tre o cinque membri, accanto a due supplenti”. (cit., p. 345).

⁵³⁹ In una prima fase si affermò che, laddove non diversamente disposto dallo statuto, il collegio sindacale dovesse effettuare anche il controllo contabile (con la necessità conseguente che tutti i sindaci fossero anche iscritti all’albo dei revisori legali). Poi, nel 2012, si fissò come regola dispositiva (derogabile da espressa previsione statutaria nel senso della collegialità) che l’organo di controllo fosse monocratico (c.d. sindaco unico), in E. PEDERZINI, *I controlli. Sindaco e revisore tra imperatività e facoltatività*, in E. PEDERZINI, R. GUIDOTTI (a cura di), *op. cit.*, Milano, 2018, pp. 339-344.

⁵⁴⁰ Scompare, invece, ad opera dell’entrata in vigore del Dlgs. n. 39 del 2010, la nomina obbligatoria in caso di capitale sociale uguale o superiore a quello minimo stabilito per le s.p.a. Nell’ambito del regime di controllo obbligatorio, si palesa poi un’ulteriore annosa questione da dipanare: è possibile scegliere tra sindaco unico (o collegio sindacale) e revisore legale (o società di revisione) ovvero l’obbligatorietà si esplica anche nel senso di imporre la necessaria compresenza di entrambi gli organi? La presenza *ex littera legis* di una congiunzione avversativa (“o”) farebbe presumere la sussistenza di una totale potestà di scelta tra i due organi, lasciando liberi i soci di autodeterminare se istituirli entrambi o se scegliere solamente fra uno dei due. Ciononostante, non si deve mai perdere di vista il divario che intercorre tra sindaci e revisori e tra i due tipi di controllo dai medesimi svolto. Come già si è esposto in questo lavoro, infatti, come regola generale, mentre ai sindaci si affida il controllo di legalità sostanziale sulla gestione, i

s.r.l. sia tenuta alla redazione di bilancio consolidato essendo *holding* di un gruppo, qualora la s.r.l. controlli una società tenuta obbligatoriamente alla revisione legale dei conti (la *ratio* qui è di natura antielusiva) e laddove la s.r.l. superi, per due esercizi consecutivi, almeno due dei limiti enunciati all'art. 2435-*bis* cod. civ. (inerente alla possibilità di redigere il bilancio in forma

revisori sono deputati alla revisione legale dei conti. Detto ciò, anzitutto si deve notare che esiste almeno un caso in cui la nomina di entrambi gli organi si impone con imperatività: le s.r.l. tenute alla redazione del bilancio consolidato, infatti, necessitano anche della presenza di un revisore legale dei conti, che si affianchi all'organo di controllo interno sulla gestione (sindaco unico o collegio sindacale), dal momento che la possibilità di affidare ai sindaci il compito di revisione contabile è confinata proprio al di fuori delle ipotesi di obbligatoria redazione del bilancio consolidato; in tali casi, invero, potendosi liberamente affidare la funzione di controllo contabile anche al sindaco, non sembrano esserci ostacoli all'alternatività opzionale di nomina. Si fa notare come, pur nei casi in cui la scelta sembri essere completamente libera, non si possa invero ipotizzare l'affidamento di entrambi i controlli (quello di legalità sulla gestione e quello contabile) indifferentemente all'uno o all'altro organo, in base a quello che i soci decideranno di nominare. Infatti, se al collegio sindacale ben si può anche affidare (statutariamente) la funzione di controllo contabile ex art. 2409-*bis*, comma 2, cod. civ., non pare ragionevole conferire ad un organo esterno, e di caratura tipicamente contabile, il controllo sostanziale sulla gestione. E. PEDERZINI, *I controlli. Sindaco e revisore tra imperatività e facoltatività*, in E. PEDERZINI, R. GUIDOTTI (a cura di), *op. cit.*, Milano, 2018, p. 348. Si fa menzione anche di una recente pronuncia della Sezione d'impresa del Tribunale di Bologna che fa luce su un ulteriore corollario della questione: "[...] qualora con riferimento alle società a responsabilità limitata, si opti per la composizione monocratica dell'organo di controllo, si debba procedere alla nomina di un revisore legale come sindaco unico solo ove cumuli anche la funzione di revisione legale dei conti. Ne consegue che, nella s.r.l., non occorre nominare un revisore legale dei conti come sindaco unico qualora a un revisore (persona fisica o società di revisione) iscritto nell'apposito registro, sia attribuita la funzione di revisione legale dei conti; in questo caso, inoltre, nell'ipotesi di nomina di un organo sindacale collegiale, tutti i suoi componenti possono non essere revisori legali", si veda Trib. Bologna, decr. 23-05-19, rg. 2328, *non vidi* ma in A. BUSANI, E. SMANIOTTO, *Si al sindaco unico di Srl esterno al registro dei revisori*, in *ISole24Ore*, 1° luglio 2019. Ma ancora, *quid iuris* nel caso in cui i soci non determinino, all'interno dello statuto, se si voglia nominare solo il sindaco ovvero anche un revisore? In altre parole, cosa prescrive il regime legale nei casi in cui sarebbe possibile optare per la nomina di uno solo dei due organo ma la compagine sociale ometta di esplicitare la sua scelta in merito? Proprio in forza delle differenti attribuzioni di ciascun organo e della necessità di garantire il rigore dei controlli, pare opportuno propendere per un adeguamento del regime dispositivo all'impianto azionario, termini di contenuto delle funzioni svolte, nonché dei poteri e delle prerogative, in E. PEDERZINI, *I controlli. Sindaco e revisore tra imperatività e facoltatività*, in E. PEDERZINI, R. GUIDOTTI (a cura di), *op. cit.*, Milano, 2018, pp. 347-348, in cui si ricollega tale presa di posizione alla presunzione legale di equidimensionalità e quindi anche di compendio di interessi da tutelare. Si profilerebbe forse addirittura il margine per affermare l'illegittimità costituzionale di un'eventuale norma di opposto tenore, in quanto la stessa finirebbe per trattare in modo diseguale situazione analoghe, irrispettosa del principio di eguaglianza sostanziale desumibile dall'art. 3 della Carta Costituzionale. Si aggiunge anche che l'importanza di delineare con precisione i contenuti del regime legale deriva anche dalla previsione per cui se al superamento delle soglie- e perciò allo scattare dell'obbligo di nomina- l'assemblea dei soci non provvede alla costituzione dell'organo di controllo o (*rectius* "e") di un revisore entro trenta giorni, allora qualsiasi soggetto interessato (ovvero, ha aggiunto il nuovo Codice della crisi, "su segnalazione del conservatore del registro delle imprese") potrà ricorrere al Tribunale. Perciò per evitare che l'Autorità Giudiziaria detenga una enorme e inammissibile discrezionalità, che potrebbe condurla al punto di fare scelte che potrebbero a buon diritto fare solamente i soci. L'elisione dell'alternatività opzionale di nomina in questo senso permette dunque anche di risolvere *ab origine* qualunque problema derivante da uno sproporzionato potere di scelta dei giudici.

semplificata)⁵⁴¹. Proprio su questo secondo comma ha inciso la Riforma Rordorf, che ha esteso l'obbligo di nomina di un organo di controllo a tutte quelle s.r.l. che, per due esercizi consecutivi, abbiano superato almeno uno (non più due) dei parametri dettati, i quali vengono quantitativamente ridotti e dotati di autonomia rispetto a quelli contemplati all'art. 2435-*bis* cod. civ.⁵⁴².

Nelle s.r.l., si affianca poi al paradigma del controllo obbligatorio quello del controllo facoltativo, alla luce dell'art. 2477, comma 1, cod. civ. e del suo richiamo all'autonomia statutaria: qualora non si integrino i presupposti per far scattare l'obbligo di nomina, si potrà scegliere liberamente. Così, si finisce per essere costretti a chiedersi se, nel caso in cui i soci decidano di istituire una funzione di controllo, alternativamente, sussista l'obbligo di rifarsi alle forme tipiche (collegio sindacale/sindaco unico e/o revisore legale/società di revisione) ovvero se in capo ai soci residui un più ampio margine di manovra, potendo gli stessi istituire una funzione di controllo anche atipica, ibrida e composita (plasmata dalle sole dinamiche contrattuali e convenzionali intercorrenti tra i soci stessi). Pur potendosi rinvenire, in dottrina, attestazioni riguardevoli di ambedue le tesi appena delineate, pare conveniente estendere la facoltatività del controllo non solo all'*an*, bensì anche al *quomodo* dello stesso. Se è infatti vero, come ricordato, che nei casi di nomina obbligatoria sussistono analogie di dimensioni che rendono necessaria la tutela di interessi altri rispetto a quelli dei soci, circostanza che dunque rende la privatizzazione del controllo insufficiente e inidonea, nel caso in cui ci si trovi al di fuori di tali situazioni (cioè alle prese con una s.r.l. non sottoponibili al regime di nomina obbligatoria), la funzione del controllo è perlopiù confinata a interessi privati dei soci. Ne consegue la privatizzazione del sistema dei controlli, che non costituisce altro che un riverbero della privatizzazione degli interessi da tutelare. Perciò con riferimento alle s.r.l. piccole, in termini di dimensioni e di ridotto indebitamento e ricorso al credito (non essendo perciò presenti interessi dei finanziatori da tutelare), e chiuse, in termini di compagine sociale (i soci infatti sono tutti imprenditori e non sono stati coinvolti in modo anonimo ma in modo individuato, individuale e consapevole), non serve né pare per vero conveniente interpretare in modo riduttivo l'ambito affidato all'autonomia privata⁵⁴³. Si può perciò attivare una funzione di controllo interno

⁵⁴¹ Le soglie sono fissate a: 4.400.000 Euro per il totale dell'attivo dello stato patrimoniale; 8.800.000 Euro per i ricavi delle vendite e delle prestazioni superiori: 50 unità per il numero dei dipendenti occupati in media durante l'esercizio. Si fa notare anche la presenza di casi particolari (disciplinati da leggi speciali) in cui la nomina di un organo di controllo è sempre obbligatoria, a titolo di esempio, si considerino le società sportive professionistiche (ex Legge n. 91 del 1981) e le s.r.l. a controllo pubblico (ex Dlgs. n. 175 del 2016, meglio conosciuto come "Prima Legge Madia"). L'obbligo di nomina cessava in caso di mancato superamento per due esercizi consecutivi di almeno due dei tre parametri.

⁵⁴² Le soglie sono fissate a: 2.000.000 Euro per il totale dell'attivo dello stato patrimoniale; 2.000.000 Euro per i ricavi delle vendite e delle prestazioni superiori: 10 unità per il numero dei dipendenti occupati in media durante l'esercizio (ex art. 20, comma 8 del Decreto di legge n. 91 del 24 giugno 2014, testo completo disponibile su www.gazzettaufficiale.it). L'obbligo di nomina cessa in caso di mancato superamento per due esercizi consecutivi di alcuno dei tre parametri. Sul tema, si veda anche: F. GRIECO, *Crisi d'impresa: obbligo di nomina degli organi di controllo o del revisore. In quali casi*, in *Ipsos Quotidiano*, 17 ottobre 2019.

