

2. **ORGANI
DI AMMINISTRAZIONE
E CONTROLLO**

di Patrizia Riva e Alberto Roda



2.1. PRINCIPI

Il D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante il nuovo “Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza”, introduce nuovi compiti per gli organi di amministrazione e controllo e per i revisori esterni¹. Tali compiti sono finalizzati alla individuazione, prevenzione e soluzione delle situazioni di crisi.

Più in dettaglio, la riforma organica della crisi d’impresa stabilisce una serie di misure volte a sensibilizzare gli organi di amministrazione e controllo delle imprese, al fine della tempestiva adozione degli strumenti necessari a rilevare lo stato di difficoltà economico-finanziario dell’impresa e a garanzia delle loro continuità.

L’obiettivo è quello di conservare i mezzi organizzativi dell’impresa e assicurarne la sopravvivenza, garantendo alla collettività e agli stessi creditori sociali il mantenimento

¹ Tra l’altro, con la Legge 8 marzo 2019, n. 20 il Governo è stato delegato ad emanare uno o più decreti correttivi del Codice entro due anni dalla data di entrata in vigore dell’ultimo dei Decreti legislativi adottati in attuazione della delega di cui alla Legge n. 155/2017.

Pertanto, sia pure con l’avvertenza che – allo stato – il Decreto legislativo attuativo della delega di cui alla Legge n. 155/2017 è solamente il D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, istitutivo del Codice (onde l’ultimo dei decreti cui allude la norma è uno solo, ovvero appunto il D.Lgs. n. 14/2019) sarà possibile – **entro 2 anni dall’agosto 2020** – l’adozione di ulteriori disposizioni integrative e correttive del Codice da parte del Governo, anche alla luce delle recente Direttiva 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, emanata in data 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l’esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell’Unione Europea del 26 giugno 2019, serie L 172.

Tale possibilità è stata utilizzata dal Governo nei giorni antecedenti la pubblicazione del presente libro, onde a seguire si farà menzione nelle note delle modifiche al Codice della crisi apportate dallo “Schema di decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive a norma dell’articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante “Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155” (c.d. Decreto Correttivo del 17 dicembre 2019)”, che a norma del suo art. 40 “entra in vigore il 14 agosto 2020, ad eccezione delle disposizioni di cui agli articoli 36, commi 1 e 2 e 38, comma 1”.

Inoltre con il Decreto legge 8 aprile 2020 n. 23 (non ancora convertito in legge alla data di redazione di questa nota) è stato previsto (all’art. 5) il differimento dell’entrata in vigore del Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza alla data del 1 settembre 2021.

La relazione tecnica al D.L. n. 23/2020 (altrimenti denominato “Decreto Liquidità”) ha dato conto delle ragioni del rinvio, individuate – oltre che naturalmente nella nota situazione di emergenza sanitaria che sta interessando l’intero territorio nazionale, la quale costituisce il vero e proprio presupposto di questa legislazione emergenziale – nella necessità di garantire la certezza del diritto, con riferimento alla piena applicazione della riforma della disciplina della gestione della crisi e dell’insolvenza, permettendo, da un lato, a tutti i soggetti coinvolti di continuare ad operare secondo prassi già consolidate senza dubbi interpretativi e procedurali, e, dall’altro lato, al sistema economico di tornare – superata la fase più acuta dell’epidemia – alla normalità quotidiana, rendendolo così in grado di sopportare le conseguenze delle modifiche legislative introdotte dal Codice. Ulteriori e più analitiche ragioni di opportunità in merito al differimento dell’entrata in vigore del Codice si trovano nella relazione illustrativa del Decreto Liquidità, alla cui lettura si rimanda integralmente.

2. Organi di amministrazione e controllo

2.1. Principi

della garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali.