⁵⁴³ Per un riscontro dell'eclittica e opposta impostazione che vede nell'indeffettibilità dell'organo di controllo nelle s.p.a. la rifrazione dell'esigenza, che si sviluppa in seno a detto tipo societario,

convenzionale e atipica. Sussistono, ciononostante, due limiti all'autonomia privata all'atto di modellare la funzione di controllo. Il primo limite, che discende da un principio sistematico dell'ordinamento, impone che, nel momento in cui si crea una funzione di controllo convenzionale, serve che tale organo atipico assuma una forma di responsabilità risarcitoria, in caso di inadempienza rispetto agli obblighi derivanti dalle sue funzioni⁵⁴⁴. Il secondo limite concerne, invece, la necessità di effettuare un bilanciamento con i diritti dei soci ex 2476, comma 2, cod. civ., ai sensi del quale i soci che non partecipano all'amministrazione hanno il diritto di avere dai gestori notizie sullo svolgimento degli affari sociali nonché il diritto di consultare- anche con l'aiuto di professionisti di loro fiducia- i libri sociali e i documenti relativi all'amministrazione (prerogative, quelle appena citate, che vengono previste in quanto prodromiche ad un consapevole esercizio di eventuali azioni di responsabilità e/o richieste di revoca cautelare). I soci si controllano "da soli e a beneficio di loro stessi" e il controllo assume così più la conformazione di un diritto che quello di una funzione. Secondo taluni, il controllo privato dei soci è da considerarsi derogabile (come si potrebbe desumere da alcuni consigli notarili, da talune direttive europee e nonché pronunce di merito che consentono di tangere i poteri dei soci fino alla loro totale soppressione). In tal caso, parrebbe possibile indebolire ovvero eliminare totalmente detti poteri⁵⁴⁵, dovendo però allora necessariamente costituire una funzione di controllo che sia tipica, ovvero sia sul modello azionario. Quest'ultimo, infatti, è l'unico in grado di sostituirsi all'esercizio dei poteri di controllo dei soci e così di garantire l'espletamento di una funzione di vigilanza sulla gestione. In questo caso il controllo rimane facoltativo nell'*an* ma vincolato nel *quomodo*. Se al contrario si considera il controllo dei soci come un elemento tipizzante il tipo sociale della s.r.l. e quindi in quanto tale come un elemento irrinunciabile ed ineliminabile ad opera dell'autonomia statutaria, allora il controllo privato del socio, oltre che intoccabile, è anche già sufficiente a garantire una minimale forma di vigilanza sulla gestione. Perciò, se si decide di istituire una funzione di controllo (che potrebbe invero anche mancare totalmente, come detto), i soci saranno liberi di forgiarla a loro piacimento, essendo detta funzione un *surplus*, che va solo ad aggiungersi al già bastevole controllo dei soci.

A ben vedere, la scelta legislativa di permettere alle s.r.l. "sottosoglia" di dotarsi solo facoltativamente di un organo di controllo, lasciando libero spazio all'autonomia dei soci (a rinfrancare e rafforzare quel carattere tipologico che le

di tutelare un ampio novero di interessi (quelli dei soci di minoranza, dei terzi, del mercato in generale), si veda: Cass. Civ., 12-12-05, n. 27389, in *Giur. Comm.*, 2007, vol. I, pp. 5 e ss.

⁵⁴⁴ Ai sensi dell'art. 1229 cod. civ., infatti, si stabilisce che "è nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave" e che "è nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore e dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico".

⁵⁴⁵ Un caso di indebolimento è da rinvenirsi, si ritiene, anche nel caso di previsione di un diritto particolare che conferisce la funzione di controllo ad un singolo socio e contestuale eliminazione dei poteri di controllo in capo a tutti i singoli soci (come previsto ex 2476, comma 2, cod. civ.), a fortiori dal momento che (purché si abbracci questa tesi) se poi la quota viene ceduta il diritto particolare muore (salvo che tutti i soci non siano concordi a che il diritto particolare si trasferisca a chi acquista la quota), con la conseguenza che la s.r.l. resterebbe totalmente priva di una funzione di controllo, come detto necessaria e coesistente a qualunque realtà societaria, e più in generale imprenditoriale.

caratterizza e che è rappresentato dalla duttilità e libertà di forme⁵⁴⁶) ha ripercussioni sul funzionamento delle procedure di allerta. Considerando il fatto che, nel nostro ordinamento, se si lasciano per un momento da parte i creditori pubblici qualificati (che hanno il potere di far scattare la c.d. allerta esterna), i legittimati attivi al lancio delle procedure per l'emersione anticipata della crisi vengono individuati nelle figure dei sindaci e dei revisori legali, ci si potrebbe chiedere in che modo potranno mai avvalersi di dette procedure le s.r.l. che abbiano deciso di non dotarsi di un organo di controllo. Una prima ipotesi avanzabile sarebbe quella di supporre la volontà del legislatore di escludere, surrettiziamente, le s.r.l. non dotate di un organo di controllo dal campo di operatività delle procedure di allerta e di risoluzione concordata della crisi, perché ha ritenuto non necessario aprire la via dell'allerta a realtà imprenditoriali così piccole, ritenendo che per esse non servano procedure formali per rilevare gli indizi di crisi. Alternativamente, si potrebbe sottendere alla scelta normativa un fine di autoresponsabilizzazione della compagine sociale (come contropartita rispetto alla considerevole libertà di autodeterminare i tratti della propria s.r.l. all'atto di redazione dello statuto). Nell'ottica di quest'ultima possibile spiegazione, i soci, quando decisero di non dotarsi di un organo di controllo, optarono anche, consapevolmente, per la rinuncia alla *chance* fornita dall'ordinamento di accedere alle procedure per l'emersione anticipata della crisi. Probabilmente per il loro eccessivo semplicismo e sicuramente a causa del loro contrasto con un'applicazione quanto più possibile estesa di un istituto centrale della Riforma, che per altro incarna paradigmaticamente molteplici linee di principio che ne costituiscono la trama, le esegesi appena esposte non convincono. Si è quindi cercato di individuare una terza soluzione: nel caso in cui i soci dovessero scegliere di non dotarsi di alcun organo di controllo (né tipico né atipico), si potrebbe optare per rafforzare le prerogative di controllo che il regime dispositivo assegna ai soci, *uti singuli*, ai sensi dell'art. 2476, comma 2, cod. civ., attribuendo loro un ruolo anche nel contesto delle procedure di allerta.

Più nello specifico, se è vero che appare poco condivisibile la tesi di quanti inquadrano le prerogative di controllo dei soci nella nozione di funzione⁵⁴⁷, non si

⁵⁴⁶ L'elemento della duttilità, che fa delle s.r.l. un tipo societario alquanto allettante per gli imprenditori che possono mediante esso dotarsi della possibilità di avere fra le mani uno strumento estremamente versatile, che essi possono plasmare "a loro piacimento", porta con sé, a ben vedere, almeno due conseguenze negative. La prima è data dal costo dell'autonomia: i soci, per derogare al regime legale, devono ben predisporre lo statuto (molto spesso costretti anche ad avvalersi dell'ausilio di professionisti capaci di dare opportuna veste giuridica alle loro esigenze ed aspettative). La seconda, invece, attiene alla condizione dei terzi: tutti quei soggetti, infatti, che si trovano ad entrare in contatto con una società il cui statuto ha in vari punti inserito differenze e distanze dal regime dispositivo, subiscono il costo del rischio derivante dalla necessità di ben comprendere il modo di funzionare della s.r.l. e dalla costante possibilità per i soci di "cambiare gli ingranaggi della loro macchina".

⁵⁴⁷ Sembra di poter sostenere che quando ci si trova in presenza di una funzione si sia anche sempre di fronte ad un elemento di doverosità. Così, se si volesse parlare di "funzione di controllo", si rischierebbe di far sorgere in capo ai soci di s.r.l. priva di organo di controllo non già un mero potere di avviare le procedure di allerta, bensì un vero e proprio onere o dovere di farlo. La conseguenza più diretta sarebbe quella di innescare un meccanismo per cui soci che si sottraggono a tale loro dovere- vale a dire che pur avendo constatato, grazie alle informazioni ottenute mediante l'esercizio delle loro prerogative di controllo, hanno omesso di suonare le campane dell'allerta- verranno ritenuti responsabili. Ma alcuni potrebbero obiettare l'infondatezza sistematica di questo titolo di responsabilità: i soci, che gestiscono cosa propria, non sono

rifugge la possibilità di ipotizzare che, in assenza di un organo di controllo (tipico o atipico), essendo i soci medesimi gli unici soggetti in grado di esercitare una qualche forma di controllo sulla gestione, sorga surrettiziamente proprio in capo agli stessi anche la prerogativa di avvertire gli amministratori di eventuali indizi di crisi, rilevati durante l'espletamento della loro funzione di vigilanza? Spingendosi ancora più in là in questa coraggiosa tesi, si potrebbe anche attribuire ai soci il potere di valutare la tempestività e l'adeguatezza della risposta e dell'intervento da parte dei gestori ed eventualmente di adire l'OCRI; pur dovendosi ammettere che questa operazione ermeneutica rischierebbe di ledere la *littera legis*, sostituendola forse in modo eccessivo alle esigenze della descrittiva teoria.

Molteplici sono le argomentazioni che si possono portare *ad adiuvandum*: in primo luogo il neointrodotta (ad opera dell'art. 379 C.C.I.I.) ultimo comma dell'art. 2477 cod. civ., che consente di utilizzare lo strumento della denuncia al Tribunale ex art. 2409 cod. civ. anche alle s.r.l. prive di organo di controllo: è chiaro che il potere di attivare detto strumento sarà nelle mani dei soci, i quali,

chiamati- come invece accade per gli amministratori, in qualità di gestori di cosa altrui- ad adoperarsi per il fruttuoso andamento sociale, potendo scegliere, se lo vogliono, di condurre la loro stessa intrapresa alla rovina. L'unica forma di responsabilità, dunque, che sembra possibile attribuire ai soci di s.r.l. è quella che discende dall'art. 2476, comma 8, cod. civ., in cui si prevede che i c.d. "soci cogestori" (vale a dire coloro che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti, poi rivelatisi dannosi per la società, i soci o i terzi) siano solidalmente responsabili con gli amministratori. Per una voce che riconduca il controllo dei soci alla nozione di funzione si veda: E. FRAGONARA, *I nuovi poteri di controllo del socio di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2005, vol. I; *Contra*, R. GUIDOTTI, *I diritti di controllo del socio*, in M. BIONE, R. GUIDOTTI, E. PEDERZINI (a cura di), *La nuova società a responsabilità limitata*, LXV volume del Trattato Galgano, Padova, 2012, pp. 349 e ss. L'Autore afferma che le prerogative di controllo dei soci di s.r.l. meritano di essere classificate come diritti soggettivi, in disaccordo con quella parte di giurisprudenza (Trib. Roma, 16-01-08, in *Riv. not.*, 2009, p.668; Trib. Biella, 18-05-05, in *Società*, 2006, p. 50) che li annovera fra i diritti potestativi. La critica poggia sul fatto che al diritto del socio corrisponde un dovere di comportamento da parte della società (che agisce per tramite dell'organo gestorio). Al contrario, se davvero si potesse parlare di diritto potestativo, esso si dovrebbe esercitare mediante dichiarazione del titolare, inviata al soggetto passivo. Ma, come detto, in relazione ai diritti di ispezione e controllo, non sembra bastare l'iniziativa del titolare: i soggetti passivi (*i.e.*: la società, nelle persone degli amministratori o dei liquidatori) hanno l'obbligo di fornire una determinata prestazione o di tenere un determinato comportamento (funzionale all'interesse del creditore nel caso del diritto di ispezione) e non si trovano in una condizione di mera soggezione. Ma soprattutto- considerazione indubbiamente più affine e attinente alla luce dell'analisi che si sta effettuando- l'Autore afferma di non condividere la posizione di quanti (E. FRAGONARA, *I nuovi poteri*, cit., in *Giur. comm.*, 2005, vol. I, p. 788) si esprimono in termini di poteri. Questi ultimi, infatti, vengono definiti come i mezzi con cui un determinato soggetto adempie alla funzione cui è preposto, dovendo dunque ogni potere essere collegato con un ufficio (pubblico o privato), nonché avendo il suo titolare l'onere di esercitarlo e disporre per soddisfare un interesse altrui. L'Autore ritiene che, con riferimento al controllo esercitato dai soci manchino sia l'assegnazione ad un ufficio sia la tensione verso un interesse altrui. Sulla scorta di queste considerazioni, si arriva a postulare l'impossibilità di considerare il controllo dei soci come paragonabile con quello dei sindaci. Il primo, appunto, è un diritto soggettivo; l'altro, consiste in un vero e proprio potere, concesso ex lege, per adempiere alla funzione alla quale sono preposti (come affermato in M. RICCI, *I controlli individuali del socio non amministratore di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, vol. I, p. 120). In tema di diritti di controllo dei soci, si vedano anche: R. GUIDOTTI, *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, Milano, 2007; C. MONTAGNANI, *Informazione e controlli nelle nuove s.r.l.*, Padova, 2008; M. G. PAOLUCCI, *La tutela del socio nella s.r.l.*, 2010; G. FERNANDEZ, *I poteri individuali di controllo del socio non amministratore nella "nuova" s.r.l.*, Padova, 2010; G. LANDOLFI, *Il diritto di informazione del socio nella s.r.l.*, Torino, 2011.