Il Codice della crisi (di seguito anche solo “Codice”) ha reso **normativamente pre-tensibile** in capo all'imprenditore una pluralità di comportamenti di tutela, da assumersi anche in via anticipata rispetto all'evenienza della crisi, vista non più solo come un evento negativo accidentale, ma considerata come un evento fisiologico nell'ambito della vita aziendale.

La riforma ha imposto all'imprenditore il dovere:

- 1) di adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi;
- 2) di assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte e
- 3) (se organizzato in forma collettiva) di adottare un assetto organizzativo adeguato, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative (art. 3, comma 1 e 2 del Codice).

L'imprenditore deve – in ossequio ai principi della buona fede e della correttezza, che informano tutta la fase della crisi d'impresa – fornire ai creditori tutte le informazioni sulla propria situazione; assumere tempestivamente le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura, senza pregiudicare i diritti dei creditori; gestire l'impresa nell'interesse prioritario dei creditori (art. 4, comma 2 del Codice).

Nella sostanza, comportamenti che nella legislazione precedente erano doverosi in ragione di una interpretazione sistematica (si pensi al dovere dell'organo amministrativo delle società per azioni di conservare l'integrità del patrimonio sociale; alla responsabilità penale dell'imprenditore per aver ritardato con colpa grave la dichiarazione del proprio fallimento; all'obbligo del collegio sindacale di vigilare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo corretto funzionamento), sono stati positivizzati ed implementati in modo ordinato e metodico con la riforma.

A loro volta, gli organi di controllo societari sono specularmente chiamati ad un'opera di attenta verifica del rispetto degli obblighi posti a carico degli amministratori per fronteggiare il manifestarsi della crisi d'impresa.

In particolare, gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione (sia pure ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni), hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa sia adeguato, se sussista l'equilibrio economico finanziario e quale sia il prevedibile andamento della gestione, nonché l'obbligo di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi, e, in caso di inerzia di questo, l'obbligo definitivo di informare l'OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga agli obblighi di segretezza.

Scopo di questo contributo è di delineare in modo specifico quali siano esattamente i doveri imposti dal Codice agli organi amministrativi e di controllo delle società commerciali per fronteggiare la crisi d'impresa, verificandone i presupposti e analizzando le principali casistiche, anche con riferimento a quella porzione della riforma già entrata in vigore, nonché enucleare le principali ipotesi di responsabilità delineate dalla riforma, con particolare riguardo alla problematica dell'individuazione del danno ascrivibile ai

soggetti inadempienti, anche alla luce della modifica delle relative norme codicistiche (art. 2476, comma 6, c.c. e art. 2486, comma 3, c.c.).

2.2. DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI

2.2.1 In generale

In base alla nuova normativa, gli Amministratori delle società devono valutare costantemente lo stato di salute dell'impresa e, quindi, verificare periodicamente:

- se l'assetto organizzativo dell'impresa sia adeguato;
- se sussista l'equilibrio economico – finanziario;
- quale sia il prevedibile andamento della gestione (continuità aziendale).

L'assetto organizzativo si valuta adeguato se presenta una struttura compatibile con le dimensioni della società nonché alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale.

Il Codice contiene alcune disposizioni già immediatamente operative (entrate in vigore con decorrenza dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione del D.Lgs. n. 14/2019 nella Gazzetta Ufficiale – 14 febbraio 2019 – e dunque vigenti a far tempo dal **16 marzo 2019**), che completano il percorso di modifica del sistema della responsabilità degli enti e dei soggetti che li amministrano e controllano, avviato dal legislatore da alcuni anni e che attribuisce al controllo di gestione (e più in generale agli obblighi di organizzazione e pianificazione dell'attività d'impresa) una funzione centrale ai fini della gestione dei rischi cui l'attività d'impresa è per sua natura soggetta: ciò nella prospettiva di assicurare adeguata tutela agli interessi di tutti i c.d. *stakeholders* (investitori, risparmiatori, lavoratori, clienti, fornitori, e talora semplici cittadini), sulla cui sfera giuridica, economica e personale tali rischi si riverberano.

Il Codice è intervenuto in modo incisivo sulle disposizioni generali e particolari che disciplinano la materia, ponendo addirittura al centro dell'intero sistema della responsabilità dei soggetti investiti di funzioni di amministrazione e controllo dell'impresa (sia essa individuale o collettiva) l'obbligo dell'imprenditore di dotarsi di strumenti idonei a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.

Si può affermare – sia pure in via di prima approssimazione (e salvo quindi quanto sarà specificato nei paragrafi seguenti) – che tutto il sistema delle responsabilità è stato strutturato in funzione dell'obbligo di gestire in modo adeguato il rischio di crisi e salvaguardare la continuità d'impresa.

È difficile però prevedere, in questa fase iniziale, l'impatto del nuovo sistema su una realtà imprenditoriale quale quella nazionale, caratterizzata da un'elevata percentuale di piccole imprese che si reggono su un'organizzazione minimale o incompleta, connotate da una scarsa cultura contabile e da una netta avversione per tutti i fenomeni relativi all'insolvenza.

2.2.2 Obblighi specifici

Il principio dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile è

2. Organi di amministrazione e controllo

2.2. Doveri degli amministratori

stato introdotto nel nostro ordinamento con la riforma del diritto societario attuata dal D.Lgs. n. 6/2003, anche se con riferimento alle sole società per azioni: l'art. 2381, comma 3, c.c. prevede infatti che il consiglio di amministrazione, sulla base delle informazioni ricevute, valuti l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; il comma 5 della medesima disposizione dispone che gli organi delegati curino che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscano al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo Statuto e in ogni caso almeno ogni 6 mesi; infine, l'art. 2403 c.c., dispone che il collegio sindacale vigila sull'adeguatezza dell'assetto societario e sul suo concreto azionamento.

Il principio dell'adeguatezza dunque non rappresenta una novità per il nostro ordinamento, anche se le modifiche introdotte dagli artt. 375 e 377 del Codice si pongono in una nuova prospettiva (quella della tempestiva rilevazione dello stato di crisi) e – soprattutto – si riferiscono a tutte le società, sia di persone che di capitali.

Innanzitutto, l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile deve essere predisposto tenendo conto della natura e delle dimensioni dell'impresa: tale assetto si differenzierà a seconda del tipo di attività imprenditoriale svolta e a seconda della complessità e della rischiosità della stessa; sarà tanto più articolato quanto maggiori saranno le dimensioni dell'impresa.

I nuovi assetti organizzativi voluti dalla riforma non devono poi riguardare solo gli organi di amministrazione e di controllo, ma l'intera struttura aziendale regolando sia l'organizzazione societaria e i procedimenti decisionali, sia la parte propriamente esecutiva e operativa dell'attività aziendale, nell'ottica della compiuta e corretta realizzazione dell'oggetto sociale.

Per assetto organizzativo, amministrativo e contabile si deve intendere l'insieme delle regole, direttive e procedure, idonee a garantire che la gestione dell'impresa si esprima ad un livello operativo adeguato. Nello specifico si ha:

- un assetto **organizzativo** adeguato laddove la società si sia dotata di un sistema di **corporate governance** e quindi abbia articolato gli organismi di amministrazione e di controllo in modo proporzionato alla propria complessità operativa ossia in prima approssimazione alle proprie dimensioni; ciò deve portare quantomeno a poter ragionevolmente garantire:
 - 1) una articolata gestione dell'attività da parte degli amministratori basata sul perseguimento di strategie che partano dalla lettura consapevole di dati attendibili sia consuntivi sia prospettici;
 - 2) alla vigilanza sull'operato degli amministratori da parte di controllori qualificati ossia dei sindaci;
 - 3) al controllo in coerenza con i principi di revisione dell'attendibilità e della robustezza dei dati da parte dei medesimi sindaci o, nelle realtà di maggiori dimensioni, da parte di revisori appositamente nominati (si rinvia al Capitolo 6 e al modello proposto nel Capitolo 10);
- un assetto **amministrativo** adeguato nel momento in cui da un lato lo svolgimento delle attività aziendali e delle sue fasi è procedimentalizzato e dall'altro sono stati implementati sistemi di *reporting*, di *budgeting* e di **pianificazione** che permetto-