grazie ai poteri di vigilanza che detengono, potranno prendere contezza di eventuali “gravi irregolarità nella gestione” e decidere di adire il Tribunale. Portare questioni inerenti alla vita interna della società al cospetto dell’Autorità Giudiziaria- soprattutto quando poi essa potrà esercitare tutta quella serie di poteri di ingerenza di cui già si è detto ai sensi dell’art. 2409 cod. civ.- implica una forte immistione esterna e pubblicistica nella vita della società. Se si permette alle s.r.l. prive di un organo di controllo e dunque assegnando la legittimazione attiva ai soci di utilizzare uno strumento così pervasivo, *a fortiori* sembra opportuno aprire loro la strada delle procedure d’allerta e concedere la legittimazione attiva per analogia (supportata dalle parziali analoghe finalità dei due istituti, entrambi quantomeno potenzialmente idonei a far emergere tempestivamente la crisi) ai soci. Un secondo elemento che porta ad argomentare a favore della tesi in parola è fornito dal confronto con l’ordinamento francese, nel quale, da sempre, fra i vari soggetti legittimati al *déclenchement des procédures d’allerte*, si ritrovano anche *les associées*, titolari del c.d. *droit d’allerte* (vedi *supra*, par: 5.3.3)⁵⁴⁸. Infine, anche dal contesto sovranazionale, e segnatamente dalla Proposta di direttiva del 2016⁵⁴⁹, emerge l’opportunità di “predisporre strumenti di allerta che segnalino ai debitori l’urgenza della crisi”. Tale considerazione si riallaccia all’attenzione che suddetta Proposta rivolge ad un profilo fino a quel momento inedito delle procedure di allerta: si è infatti evidenziato come le stesse siano particolarmente utili per le PMI⁵⁵⁰ che “spesso non hanno, soprattutto se si trovano in difficoltà finanziarie, le risorse per pagare una consulenza professionale”⁵⁵¹: le procedure di allerta, dunque, si offrono loro come una sorta di “consulenza gratuita” che fornisce elementi di adiuvio per la rilevazione e il superamento dello stato di crisi. Perciò, a maggior ragione, sembra opportuno, quanto meno come dichiarazione di intenti, indagare su come si possa dare avvio all’allerta, consentendo un’applicazione quanto più ampia possibile delle procedure, anche nelle s.r.l. sottosoglia che talora (anche se non sempre) sono inquadrabili nel novero delle PMI, destinatarie principali e privilegiate dell’allerta, alla luce delle linee programmatiche della Proposta⁵⁵².

⁵⁴⁸ Prendendo come modello la normativa francese, si propone attribuire ai soci di s.r.l. non un obbligo di attivazione della procedura di allerta ma una facoltà, discendente dal coacervo dei loro diritti-poteri di controllo, che viene in questo modo arricchito e ampliato.

⁵⁴⁹ Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, 22 dicembre 2016, n. 359 (COD), in www.c.europa.eu.

⁵⁵⁰ La Proposta permette addirittura agli Stati membri, se lo vogliono, di limitare l’applicazione delle misure di allerta alle sole PMI, si veda l’art. 3, comma 3: “Gli Stati membri possono limitare l’accesso di cui ai paragrafi 1 e 2 alle piccole e medie imprese o agli imprenditori”, testo completo disponibile su www.eur-lex.europa.eu.

⁵⁵¹ L. BENEDETTI, *Le procedure d’allerta*, cit., in www.rivistaodc.eu.

⁵⁵² Tra le categorie di PMI e s.r.l. sotto-soglia per la nomina obbligatoria dell’organo di controllo non vi è totale sovrapposizione ed equivalenza, a causa della differente formulazione delle soglie quantitative minime. Se quelle al superamento delle quali una s.r.l. è tenuta, senza margini di facoltatività, alla nomina di un organo di controllo si rinvengono all’art. 2477 cod. civ. (modificato-come visto- dal Riforma Rordorf e poi ancora dal Decreto “sblocca-cantieri”), la definizione di piccola-media impresa è fornita dalla Raccomandazione della Commissione Europea n. 361, del 6 maggio 2003, *relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese*, che individua tre parametri al di sotto dei quali una s.r.l. deve porsi per poter essere classificata come PMI: 43.000.000 Euro per il totale dell’attivo dello stato patrimoniale; 50.000.000 Euro per il totale

A detrimento della tesi proposta, invece, si cita quell'opinione dottrinale secondo cui non sempre i soci detengono concreti strumenti informativi per essere al corrente della situazione e per carpire eventuali indizi di crisi. Inoltre, si potrebbe correre il rischio che le minoranze della compagine sociale- se non addirittura i singoli soci- si avvalgano di tali procedimenti in modo strumentale e ostruzionistico⁵⁵³.

A conferma della centralità delle tematiche appena analizzate, si menziona la proposta inoltrata agli Uffici ministeriali competenti dall'Università di Torino, che esorta a specificare quali siano "gli organi di controllo" delle imprese (di cui all'*incipit* dell'art. 14, comma 1, C.C.I.I.): la locuzione, affiancata dal riferimento ai soggetti deputati alla funzione di controllo contabile (revisore legale e società di revisione), legittima quantomeno il dubbio di poter ricomprendere in essa non solo sindaci unici e collegi sindacali, ma anche organi di controllo sulla gestione atipici o- come qui ipotizzato- i medesimi soci brandenti la spada dei controllori⁵⁵⁴. Ad avviso di chi scrive, quando la Commissione Rordorf predispose le procedure di allerta, enumerando tra i soggetti legittimati a farle scattare "organi di controllo e revisori legali", non voleva fare riferimento ai predetti in quanto tali: il *nomen iuris* utilizzato, in questo caso, ha piuttosto a che vedere con la funzione di controllo intesa *in re ipsa*. In altre parole, si verifica una sorta di spersonalizzazione e destrutturazione: non si pensa a sindaci e revisori come soggetti, bensì come ricoprenti una ben determinata funzione, vale a dire quella di controllo. Così, il riferimento potrebbe essere potenzialmente estendibile a tutti coloro che, svolgendo una funzione di vigilanza, siano in grado di cogliere gli indizi di crisi, indipendentemente dal fatto che essi siano catalogabili come sindaci o revisori. Rimane tuttavia viva la difficoltà di postulare l'esistenza in capo ai soci di una funzione di controllo che si espliciti solo in termini di facoltà e mai di doverosità⁵⁵⁵.

del fatturato; 250 unità per il numero dei dipendenti occupati in media durante l'esercizio, testo completo disponibile su www.eur-lex.europa.eu. La discrasia tra PMI e s.r.l. sotto-soglia per la nomina obbligatoria dell'organo di controllo pone non pochi problemi pratici e d'impostazione assiologica: le s.r.l. classificabili come PMI e collocantesi sotto le soglie per il controllo obbligatorio potrebbero oggi avvalersi della possibilità fornita dall'ordinamento di "aprirsi al mercato", ricorrendo al capitale di rischio (fino ad accedere a forme di *crowd funding*) e coinvolgendo così gli investitori e la necessità di comprendere se la libertà lasciata ai soci dal paradigma del controllo facoltativo sia idonea a fornire sufficienti garanzie per la tutela dei suddetti investitori. Alla luce di quanto appena detto, *a fortiori*, sembra opportuno dare ampia applicazione, anche ricorrendo allo stratagemma di attribuire una surrettizia legittimazione attiva ai soci, delle procedure di allerta, essendo esse in grado, mediante l'emersione anticipata della crisi, di salvaguardare lo stato di salubrità dell'impresa e con esso di tutelare la posizione, fra gli altri e vari soggetti, anche degli investitori, che su di essa hanno scommesso i loro capitali.

⁵⁵³ L. PANZANI, *Le procedure di allerta e conciliazione*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *op. cit.*, Milano, 2017, pp. 65 e ss.

⁵⁵⁴ Il documento con le proposte di correzione è stato redatto tramite il centro Crisi d'impresa e con la collaborazione del Comitato scientifico dell'Istituto Governo Societario, si veda (a cura della Redazione), *Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: gli emendamenti proposti dal "centro CRISI"*, in *Ipsos Quotidiano*, 19 luglio 2019.

⁵⁵⁵ È sicuramente vero che la locuzione "organi di controllo" può essere descritta come anfibologica e anodina, ma al contempo non è così automatico farvi rientrare anche i soci in forza dei poteri di controllo *ex art. 2476*, comma 2, cod. civ. Soprattutto, a fronte del fatto che non sembra accettabile parlare di funzione di controllo, non risulta nemmeno possibile considerare i soci come un organo, il quale per sua natura si pone come un'entità autonoma e dotata di un

Le modifiche introdotte all'art. 2477 cod. civ. dal Codice della crisi e dell'insolvenza non potranno che avere come conseguenza la riduzione del numero di s.r.l. su cui incombe l'obbligo di nomina: diminuiranno infatti, visto l'abbassamento delle soglie, le s.r.l. che possono scegliere di privarsi dell'organo di controllo⁵⁵⁶. Il problema torna tuttavia alla ribalta: dopo soli quattro mesi

ufficio e di una funzione. Le considerazioni che possono farsi in merito non si distanziano da quelle cui si improntano le riflessioni in merito ai diritti e alle prerogative delle minoranze assembleari, le quali, pure, non sembra possano dirsi essere un vero e proprio organo).