no *ex ante* di disporre di un cruscotto di indicatori indispensabile a gestire, comprendendole: la prevedibile evoluzione della situazione aziendale; le variabili rilevanti e le leve a disposizione del *management*; nonché di monitorare *ex post* gli scostamenti tra previsioni e risultati consuntivati (si rinvia per approfondimenti al Capitolo 7);

- un assetto **contabile** adeguato quando esiste un sistema efficiente di rilevazione tempestiva cui consegue una rappresentazione veritiera (*true*) e corretta (*fair*) dei fatti aziendali in coerenza con i principi contabili e avendo ben presente la necessità di operare in *compliance* con la normativa civilistica, fiscale, previdenziale (si rinvia al Capitolo 8).

L'aspetto più interessante è che mentre il principio degli assetti organizzativi adeguati contenuto nell'ambito della riforma del diritto societario era funzionale a promuovere l'efficienza della correttezza della gestione dell'impresa sociale (come stabilito all'articolo quattro, comma 2, lett. b) della Legge di delega al Governo per la riforma del diritto societario), quello introdotto con la riforma in esame è funzionale anche alla tempestiva rilevazione della crisi e della perdita della continuità aziendale. L'assetto organizzativo dell'attività di impresa è finalizzato quindi non solo all'ottenimento di risultati positivi ma anche allo scopo di prevenire la crisi e la perdita della continuità aziendale.

Il secondo obbligo imposto dall'art. 2086, comma 2, c.c. agli imprenditori organizzati in forma collettiva è quello di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e per il recupero della continuità aziendale.

Quindi l'imprenditore collettivo non soltanto deve organizzarsi in modo adeguato al fine di rilevare tempestivamente la crisi, ma deve anche agire conseguentemente senza indugio adottando ed attuando uno degli strumenti previsti per il superamento della crisi aziendale.

2.3. DOVERI DEI SINDACI E DEI REVISORI

2.3.1 Obblighi di nomina dell'organo di controllo (e del revisore) nelle S.p.A.

La disciplina previgente non ha subito modifiche in seguito al Codice.

Ai sensi dell'art. 2400 c.c., i sindaci vengono individuati per la prima volta dai soci nell'atto costitutivo, mentre, per le nomine successive, tale compito è affidato esclusivamente all'assemblea dei soci. Il collegio sindacale in una S.p.a. non quotata deve essere composto da tre o da cinque sindaci effettivi e da due sindaci supplenti (art. 2397 c.c.). A stabilirne il numero sono sempre i soci nell'atto costitutivo e solo a seguito di una delibera di assemblea straordinaria con conseguente modifica dell'atto costitutivo sarà possibile modificare il numero dei membri effettivi. Ai sensi dell'art. 2409-*bis* c.c. le S.p.A. sono altresì obbligate a sottoporsi alla revisione legale dei conti, che potrà essere esercitata da un revisore unico, oppure una società di revisione, sempre che essi siano iscritti nell'apposito registro. La relativa funzione potrà anche essere esercitata dal

2. Organi di amministrazione e controllo

2.3. Doveri dei sindaci e dei revisori

collegio sindacale, se la società non sia tenuta alla redazione del bilancio consolidato e lo Statuto preveda espressamente questa facoltà.