⁵⁵⁶ A. I. BARATTA, O. LAURI, *L'attività del collegio sindacale*, cit., disponibile su www.ilfallimentarista.it, in cui si dà conto che "le prime stime quantificano in circa 80.000 le società che saranno tenute, nel breve tempo, alla nomina dell'organo di controllo collegiale o del revisore unico (M. MEOLI, *Restano in carica i sindaci delle Srl*, in *Eutekne*, 13 giugno 2019)", si dice in breve tempo perché si aggiunge anche che "l'adeguamento statutario al fine di consentire la nomina dell'organo di controllo previsto dalla nuova normativa, secondo il disposto dell'art. 379, comma 3, C.C.I.I., dovrà essere effettuato, al momento di redazione del presente articolo, entro nove mesi dalla data di entrata in vigore della norma stessa". Si avanza una ferma critica all'estensione dell'obbligo di controllo alle s.r.l. micro in A. DE LUCA, R. PORFIDO, L. POMPANIN DIMAI, *Deroga al principio di indipendenza di commercialisti e revisori per le certificazioni di bilancio nelle S.r.l. di minori dimensioni*, in *Il Commercialista Veneto*, Numero 246, 2018, p. 19. Gli Autori, enumerando le perplessità a loro avviso destinate dalla nuova disciplina, pongono l'accento sul fatto che le s.r.l. di piccole dimensioni finiranno per essere sottoposte all'applicazione di quei principi di revisione internazionali pensati per realtà imprenditoriali ben più grandi e strutturate e saranno così costretti a sostenere i costi di remunerazione e gli sforzi organizzativi sottesi alla predisposizione di un organo di controllo in cui il revisore sia affiancato da un *team* di collaboratori e destinatario di un compenso adeguato all'incarico affidato e alla (conseguente) responsabilità attribuita. Nonostante si ammetta il nobile fine perseguito dalla novella- vale a dire quello di sottoporre a controllo anche le realtà societarie di minori dimensioni, si afferma che spesso le micro aziende non sono preparate- fattualmente e culturalmente- a recepire e mettere in atto simili richieste del legislatore. De iure condendo, perciò, si auspicherebbe una revisione della normativa o quantomeno l'introduzione di specifiche norme attuative. Sotto un profilo oggettivo e contenutistico, gli Autori suggeriscono di semplificare l'attività di revisione (per esempio, limitandola alla verifica solo sul bilancio annuale, al controllo sulla puntualità degli adempimenti previdenziali e fiscali, all'analisi della continuità aziendale, ecc.), definendo specifici *standards* "meglio adatti alle più piccole realtà imprenditoriali eventualmente focalizzati sugli aspetti più cari alla L. n. 155 (quali, ad esempio, l'equilibrio finanziario, la continuità aziendale...)". Sul versante soggettivo, invece, si suggerisce di pretermettere le regole sull'indipendenza (già, a ben vedere, lese dalla previsione per cui il revisore viene nominato dall'assemblea dei soci- senza alcun parere o proposta da parte di un organo terzo-, i quali sovente coincidono con l'organo gestorio, con la conseguenza che i controllori finiscono per essere nominati dai controllati). La soluzione che gli Autori propongono consiste nell'ammettere che sia lo stesso commercialista o revisore che affianca la società negli adempimenti ordinari a certificarne il bilancio. E ancora, si esorta a conferire allo stesso soggetto il ruolo di consigliare l'impresa e monitorarne l'operato, nonché quello di adempiere agli obblighi posti dall'art. 14 del C.C.I.I. in tema di procedure di allerta. Si può notare come, *mutatis mutandis*, si accolga la tesi da chi scrive sopraesposta: protagonisti della fase di avvio delle procedure di allerta sono coloro che fattualmente svolgono una funzione di controllo sull'operato dell'organo gestorio e sull'andamento dell'impresa, indipendentemente dal *nomen iuris* loro riferito; sulla questione del requisito dell'indipendenza, opinione diametralmente opposta, invece, viene espressa, in N. CAVALLUZZO, V. MARTIGNONI, *Per il revisore serve l'esame d'indipendenza*, in *IlSole24Ore*, 12 agosto 2019: "il revisore (o l'organo di controllo incaricato della revisione) che s'intende nominare dovrà svolgere le procedure preliminari all'incarico che includono la verifica della sussistenza delle condizioni indispensabili per lo svolgimento della revisione. Il revisore dovrà innanzitutto verificare di essere indipendente dalla società sottoposta a revisione e non essere coinvolto nel suo processo decisionale. Ancor prima dell'avvio della revisione legale, dovrà documentare la propria indipendenza o, eventualmente, i possibili rischi ai quali potrebbe essere soggetto, con indicazione delle contromisure e delle risorse utilizzabili [...]".

dall'entrata in vigore del Codice della crisi, si è verificato un ulteriore oscillamento normativo. Nel tentativo di conciliare due esigenze contrapposte (ampliare la platea di s.r.l. sottoposte all'obbligo di controllo per permettere un ampio funzionamento delle procedure, ma al contempo non imporre gravami eccessivi- che potrebbero a ben vedere comportare difficoltà finanziarie- alle s.r.l. di piccole dimensioni derivanti dai costi connessi al mantenimento di tali organi) e stata accolta, da parte del c.d. Decreto "sblocca cantieri" del 14 giugno 2019⁵⁵⁷, la proposta di innalzare le nuove soglie appena fissate (che risultano di fatto raddoppiate rispetto a quanto stabilito nella prima versione del C.C.I.I. entrata in vigore il 16 marzo 2019). Si riespande così nuovamente il coacervo di s.r.l. sottratte all'obbligo di nomina e conseguentemente libere- secondo la tesi proposta- di affidare la funzione di controllo ai soli soci. Non pare dunque di marginale importanza la problematica qui esposta: serve infatti comprendere come le procedure di allerta dovranno atteggiarsi di fronte a tali società potenzialmente totalmente prive sia di un sindaco sia di un revisore.

⁵⁵⁷ Le soglie sono fissate a: 4.000.000 Euro per il totale dell'attivo dello stato patrimoniale; 4.000.000 Euro per i ricavi delle vendite e delle prestazioni superiori: 20 unità per il numero dei dipendenti occupati in media durante l'esercizio, si veda Legge n. 55 del 24 giugno 2019, testo completo disponibile su www.ipsoa.it.

Conclusioni

Ciò che accomuna i vari e possibili destini di un'impresa è indubbiamente il carattere della mutevolezza: l'impresa vive ed opera in un mondo- il mercato- che solo parzialmente può essere letto con le lenti della logica e delle scienze economiche ed aziendalistiche. Esso, infatti, nel suo continuo divenire e cangiare, è colmo di rischi e di imprevisti, di stravolgimenti delle previsioni fatte e di confutazioni di quanto si era dato, fino a quel momento, per certo ed assodato. La fortuna, poi, gioca pure il suo ruolo, e non si pensi di poterla domare o di riuscire ad annullarne totalmente la forza e l'influenza. Eppure, in qualche modo si deve intervenire, si deve necessariamente cercare una via per salvare quelle imprese che stanno attraversando una condizione di difficoltà, quasi spinti da un sentimento di empatia verso quanti- gli imprenditori- hanno votato la loro intera esistenza alla costruzione della loro intrapresa. E come farlo? Come bloccare quello che un tempo veniva visto come un inesorabile ed inarrestabile cammino verso la fine, verso la morte, verso il fallimento? Si dovrà puntare su quel solo elemento che rimane nella completa disponibilità dell'imprenditore e degli altri soggetti che intorno ad esso gravitano, vale a dire sul fattore tempo. Infatti, da più parti sono emerse istanze volte a porre la prevenzione e il salvataggio al centro dell'approccio alla crisi di impresa. Per fare ciò, un passaggio obbligato- e probabilmente fra i più ostici- è rappresentato da un necessario mutamento di mentalità. Sulla carta, si è giunti a sostituire la parola "fallimento" con "liquidazione giudiziale"; e, a ben vedere, si dovrebbe anche smettere di parlare di *twilight zone*, affinché le fasi di pre-crisi e crisi non coincidano più con l'inevitabile tramonto di un'impresa, più o meno prossimo che sia. Più profondamente e concretamente, si dovrebbe entrare nell'ottica per cui le imprese vivono e perciò possono avere alti e bassi; esse possono ammalarsi ma allo stesso tempo anche essere curate e guarire, non è detto che entrino in uno stato vegetativo senza via d'uscita, se non quella della morte. "La crisi dell'impresa non può più essere vista come il fallimento complessivo di un'iniziativa imprenditoriale, ma soltanto come una possibile fase critica della vita di un'azienda, ma che, se tempestivamente rilevata ed opportunamente gestita, può risolversi in senso positivo con innumerevoli vantaggi sia per l'imprenditore, sia per i creditori, sia, infine, per l'intero sistema imprenditoriale e giudiziario. Consapevole del nuovo approccio culturale che fa da sfondo al nuovo diritto concorsuale, il legislatore della riforma ha predisposto una serie di strumenti normativi sicuramente importanti e a forte impatto. Si tratta, ora, di riuscire a cogliere pienamente la valenza e la portata delle nuove regole al fine di poterne sfruttare al massimo le potenzialità"⁵⁵⁸.

Nel tentativo di meglio perseguire i fini appena esposti, non si può negare che l'introduzione delle procedure di allerta possa portare ad un maggiore grado di efficienza nella rilevazione anticipata e nella proficua risoluzione della crisi d'impresa. Così, l'obbligo di predisporre adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, induce a dotare l'impresa di una stabile struttura per prevenire la crisi; il sistema di controlli- fondantisi sul dovere dei sindaci e dei revisori di monitorare l'andamento dell'impresa e di verificare costantemente la

⁵⁵⁸ S. BASTIANON, *Early warning, allerta e probability of default nel nuovo Codice della crisi d'impresa*, in www.ilfallimentarista.it.

permanenza della continuità aziendale, per intercettare sollecitamente il sorgere degli indici di crisi- permettono l'eventuale dispiegarsi di una prima fase di dialogo endosocietario, potenzialmente seguita dall'adizione dell'OCRI. In questo modo, si consente di intervenire quando ancora la crisi è agli albori e la situazione è recuperabile e risolvibile. In altre parole: per assicurare la sopravvivenza nel mare degli affari- nel mercato s'intende- si dovrà anzitutto agire precauzionalmente: prima di tuffarsi, è bene indossare salvagenti adeguati, così da poter nuotare tranquillamente, senza la costante paura di affogare da un momento all'altro. Le imprese, fuor di metafora, già all'atto della loro costituzione, dovranno essere dotate di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, per prevenire la crisi di impresa ed assicurare la continuità aziendale. Ma ciò non basterà: nel caso in cui durante la nuotata, il mare si facesse grosso e burrascoso, è bene che le scialuppe di salvataggio- pronte- vengano lanciate immediatamente. Che senso avrebbe, infatti, calarle in acqua quando ormai l'impresa è stata trascinata dalla corrente troppo lontano, in mare aperto, oppure quando, dopo aver tentato per così tanto tempo di rimanere a galla, ha ormai esaurito tutte le sue forze? È chiaro, infatti, che le procedure di allerta, inedito istituto introdotto dalla Riforma Rordorf, necessitano di un avvio solerte: non appena il cielo comincia a rannuvolarsi e le onde cominciano a farsi più incalzanti- ovverosia non appena i primi segnali di crisi cominciano a palesarsi- serve intervenire e attivarsi per conoscere la crisi e tentare di risolverla. Gli organi sociali, con tutto il loro corredo di poteri, doveri, obblighi e facoltà, non possono che interpretare un ruolo da protagonisti. Amministratori, sindaci e revisori contabili, insieme con l'imprenditore stesso, tengono le redini dell'impresa e perciò sono anche coloro dalle cui condotte dipenderanno le sorti di un'eventuale procedura di allerta.

Pur non rinnegando le esplicate auspicabili conseguenze che possono derivare da una positivizzazione degli obblighi di condotta che devono essere seguiti dagli organi sociali- e non solo da essi- di fronte all'emergere dei primi indicatori di crisi, non bisogna coprirsi gli occhi di fronte ai possibili rischi e problemi. Sono stati esposti, senza la pretesa di esaurirne il novero, due aspetti problematici della disciplina delle misure di allerta. In primo luogo, ci si è interrogati sul come riuscire a mantenere confidenziale una procedura che. Per sua natura, contempla la condivisione della crisi aziendale con soggetti terzi (*i.e.*: i membri dell'OCRI). Secondariamente, si è presa in analisi la situazione delle s.r.l. non soggette all'obbligo di nominare un organo di controllo interno, proponendo di assegnare ai soci medesimi- a seguito della loro legittima scelta dei non dotarsi né di un sindaco, né di un revisore, né (purché lo si ritenga possibile) di un organo di controllo interno "atipico"- il diritto di avviare le procedure di allerta. *De iure condendo*, dunque, si rivolge un appello al legislatore italiano affinché, in sede di future modifiche, di emanazione di norme attuative o, più semplicemente, di concreta applicazione delle disposizioni introdotte, consideri la Francia come una fonte di ispirazione. Infatti, così come l'esperienza d'oltralpe fece da faro e da modello all'atto di nascita delle procedure di allerta, si spera che essa potrà guidare anche il perfezionamento della disciplina e la ricerca di risposte a tutti quei dubbi (siano essi di stampo dogmatico o di carattere pragmatico-applicativo) rimasti ancora senza soluzione.

Bibliografia

- ABRIANI N., *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi della società fallita*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 2008.
- ACCIARO G., DANOVÌ A., RINALDI P., *Il peso della dimensione. Nelle Pmi rischio valutato con pochi elementi*, in *IlSole24Ore*, 6 agosto 2019.
- ACCIARO G., DANOVÌ A., RINALDI P., *Necessario il controllo di gestione attraverso la contabilità analitica*, in *IlSole24Ore*, 7 agosto 2019.
- ACCIARO G., DANOVÌ A., RINALDI P., *La consapevolezza del rischio aiuta a ridefinire la struttura*, in *IlSole24Ore*, 9 agosto 2019.
- ACCIARO G., DANOVÌ A., RINALDI P., *Assetti organizzativi da adeguare alle caratteristiche della società*, in *IlSole24Ore*, 9 agosto 2019.
- ALPA G., BESSONE M., CARBONE V., *Atipicità dell'illecito*, vol. *II Diritti della personalità e danno morale*, Milano, 1993.
- ALPA G., BESSONE M., CARBONE V., *Atipicità dell'illecito*, vol. *IV Lesione del credito, Tutela del consumatore, Responsabilità del professionista, Illecito della P.A.*, Milano, 1993.
- AMBROSINI S., *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in www.ilcaso.it.
- AMBROSINI S., *Il controllo giudiziario*, in ABRIANI N., AMBROSINI S., CAGNASSO O., MONTALENTI P., *La società per azioni*, vol. IV, Padova, 2010.
- AMBROSINI S., *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: I. 132/15 e prossima riforma organica: disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016.
- ANGELICI C., *Diligentia quam in suis e business judgement rule*, in *Rivista di diritto commerciale*, vol. I, 2006.
- ANGELICI C., *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Rivista del diritto commerciale*, fasc. 4, 2012.
- ANGELICI C., *La società per azioni*, vol. I, Milano, 2012.
- BADILLET J., *Pratiques parisiennes en matière de traitement preventif des difficultés des entreprises*, *Gaz. Pal.*, 2011.
- BALDO DEGLI UBALDI, *Consilia*, vol. V, Venezia, 1575.
- BAMDÉ A., *La procédure d'alerte et la prévention des entreprises en difficulté*, in www.aurelienbamde.com.
- BARATTA A. I., LAURI O., *L'attività del collegio sindacale alle luce del codice della crisi e dell'insolvenza*, disponibile su www.ilfallimentarista.it.
- BARBIERI G., ANZANI G., *Denuncia ex art. 2409 c.c. per gravi irregolarità nella gestione di una società: riflessioni minime a proposito di alcune questioni dibattute*, in www.ilcaso.it.
- BARTOLACELLI A., *Struttura e funzionamento dell'organo amministrativo*, in PEDERZINI E., GUIDOTTI R. (a cura di), *La governance della società a responsabilità limitata*, Milano 2018.
- BASDEVANT F., CHARVÉRIAT A., MONOD F., *La Guide de l'Administrateur de société anonyme*, Paris, 1995.
- BASTIANON S., *Early warning, alerta e probability of default nel nuovo Codice della crisi d'impresa*, in www.ilfallimentarista.it.
- BASTIANON S., *Le azioni di responsabilità contro gli amministratori al tempo del Codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.ilfallimentarista.it.

BEAL S., MARGUERITE M., *Comité social et économique, Attributions*, JCP éd E, 2017, n. 1587.

BENEDETTI L., *Le procedure d'allerta: mieux vaut prévenir que guérir*, Atti del VIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori Universitari di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale": "Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti", Roma, 17-18 febbraio 2017, in www.rivistaodc.eu.

BERTOLOTTI G., *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi. Allerta, autofallimento e bancarotta*, Torino, 2017.

BIGOUROUX J.-F., Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes, in BLANC G. (a cura di), *La prévention des difficultés des entreprises. Analyse des pratiques juridiques*, Aix-Marseille, 2004.

BLANC G. (a cura di), *La prévention des difficultés des entreprises. Analyse des pratiques juridiques*, Aix-Marseille, 2004.

BONELLI A., *Codice della crisi d'impresa: in vigore le modifiche al diritto societario*, in www.ipsoa.it.

BONELLI A., *Crisi d'impresa: aumentano gli obblighi di gestione e la responsabilità per gli amministratori*, 2019, *Ipsa Quotidiano*.

BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992.

BONFATTI S., *Rescue Culture in Italy. The Recent Introduction of Key Incentives to Companies in Crises to restructure their Business*, in www.ilcaso.it.

BONSIGNORE P., CEROLI P., *Crisi d'impresa: l'allerta estesa debutterà con le segnalazioni Inps*, in *IlSole24Ore*, 12 agosto 2019.

BORGIOI A., *L'amministrazione delegata*, Firenze, 1982.

BORSARI R., *Board libero di decidere con buona fede*, in *IlSole24Ore*, 22 agosto 2019.

BORSARI R., *Responsabilità più pesante per le omissioni dei sindaci*, in *IlSole24Ore*, 24 agosto 2019.

BOSTICCO P., *La responsabilità degli organi di controllo nelle società di capitali*, Milano, 2009.

BOTTAI L. A., *Le modifiche al codice civile dettate dalla L. n. 155/2017 e l'affermazione del "diritto concorsuale societario"*, in www.ilfallimentarista.it.

BOUQUET B., *Le droit d'alerte des associés minoritaires*, in BLANC G. (a cura di), *La prévention des difficultés des entreprises. Analyse des pratiques juridiques*, Aix-Marseille, 2004.

BOURBOULOUX H., *Confidentialité et transparence réconciliées pour la prevention et le traitement des difficultés*, in *BJE*, 1° maggio 2012.

BOURGINAUD V., *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 1995.

BRANCOZZI S., *Focus sulla continuità aziendale*, in *IlSole24Ore*, 9 ottobre 2019.

BRICARD A., LACROIX-PHILIPS E., LAGRAIN T., MORAIN M., CHEVILLON C., VAROCLIER J., *Accompagner le chef d'entreprise en difficulté*, Paris, 2006.

BRIZZI F., *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato d'insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2008, vol. I.

BRIZZI F., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015.

BRUNET A., GERMAIN M., *L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis les lois du 28 octobre 1982, du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985*, in *Rev. sociétés*, 1985.

BUFFELLI G., *Il nuovo ruolo degli organi di controllo nel contesto delle procedure di allerta*, in www.ilfallimentarista.it.

BUFFELLI G., *La continuità aziendale e i principi contabili: conseguenze della non corretta applicazione sulle procedure di gestione della crisi di impresa*, disponibile su www.ilfallimentarista.it.

BUONOCORE V., *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art 2381, commi terzo e quinto del codice civile*, in *Giur. Comm.*, vol. I, 2006

CAGNASSO O., *Le interferenze tra diritto societario e diritto fallimentare*, in CAGNASSO O., PANZANI L. (a cura di), *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, vol. II, Torino, 2016.

CALANDRA BUONAURA V., *La gestione dell'impresa*, Milano, 1985.

CARDARELLI M. C., *L'insolvenza del debitore civile in Francia*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2, 2004.

CARMELLINO G., *Una prospettiva d'oltralpe: la procédure d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in *Annali dell'Università del Molise*, 2013.

CASIMIR J.-P., GERMAIN M., *Dirigeants de sociétés*, Paris, 2017.

CAUDRON J., *Les commissaires aux comptes et les experts-comptables dans la tourmente des entreprises en difficulté*, in *Rev. du commissaire aux comptes*, 1984.

CAUSSAIN J.-J., *Le directoire et le conseil de surveillance de société anonyme*, Paris, 2002.

CAVALLUZZO N., DRAGO T., MARTIGNONI V., *Il revisore dà un punteggio al rischio*, in *ISole24Ore*, 2 agosto 2019.

CAVALLUZZO N., MARTIGNONI V., *La revisione può assicurare un rendiconto ad alta credibilità*, in *ISole24Ore*, 30 luglio 2019.

CAVALLUZZO N., MARTIGNONI V., *Strategia generale e piano dettagliato orientano l'esercizio della revisione*, in *ISole24Ore*, 1° agosto 2019.

CAVALLUZZO N., MARTIGNONI V., *Per il revisore serve l'esame d'indipendenza*, in *ISole24Ore*, 12 agosto 2019.

CAVALLUZZO N., MARTIGNONI V., *Nelle Srl piano di revisione dettagliato contro i buchi del controllo interno*, in *ISole24Ore*, 4 settembre 2019.

CAVALLUZZO N., MARTIGNONI V., *Il revisore sottoposto all'esame qualità*, in *ISole24Ore*, 6 settembre 2019.

CERATI-GAUTHIER A., *La société en procédure collective e son associé: entre independence et influence*, Aix-Marseille, 2002.

CEROLI P., MENGHI A., *Monitoraggio a misura di complessità aziendale*, in *ISole24Ore*, 14 agosto 2019.

CEROLI P., MENGHI A., *Indicatori della crisi personalizzabili*, in *ISole24Ore*, 15 agosto 2019.

CESARE F., *I rischi di eterogenesi dei fini nell'attività degli OCRI*, in www.ilfallimentarista.it.

CESIANO D., *L'applicazione della "Business Judgement Rule" nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. Comm.*, vol. II, 2013.

CHAPUT Y., *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, Paris, 1986.

CIERVO G., *La responsabilità civile del revisore legale alla luce del d.lgs. 39/2010*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2010.

CINCOTTI C., NIEDDU ARRICA F., *Continuità aziendale, capitale e debito. La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it.

COLLINS L., *Commissariat aux comptes et contrôle interne*, in SAYAG A. (a cura di), *Le commissaire aux comptes. Renforcement ou dérive?*, Paris, 1989.

CONFORTI C., *La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni*, Milano, 2012.

CONTE PH., GUTMANN D., GERMAIN M., *Le dirigeant des sociétés; risques et responsabilités*, Paris, 2002.

COQUELET M.-L., *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de credit*, Paris, 2017.

COUTURIER G., *Droit des sociétés et de la confidentialité des traitements amiables en droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2013.

COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, Paris, 2019.

CRÉMIEUX M., *Le secret des affaires*, in P. LAGARDE (a cura di), *L'information en droit privé*, Paris, 1978.

D'APOLITO M., *Giudici e Codice della crisi ampliano la responsabilità di sindaci e manager*, in *IlSole24Ore*, 23 settembre 2019.

DANOVI A., RIVA P., *Le cinque fasi della crisi e dell'allerta*, in www.ilfallimentarista.it.

DAUBOIN G., *Foctionnement et perception du contrôle par le juges. La responsabilità des commissaires aux comptes*, in SAYAG A. (a cura di), *Le commissaire aux comptes. Renforcement ou derive?*, Paris, 1989.

DE BERMOND DE VAULX J.-M., *Le secret des affaires à l'épreuve des mesures de prevention des difficultés des entreprises*, in *JCP éd E*, 1995.

DE CRESCENZO U., *La responsabilità*, Sez I e II, in CAGNASSO O., PANZANI L., *Le nuove s.p.a*, Bologna, 2010.

DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, in CICU A., MESSINEO F., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1982.

DE LUCA A., PORFIDO R., POMPANIN DIMAI L., *Deroga al principio di indipendenza di commercialisti e revisori per le certificazioni di bilancio nelle S.r.l. di minori dimensioni*, in *Il Commercialista Veneto*, Numero 246, 2018.

DE MARI M., *Gli assetti organizzativi societari*, in IRRERA M. (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Torino, 2016.

DE MATTEIS S., *L'emersione anticipata della crisi d'impresa, modelli attuali e prospettive di sviluppo*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017.

DE MATTEIS S., GRAZIANO N., *Manuale del concordato preventivo*, Rimini, 2013.

DE STANISLAO F., *Il giudice delegato fallimentare tra "gestione" e "giurisdizione": tracce per una riflessione dei iure condendo*, in *Giur. Comm.*, vol. I, 2002.

DELATTRE C., *Le secret des affaires. La confidentialité des procédures*, in *Dr. sociétés*, n. 1, 2012.

DELLA SANTINA R., *Prime riflessioni sulla liquidazione giudiziale dei beni nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: ritorno al passato?*, in www.ilcaso.it.

DEMARCHI P. G., *La responsabilità dell'organo di controllo interno*, in AMBROSINI S. (a cura di), *La responsabilità di amministratori sindaci e revisori*, Milano, 2007.

DENOZZA F., *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it.

DESDEVICES M.-C., *L'immixtion dans la gestion d'une société*, in *Econ. et compt.*, n. 133, 1980.

DI MARZIO F., *La crisi d'impresa*, Padova, 2011.

DI MARZIO F., *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, Osservazioni sulla legge delega*, Milano, 2018.

DU PONTAVICE E., *Le principe de la non-immixtion des commissaires aux comptes dans la gestion à l'épreuve des faits*, in *Rev. sociétés*, 1973.

DU PONTAVICE E., *Les conséquences pratiques de la loi du 1^{er} mars 1984*, in *Cie rég com. comptes*, Versailles, 1985.

FABIANI M., *Il codice della crisi tra conflitti e aspettative nell'attesa di ferragosto 2020*, in www.ilcaso.it.

FALCONE G., *La riforma concorsuale spagnola. Contributo allo studio del diritto concorsuale comparato*, Milano, 2006.

FAUCEGLIA G., *L'anticipazione della crisi di impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, in *Il fallimento e altre procedure concorsuali*, vol. I, 2006.

FAUCEGLIA G., *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019.

FERNANDEZ G., *I poteri individuali di controllo del socio non amministratore nella "nuova" s.r.l.*, Padova, 2010.

FERRI G., ANGELICI C. (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2015.

FICO D., *Le modifiche al diritto societario volte a favorire l'emersione anticipata della crisi*, in www.ilfallimentarista.it.

FRAGONARA E., *I nuovi poteri di controllo del socio di società a responsabilità limitata*, in *Giur. comm.*, 2005.

GALGANO F., *Introduzione al trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1977.

GALLETTI D., *L'insorgere della crisi e il dover essere del diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, disponibile su www.ilfallimentarista.it.

GAMBI L., *La fase dell'allerta esterna nel Codice della crisi*, in www.ilfallimentarista.it.

GARAUD E., LEGEAIS D., *La transparence en matière commerciale*, Limoges, 1995.

GAVALDA C., *Le secret des affaires*, in *Mél. en l'honneur de Jean Savatier*, Paris, 1965.

GIANNELLI G., *Sub. art. 2409 c.c.*, in ABBADESSA P., PORTALE G. B., *Le società per azioni. Codice civile e norme complementari*, Milano, 2016.

GIBIRILA D., *Le dirigeant de société*, Paris, 1995.

GIOCANTI F.-M., *Un contexte préoccupante et un constat accablant*, in BLANC G. (a cura di), *La prévention des difficultés des entreprises. Analyse des pratiques juridiques*, Aix-Marseille, 2004.

GIUDICI P., *La responsabilità civile del revisore legale*, in *Società*, 2010.

GIULIANI A., *La tutela aquiliana della reputazione economica*, in *Contr. e impr.*, 1985.

GRIECO F., *Crisi d'impresa: obbligo di nomina degli organi di controllo o del revisore. In quali casi*, in *Ipsa Quotidiano*, 17 ottobre 2019.

GUALAZZINI, voce *Fallimento (premessa storica)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, 1967.

GUÉRY G., *Prévention et traitement des difficultés des entreprises*, Paris, 1995.

GUGLIELMUCCI L. (a cura di), *La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung)*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, 2000.

GUGLIELMUCCI L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2012.

GUIDOTTI R., *I diritti di controllo del socio nella s.r.l.*, Milano, 2007.

GUIDOTTI R., *I diritti di controllo del socio*, in BIONE M., GUIDOTTI R., PEDERZINI E. (a cura di), *La nuova società a responsabilità limitata*, LXV volume del Trattato Galgano, Padova, 2012.

GUYON Y., COQUEREAU G., *Les réformes apportées au droit des sociétés par la loi du 1^{er} mars 1984*, *JCP éd E*, vol. I, 1984, n. 13426.

GUYON Y., *Le rôle de prévention des commissaires aux comptes*, *JCP éd E*, 1987, n. 15066.

GUYON Y., *La transparence dans les procédures collectives*, in *LPA*, 22 aprile 1999.

HAEHL J.-PH., *La réforme du droit des entreprises en difficulté: les principales innovations du décret du 21 octobre 1994- Rapport de synthèse*, in *LPA*, 14 giugno 1995.

HILAIRE J., *La formation du commissaire aux comptes. De la surveillance par les actionnaires à la certification*, in SAYAG A. (a cura di), *Le commissaire aux comptes. Renforcement ou dérive?*, Paris, 1989.

HIRT H. C., *The Wrongful Trading Remedy in UK Law Classification, Application and Practical Significance*, in *ECFR*, 2004, disponibile su www.degruyter.com.

HOPT K. J., *Doveri di diligenza e responsabilità dei componenti del consiglio di gestione nella disciplina tedesca dell'UMAG 2005. La Business Judgement Rule*, in *Dir. fall.*, 2008.

IBBA C., *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa: profili introduttivi*, in www.rivistaodc.eu.

IRRERA M. (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Bologna, 2016.

IRRERA M., *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in COTTINO G., ABRIANI N. (a cura di), *Il Nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza*, Bologna, 2009.

ITHURBIDE R., *Histoire critique de la faillite*, Paris, 1973.

JACHIA G., *Obblighi e responsabilità degli organi nella gestione delle imprese in crisi*, disponibile su www.ilfallimentarista.it.

JACQUEMONT A., *La future procédure de conciliation: une attractivité nouvelle pour les entreprises en difficulté et ses créanciers*, in *Rev. proc. coll.*, 2004, n. 11.

JEANTET L., VALLINO P., *La responsabilità degli amministratori: guardare al passato, pensare al futuro e interpretare il presente*, in www.ilfallimentarista.it

JEANTIN M., LE CANNU P., *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, Paris, 2006.

JORIO A., *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. Comm.*, vol. I, 1994.

JORIO A., *Introduzione a DE MATTEIS S., L'emersione anticipata della crisi d'impresa, modelli attuali e prospettive di sviluppo, Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017.

JORIO A., *Su allerta e dintorni*, in M. ARATO, G. DOMENICHINI (a cura di), *Le proposte per una riforma della legge fallimentare, un dibattito dedicato a Franco Bonelli, Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017.

KERCKHOVE E., *Traité de droit commercial*, Montchrestien, 1998, n. 136.

KLING J., *Le commissaire aux comptes et la prévention*, in *RJ com.*, 2001.

KOEHL M., *La négociation en droit des entreprises en difficulté*, pp. 468-489, disponibile su www.theses.fr.

KUTAFÀ I., *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria, in Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010.

LAMANNA F., *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, Il Civilista*, vol. I, Milano, 2019.

LANDOLFI G., *Il diritto di informazione del socio nella s.r.l.*, Torino, 2011.

LAZOPPINI G., *La crisi di impresa alla luce del nuovo diritto fallimentare*, in www.ilfallimentarista.it.

LE CANNU P., *L'amélioration de l'information au sein de l'entreprise*, *RJP Com.*, 1986, n. spécial février 1986.

LE CANNU P., *La loi du 10 juin 1994 sur les entreprises en difficulté, Aspects de droit des sociétés*, *Bull. Joly*, 1994.

LE CANNU P., *Droit commercial: instruments de paiement des crédit- Entreprises en difficulté*, Paris, 2003, n. 33.

LE CANNU P., *Des questions sans réponse*, in *Mél. en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, 2003.

LE CANNU P., LUCHEUX J.-M., M. PITRON, SÉNÉCHAL J.-P., *Entreprises en difficulté-Prévention, redressement et liquidation judiciaires*, Paris, 1994.

LE CANNU P., DONDERO B., *Droit des sociétés*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Paris, 2018.

LEGEAIS D., *Groupements de prévention agréés*, *JCP éd E*, vol. II, 1987.

LETREILLE A., *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contract*, in *LPA*, 7 agosto 2006.

LIÉNARD A., *La responsabilité du commissaire aux comptes dans le cadre de la procédure d'alerte*, in *Rev. proc. coll.*, 1997.

LOMBARDI G., *Il ruolo degli organi di controllo e di revisione nelle procedure di allerta di cui al disegno di legge-delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in ARATO M., DOMENICHINI G. (a cura di), *Le proposte per una riforma della legge fallimentare, un dibattito dedicato a Franco Bonelli, Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2017.

LOZZI F., *Crisi d'impresa: procedure di allerta interna come prima linea di difesa*, in www.ipsoa.it.

LUCAS F.-X., LÉCUYER H. (a cura di), *La loi de sauvegarde article par article*, Paris, 2006.

LUCAS F.-X., *Confidentialité du plan de sauvegarde ou de redressement: la radiation des mentions au RCS*, in *LEDED*, 15 gennaio 2012.

LYONNET B., *Les entreprises en difficulté: terre de conflits- Synthèse de intérêts contraires*, *Gaz. Pal.*, 2008.

- MACORIG-VENIER F., CAVIGLIOLI C., *Le point sur la conciliation*, in *Rev. proc. coll.*, 2008.
- MAFFEI ALBERTI A., *L'evoluzione della disciplina delle procedure concorsuali: dal Regio Decreto n. 267 del 1942 ai nostri giorni*, disponibile su www.giappichelli.it.
- MAGLIARO A., *La incostituzionalità del fallimento "fiscale" si è palesata alla Consulta*, in *Giur. it.*, Parte I, Sez. I, 1992
- MAROTTA F., *L'armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia di insolvenza*, in <http://blog.ilcaso.it/libreriaFile/1098.pdf>.
- MAZZEI B. L., *Crisi d'impresa: niente proroga per allerta e organi di controllo*, in *ISole24Ore*, 23 ottobre 2019.
- MENGI A., MILETTA L., *Soltanto 90 giorni per regolarizzare o estinguere il debito*, in in *ISole24Ore*, 12 agosto 2019.
- MENJUCQ M., *L'avenir des tribunaux de commerce et de leurs missions à l'égard des entreprises en difficulté*, in *Rev. proc. coll.*, 2014.
- MEOLI M., *Restano in carica i sindaci delle Srl*, in *Eutekne*, 13 giugno 2019.
- MERLE P., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Paris, 2018.
- MERUZZI G., *L'adeguatezza degli assetti*, in IRRERA M. (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Torino, 2016.
- MIOLA M., *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Belviso*, vol. I, Bari, 2011.
- MONTAGNANI C., *Informazione e controlli nelle nuove s.r.l.*, Padova, 2008.
- MONTALENTI P., *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011.
- MONTALENTI P., *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Torino, 2016.
- MONTANARI M., PEDERZINI E., *L'imprenditore e il mercato. Imprenditore, procedure concorsuali e contratti commerciali*, Torino, 2016.
- MONTI S., *Il Codice della crisi e la disciplina civilistica in tema di impresa: novità ed "eterno ritorno"*, in www.ilfallimentarista.it.
- NIGRO A., *"Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a*, in *Giur. Comm.*, vol. I, 2013.
- NIGRO A., *Il "diritto societario della crisi": nuovi orizzonti?*, in *Riv. Soc.*, fasc. 5-6, 2018.
- NIZZOLA M., *Scelte strategiche e rischio di impresa. Pianificare le scelte strategiche e simulare le ricadute a livello economico e finanziario: il rating quale strumento di controllo del rischio d'impresa*, disponibile su www.fiscoetasse.com.
- OBERMÜLLER M., *Esperienze di riforma in Germania*, in BONFATTI S., FALCONE G., *La legislazione concorsuale in Europa. Esperienze a confronto*, Milano, 2004.
- OPPETIT B., *Ethique et vie des affaires*, in *Mél. en l'honneur d'André Colomer*, Paris, 1993.
- PAILLUSSEAU J.-P., *Qu'est-ce qu'une entreprise en difficulté?*, *Rev. jurispr. com.*, 1976.
- PAILLUSSEAU J.-P., PETITEAU G., *Les difficultés des entreprises. Prevention et règlement amiable*, in *Revue international de droit comparé*, 38-1.
- PANZANI L., *Le procedure di allerta e conciliazione*, in ARATO M., DOMENICHINI G. (a cura di), *Le proposte per una riforma della legge fallimentare, un dibattito*

dedicato a Franco Bonelli, Quaderni di giurisprudenza commerciale, Milano, 2017.

PAOLUCCI M. G., *La tutela del socio nella s.r.l.*, 2010.

PAPON J., *Ioannis Paponii iurisconsulti et consilarii regii in Francia celeberrimi decisionum et rerum iudicatarum sive ut vocant arrestorum, in diversis atque supremis Franciae tribunales et parlamentis tractatorum corpus et iuris universalis collectio absolutissima, Liber X, Titulus X, Francoforte, 1624.*

PASQUARIELLO F., *Strumenti di prevenzione della crisi di impresa*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it.

PASSEMARD P., AUBIGEON A., *La mauvaise foi dans le comportement du commissaire aux comptes justifiant sa révocation*, in *Bull. Joly Sociétés*, 1996.

PECORELLA C., GUALAZZINI U., voce *Fallimento (premessa storica)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, 1967.

PEDERZINI E., *I controlli. Sindaco e revisore tra imperatività e facoltatività*, in PEDERZINI E., GUIDOTTI R. (a cura di), *La governance delle società a responsabilità limitata*, Milano, 2018.

PELLEGATTA A., *Prevenzione della crisi di impresa e procedure di allerta*, in www.iudicium.it.

PELLEGRINO G., *La riforma della legge fallimentare*, in *Diritto Fallimentare*, 2006.

PÉROCHON F., *Coût, transparence et confidentialité de la prévention*, in *RJC*, n. spéc, 2001.

PÉROCHON F., *Entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux, 2014.

PERRINO M., *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corriere giuridico*, 2019.

PÉTEL PH., *Procédures collectives*, Paris, 2014.

POLICARO G. A., *Il collegio sindacale*, in IRRERA M. (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Torino, 2016.

PORTALE G. B., *Verso un "diritto societario della crisi"*, in U. TOMBARI, *Diritto societario e crisi di impresa*, Torino, 2014.

POTIER V., *Dictionnaire pratique des collectivités territoriales*, Paris, 2006.

PROVINCIALI R., voce *Insolvenza (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, vol. XII.

QUAGLI A., PANIZZA A., *Il sistema di allerta*, disponibile su www.ilcaso.it.

R. BORSARI, *Due forme di responsabilità per le diverse violazioni*, in *ISole24Ore*, 27 agosto 2019.

R. BORSARI, *Limiti alla responsabilità anche per il collegio sindacale*, in *ISole24Ore*, 22 agosto 2019.

RABITTI M., *Responsabilità da deficit organizzativo*, in IRRERA M. (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Torino, 2016.

RAIBAUT J., *Une politique juridictionnelle la prévention des difficultés des entreprises*, in *Rev. proc. coll.*, 2009, n. 20.

RAIBAUT J., *Des tribunaux de commerce aux tribunaux de l'économie: un nouvel horizon pour les juridictions consulaires*, *BJE*, 2012, n.3.

RANALLI R., *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità*, in www.ilfallimentarista.it.

RICCI M., *I controlli individuali del socio non amministratore di società a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. comm.*, 2006.

RIMATO A., *Profili di responsabilità nei sistemi di allerta*, in www.osservatorio-oci.org.

RINALDI P., *Il Collegio di Esperti dell'OCRI: arbitri, giocatori e guardalinee?*, in www.ilfallimentarista.it.

RINALDI P., *Procedure di allerta: è necessario il riassetto organizzativo delle imprese*, in www.ipsoa.it.

RINALDI P., *Riforma e Organismi di gestione della crisi: anomalie possibili e conseguenze sulle negoziazioni con i creditori*, in www.ilfallimentarista.it.

RIPERT G., ROBLOT R., *Traité de droit commercial*, Paris, 1995.

RIVA P., DIFINO M., *Crisi d'impresa: obblighi e ruolo del collegio sindacale nelle segnalazioni di allerta*, in www.ipsoa.it.

RIVIÈRE-PAVARD I., *Les acteurs des procédures*, in *LPA*, 20 marzo 2007, n. 57.

RIZZI F., *Il revisore deve comunicare le carenze del controllo interno*, in *Euroconference*, patrocinata dal Centro Studi Tributari, 11 maggio 2019, disponibile su www.ecnews.it.

ROBERT A., *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts-comptables*, Paris, 2011.

ROCCO A., *Il Fallimento: Teoria generale e origine storica*, Milano, 1917.

ROHART-MESSAGE I., *La prevention-détection par les president des tribunaux de commerce*, in *Gaz. Pal.*, 2010.

ROMANI A.-M., *Les techniques de prevention des risques de défaillance des entreprises*, in *Mél. en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Paris, 2000.

RONET-YAGUE D., *Les créances des sécurité sociale et l'entreprise en difficulté*, Aix-Marseille, 2012.

RORDORF R., *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza*, in *Società*, 2008.

RORDORF R., *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, in *Società*, fasc. 6, 2013.

RORDORF R., *Prefazione a AMBROSINI S., Il nuovo diritto della crisi d'impresa: I. 132/15 e prossima riforma organica: disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016.

ROSSI A., *Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in www.ilcaso.it.

ROUSSEL-GALLE PH., *Réforme du droit des entreprises en difficulté. De la théorie à la pratique*, Paris, 2007.

ROUSSEL-GALLE PH., LE MARCHAND P., *La prevention. Du mandate ad hoc et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et "prepack" cession*, in *CDE*, 2015.

ROVELLI L., *La tutela dei diritti dei creditori attraverso le procedure concorsuali e l'art. 24 della Costituzione*, in FABIANI M., PATTI A., *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare. Scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, Milano, 2006.

SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

SAINT-ALARY-HOUIN C., MONSIÈRE-BON M.-H., *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

SAINTOURENS B., *L'entreprise en société à responsabilité limitée*, Paris, 1994.

SALANITRO N., voce *Procedure concorsuali, I) profili generali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988.

- SALERNO F., *La responsabilità del revisore tra nuove incertezze e vecchi problemi*, in *Riv. Soc.*, vol. LVIII, fasc. 5, 2013.
- SALGADO M. B., *Droit des entreprises en difficulté*, Parigi, 2007.
- SALLORENZO V., *Profili di responsabilità degli amministratori delle società di capitali nella gestione della crisi di impresa*, disponibile su www.ilcaso.it.
- SANCETTA G., BARATTA A. I., SICURO L., *Le misure di allerta: ruolo e funzioni dell'OCRI alla luce del nuovo testo del codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.ilfallimentarista.it.
- SANDULLI M., *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009.
- SANTONI G., *I sistemi di allerta e prevenzione e le procedure anticipatorie della crisi nel progetto di riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, vol. I, 2004.
- SANZO S., *La responsabilità nella (e per la) crisi*, in M. IRRERA (a cura di), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Torino, 2016.
- SCIUTO M., *I presupposti del fallimento e l'apertura della procedura*, in M. CIAN, *Manuale di diritto commerciale*, vol. I, Torino, 2016.
- SENECA, *Epistulae ad Lucilium, Liber 1-1*.
- SOINNE B., *La procédure d'alerte*, *JCP éd E*, 1985, vol. II, n. 14563.
- SOINNE B., *Traité des procédures collectives*, in *Les Traités*, n. 79, Paris, 1995.
- STANGHELLINI L., *Proprietà e controllo della impresa in crisi*, in *Riv. Soc.*, 2004.
- STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa tra diritto ed economia- Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007.
- STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nelle società in crisi*, in *Riv. Soc.*, fasc. 4, 2012.
- SZRAMKIEWICZ R., DESCAMPS O., *Histoire du droit des affaires*, Paris, 2013.
- TALLIA F., *Il dovere di diligenza e la Business Judgement Rule*, in *Il Nuovo Diritto delle Società*, fasc. 4, 2013.
- TEBOUL G., *Recommandations pour un meilleur traitement des entreprises en difficulté*, *Gaz. Pal.*, 16 maggio 2017.
- TERRANOVA G., *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. nei confronti della società (art. 2392 cod. civ.)*, in MARCHETTI C. (a cura di), *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2015.
- THÉVENOT C., *Mandat ad hoc et conciliation: de nouveaux outils pour une meilleure prévention*, in *LPA*, 17 febbraio 2007, n. 35.
- TOMBARI U., *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Riv. Soc.*, vol. VI, 2013.
- VASSALLI F., *La prevenzione delle crisi d'impresa: bilancio attuale nella legislazione italiana, proposta de iure condendo. Primi appunti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011.
- VIANDIER A., *L'évolution du commissariat aux comptes*, in *Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à R. Roblot*, Paris, 1984.
- VICARI A., *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, in *Giur. Comm.*, vol. I, 2013.
- VIDAL D., *Le principe de non-immixtion du commissaire aux comptes dans la gestion*, in *La revue du commissaire aux comptes*, n. 8, 1984.
- VIDAL D., *Droit des procédures collectives*, Paris, 2006.

VIDAL D., *Prévention des difficultés des entreprises, in Juris Classeur Commercial*, n. 44, fasc. 2025, 2006.

VIDAL D., GEORGINI G.-C., *Cours de droit des entreprises en difficulté*, Issy-les-Moulineaux, 2016.

ZANICHELLI V., *La segnalazione dei creditori pubblici qualificati: quod sine die debetur numquam debetur?*, in www.ilcaso.it.

ZANOTTI G., *Le banche e la ristrutturazione delle imprese in crisi*, in FORESTIERI G. (a cura di) *Corporate e investment banking*, Milano, 2003.

Normativa italiana

Disegno di legge recante *Modifiche urgenti al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, recante disciplina del fallimento*, in www.senato.it.

Disegno di legge n. C-7458 del 2000, recante *Delega al Governo per la riforma delle procedure relative alle imprese in crisi*, disponibile su <http://leg13.camera.it>.

Proposta di legge n. C-7497 del 2000, disponibile su <http://leg13.camera.it>.

Decreto Ministeriale 28 novembre 2001 recante *Commissione per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi*, in www.ilfallimento.it.

Decreto Ministeriale n. 320 del 29 dicembre 2004, recante *Individuazione delle professionalità abilitate a comporre il collegio sindacale, ai sensi dell'articolo 2397, secondo comma, del codice civile*, disponibile su www.tuttocamere.it.

Dlgs. n. 28 del 4 marzo 2010, recante *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, testo completo disponibile su www.gazzettaufficiale.it.

Dlgs. n. 39 del 2010 (così come modificato dal Dlgs. n. 135 del 2016), disponibile su www.revisionelegale.mef.gov.it.

Quaderno n. 31 della SAF (Scuola di Alta Formazione), *La riforma della revisione legale in Italia: una prima analisi del D.Lgs. 39 del 27 gennaio 2010*, disponibile su www.odcec.mi.it.

Quaderno n. 71 della SAF (Scuola di Alta Formazione), *Sistemi di allerta interna. Il monitoraggio continuativo del presupposto di continuità aziendale e la segnalazione tempestiva dello stato di crisi da parte degli organi di vigilanza e controllo societario. Guida in materia di sistemi di allerta preventiva*, disponibile su www.odcec.mi.it.

Legge delega 30 ottobre 2017, n. 155, testo completo disponibile su www.gazzettaufficiale.it.

Dlgs. 12 gennaio 2019, n. 14, testo completo disponibile su www.gazzettaufficiale.it.

Studio n. 237 del 2014, del CNN (Consiglio Nazionale del Notariato), disponibile su www.notariato.it.

Principi di comportamento del collegio sindacale, disponibile su www.commercialisti.it.

Consiglio Nazionale Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, *Relazione sul governo societario contenente programma di valutazione del rischio di crisi aziendale*, testo completo disponibile su www.ipsoa.it.

Normativa sovranazionale e straniera

Projet de loi n. 249, adottato dall'Assemblée Nationale, in *JOAN*, 1980.

Dossier de gestion pour les PME, elaborato dall'Ordre des experts-comptables et comptables agréés, in *Economica*, 1984.

Relazione al Dlgs. n. 6 del 17 gennaio 2003, disponibile su www.tuttocamere.it.

Direttiva europea n. 56 del 2014, in www.eur-lex.europa.eu.

Legislative Guide to Insolvency Law, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Parts 1 and 2, Recommendation n. 46, 2004.

Dlgs. n. 5 del 9 gennaio 2006, recante *Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*, in attuazione della Legge n. 80 del 14 maggio 2005, testo completo disponibile su www.tuttocamere.it.

Direttiva 2006/43/CE come modificata dalla direttiva 2014/56/CE, in www.eur-lex.europa.eu.

Norme d'exercice professionnel 570 relativa alla *continuité d'exploitation*, omologata dall'*Arrêté* del 7 maggio 2007, *JO*, n. 111, 13 maggio 2007.

Ddl. n. 83 del 26 giugno 2012, disponibile su www.camera.it.

Raccomandazione della Commissione Europea, 12 marzo 2014, n. 135, in www.eur-lex.europa.eu.

Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio riguardante *i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti*, 22 dicembre 2016, n. 359 (COD), in www.c.europa.eu.

Relazione illustrativa a Legge n. 155/2017 di delega al governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, in www.giustizia.it.

Principio di Revisione Internazionale (ISA Italia) n. 200, Obiettivi generali del revisore indipendente e svolgimento della revisione contabile in conformità ai principi di revisione internazionali, in www.revisionelegale.mef.gov.it.

Principio di Revisione Internazionale (ISA Italia) n. 250B, Le verifiche periodiche in materia di regolare tenuta della contabilità sociale, in www.revisionelegale.mef.gov.it.

Principio di Revisione Internazionale (ISA Italia) n. 260, Comunicazione con i responsabili delle attività di governance, in www.revisionelegale.mef.gov.it.

Principi di Revisione Internazionale (ISA Italia) n. 265, Comunicazione delle carenze nel controllo interno ai responsabili delle attività di governance ed alla direzione, in www.revisionelegale.mef.gov.it.

Principio di Revisione Internazionale (ISA Italia) n. 720B, Le responsabilità del soggetto incaricato della revisione legale relativamente all'espressione del giudizio sulla coerenza, in www.revisionelegale.mef.gov.it.

Principio di Revisione Internazionale (ISA Italia) n. 570, Continuità aziendale, in www.revisionelegale.mef.gov.it.

Principio di revisione Isqc Italia 1, Controllo della qualità per i soggetti abilitati che svolgono revisioni contabili complete e limitate del bilancio, nonché altri incarichi finalizzati a fornire un livello di attendibilità ad un'informazione e servizi connessi, in www.revisionelegale.mef.gov.it.

Code de droit économique, Titre 2, Chapitre 2, art. XX.25, disponibile su www.ejustice.just.fgov.be.

Giurisprudenza italiana

Cost., 09-03-92, n. 89, testo disponibile su www.giurcost.org.

Cost., 29-12-05, n. 481, in www.giurcost.org.

Cost., 07-05-14, n. 116, in *Notariato*, 2014.

Cass. Civ., 06-03-70, n. 558, in *Foro it.*, vol. I, 1971.

Cass. Civ., 05-01-72, n. 21 in *Giust. Civ.*, vol. I, 1972.

Cass. Civ., 21-03-74, n. 790, in *Giur. Comm.*, vol. II, 1974.

Cass. Civ., 27-07-78, n. 3768, in *Giur. Comm.*, vol. II, 1980.

Cass. Civ., 16-01-82, n. 280, in *Fall.*, vol. II, 1982.

Cass. Civ., 22-06-90, n. 6278, in *Giust. Civ.*, vol. I, 1990.

Cass. Civ., 10-07-91, n. 7642, in *Giust. Civ.*, 1991.

Cass. Civ., 28-04-97, n. 3652, in *Giust. Civ.*, vol. I, 1997.

Cass. Civ., 17-09-97, n. 9252, in *Fall.*, 1998.

Cass. Civ., 28-05-98, n. 5287, in *Fall.*, 1999.

Cass. Civ., 24-03-99, n. 2772, in *Fall.*, 2000.

Cass. Civ., 23-03-04, n. 5718, in *Società*, 2004.

Cass. Civ., 24-08-04, n. 16707, in *Foro it.*, vol. I, 2005.

Cass. Civ., 15-02-05, n. 3032, in MARCHETTI C. (a cura di), *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2015.

Cass. Civ., 12-12-05, n. 27389, in *Giur. Comm.*, 2007

Cass. Civ., 26-01-06, n. 1534, *Società*, 2007.

Cass. Civ., 04-06-07, n. 12929, in *Danno e resp.*, 2007.

Trib. Milano, 16-10-08, n. 12155 *non vidi*, ma citata in Cass. Civ., 10-05-17, n. 11446, disponibile su www.forumius.it.

Cass. Civ., 12-08-09, n. 18231, disponibile su www.dejure.it.

Cass. Civ., 13-01-10, n. 403, in *Foro it.*, vol. I, 2010.

Cass. Civ., 11-11-10, n. 22911, in *Fall.*, 2011.

Cass. Civ., 14-10-13, n. 23233, in *Riv. not.*, vol. II, 2014.

Cass. Civ., 12-02-13, n. 3409, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013.

Trib. Cassino, 25-03-14, n. 319, disponibile su www.ilcaso.it.

Cass. Civ., 09-11-15, n. 22848, con nota di CARUSO V., *Responsabilità degli amministratori privi di deleghe*, disponibile su www.dejure.it e con nota di S. Patti, *Il dovere degli amministratori senza delega di agire in modo informato*, disponibile su www.air.uniud.it.

Cass. Civ., 31-08-16, n. 17441, disponibile su www.neldiritto.it.

Cass. Civ., 06-11-17, n. 26284, disponibile su www.ilcaso.it.

Cass. Civ., 29-12-17, n. 31204, in *Società*, 2018.

Cass. Civ., 13-06-14, n. 13517, in *Società*, 2015.

Cass. Civ. Sez. Un., 06.05.2015, n. 9100, con nota di SPIOTTA M., *L'atteso chiarimento delle Sezioni Unite sull'utilizzabilità del criterio del deficit*, in *Giur. it.*, 2015.

Cass. Civ., 22-06-17, n. 15470, disponibile su www.dejure.it.

Cass. Civ., 29-12-17, n. 31204, disponibile su www.eius.it.

Cass. Civ., 05-09-18, n. 21662, disponibile su www.ilquotidianogiuridico.it.

Cass. Civ., 22-07-19, n. 18770, disponibile su www.sentenze.laleggepertutti.it.

App. Milano, 14-01-92, in *Giur. Comm.* 1993.

App. Bologna, 12-01-04, in *Fall.*, 2005.
App. Milano, 29-09-04, con nota di CASCIONE C. M., *Note in tema di contratto di licenza di marchio*.
App. Milano, 23-01-07, in MARCHETTI C. (a cura di), *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2015.
App. Venezia, 22-03-18, in BORSARI R., *Due forme di responsabilità per le diverse violazioni*, in *IlSole24Ore*, 27 agosto 2019.

Trib. Milano, 26-06-89, in *Società*, 1989.
Trib. Napoli, 18-03-95, in *Società*, 1995.
Trib. Napoli, 17-05-99, in *Società*, 1999.
Trib. Parma, 03-11-99, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, vol. I, 2001.
Trib. Milano, 10-02-00, in *Giur. Comm.*, vol. II, 2001.
Trib. Milano, 22-11-01, *non vidi*, ma citata in Cass. Civ., 10-05-17, n. 11446, disponibile su www.forumiuris.it.
Trib. Milano, 20-02-03, in *Società*, 2003.
Trib. Milano, 20-03-03, in *Società*, 2003.
Trib. Biella, 18-05-05, in *Società*, 2006.
Trib. Roma, 16-01-08, in *Riv. not.*, 2009.
Trib. Milano, 04-04-13, n. 4560, in www.giurisprudenzadelleimprese.it.
Trib. Roma, 14-05-13, n. 10376, *non vidi*, ma citata in Cass. Civ., 10-05-17, n. 11446, disponibile su www.forumiuris.it.
Trib. Vicenza, ord. 13-06-14, n. 90, disponibile su www.dejure.it.
Trib. Milano, decr. 19-04-16, n. 1906 *non vidi* ma in BUFFELLI G., *Il principio di continuità in presenza di crisi*, disponibile su www.ilfallimentarista.it.
Trib. Milano, decr. 19-04-16, n. 1096, in *Società*, n.3, 2017, p. 299, con nota di FAGGIANO M., *Accertamento giudiziale dell'assenza del presupposto della continuità aziendale*, disponibile su www.iusimpresa.com.
Trib. Milano, ord. 28-09-16, n. 10374, in www.personaedanno.it.
Cass. Civ., 10-05-17, n. 11446, disponibile su www.forumiuris.it.
Trib. Bologna, 20-06-17, n. 19101, in www.ilcaso.it.
Trib. Roma, 22-12-17, in BORSARI R., *Due forme di responsabilità per le diverse violazioni*, in *IlSole24Ore*, 27 agosto 2019.
Trib. Bologna, decr. 23-05-19, rg. 2328, *non vidi* ma in BUSANI A., SMANIOTTO E., *Sì al sindaco unico di Srl esterno al registro dei revisori*, in *IlSole24Ore*, 1° luglio 2019.

Giurisprudenza straniera

Cons. Const., 26-09-14, n. 415, in *Rev. sociétés*, 2014.

Cass. com., 26-01-83, in *JT*, 1983, n. 5255.
Cass. com., 21-11-89, *Bull. CNCC* 1990, con nota di DU PONTAVICE E.
Cass. com., 03-12-91, n. 90-14592, in *Rev. sociétés* 1992.
Cass. com., 03-12-91, n. 488, disponibile su www.legifrance.gouv.fr
Cass. com., 30-11-93, in *Bull. Joly*, 1994, con nota di PÉTEL PH.
Cass. com., 03-01-95, in *Bull. Joly*, 1995.
Cass. com., 14-11-95, *JCP éd E*, 1995, n. 5.
Cass. com., 24-02-98, in *Rev. soc.*, 1994, p. 136, con nota di GUYON Y.

Cass. com., 16-03-99, in *RJDA*, 1999, n. 455.
Cass. com., 25-06-02, *RJDA* 2002, n. 1305.
Cass. com., 03-03-04, in *Bull. Joly*, 2004, n. 495, con nota di LE CANNU P., in *Dr. Sociétés*, 2004, n. 218.
Cass. com., 26-06-05, in *Dr. sociétés*, 2005, n. 193.
Cass. com., 30-10-12, nn. 11-20591, disponibile su www.legifrance.gouv.fr.
Cass. com., 30-10-12, nn. 11-21846, disponibile su www.legifrance.gouv.fr.
Cass. com., 11-02-14, n. 21069, in *Rev. sociétés*, 2014, con nota di MASTRULLO T.

TGI Toulouse, 29-06-00, *BCNCC*, 2000, n. 125.
TGI Rouen, 25-06-07, *BCNCC*, 2007, n. 147.

CA Paris, 18-11-97, in *Bull. Joly*, 1998, con nota di BARBIÈRI J.-J.

Trib. Paris, 25-02-98, *RTD com.*, 1998.