2.3.2 Obblighi di nomina dell'organo di controllo (o del revisore) nelle S.r.l.

In base alla disciplina in vigore fino alla data del 15 marzo 2019, le S.r.l. avevano l'obbligo di nominare l'organo di controllo solamente qualora per due esercizi consecutivi la società avesse superato due dei seguenti limiti:

- un totale dell'attivo dello Stato patrimoniale superiore a 4,4 milioni di euro;
- ricavi delle vendite e delle prestazioni superiori a 8,8 milioni di euro;
- dipendenti occupati in media durante l'esercizio superiori alle 50 unità.

In seguito, con l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa, a partire dal 16 marzo 2019, vi è stata una decisa riduzione dei parametri non solo dal punto di vista "dimensionale", ma altresì quantitativo. Più in dettaglio, inizialmente, l'art. 379 del Codice ("Nomina degli organi di controllo"), a modifica dell'art. 2477 c.c., ha esteso le ipotesi di obbligatorietà di nomina dell'organo di controllo nelle S.r.l.

Il nuovo art. 2477 c.c. ha disposto infatti:

- a) che la nomina dell'organo di controllo o del revisore è obbligatoria se la società è tenuta alla redazione del bilancio consolidato, se controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti e se ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti (poi modificati, *cf. infra*):
 - totale dell'attivo dello Stato patrimoniale pari a 2.000.000 euro;
 - ricavi delle vendite e delle prestazioni pari a 2.000.000 euro;
 - dipendenti occupati in media durante l'esercizio pari a 10 unità (comma 3);
- b) che l'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore cessa, quando, per tre esercizi consecutivi (e non più due, come nella formulazione del comma in questione anteriore al Codice), non è superato alcuno dei limiti di cui al comma 3 (comma 4);
- c) che, in caso di inerzia dell'assemblea nella nomina dell'organo di controllo, potrà provvedervi il Tribunale, oltre che – come già previsto prima del Codice – su richiesta di qualsiasi soggetto interessato, anche su segnalazione del conservatore del Registro delle Imprese (comma 6).

La normativa appena citata entra in vigore nel termine di 9 mesi dalla data di entrata in vigore dell'art. 379 del Codice (e dunque a far tempo dal 17 dicembre 2019), per consentire alle S.r.l. e alle società cooperative organizzate in forma di S.r.l. tenute alla nomina dell'organo di controllo e del revisore di ottemperare all'incombente, adeguando, se necessario, l'atto costitutivo e lo statuto (art. 379, comma 3 del Codice). Successivamente, il c.d. Decreto Sblocca Cantieri (D.Lgs. n. 32/2019, conv. in Legge n. 55/2019, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 2019) ha introdotto un'ulteriore modifica alle soglie per l'obbligo di nomina degli organi di controllo nelle società a responsabilità limitata, incidendo sull'art. 379 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), e riformando, quindi, nuovamente il comma 3 dell'art. 2477 c.c.

Con il **Decreto Sblocca Cantieri**, infatti, sono stati nuovamente aumentati i requisiti

dimensionali che fanno scattare l'obbligo di nomina dell'organo di controllo nelle S.r.l., onde, nella versione attuale, esso diviene obbligatorio al superamento per **due esercizi consecutivi di almeno uno** dei seguenti requisiti:

- un totale dell'**attivo** dello Stato patrimoniale **superiore a 4 milioni** di euro;
- **ricavi** delle vendite e delle prestazioni **superiori a 4 milioni** di euro;
- **dipendenti occupati** in media durante l'esercizio **superiori alle 20 unità**.

Secondo il Presidente del Consiglio nazionale dei commercialisti ed esperti contabili, il Decreto Sbocca Cantieri è riuscito a declinare il giusto compromesso tra l'esigenza di controllo che veniva attuata con parametri fin troppo bassi e lo snellimento della gestione amministrativa aziendale, raggiungendo in maniera più equilibrata l'obiettivo del D.Lgs. n. 14/2019, ovvero utilizzare lo strumento dell'allerta – che ha nell'attività del collegio sindacale il suo elemento centrale – per anticipare la crisi e tentare il salvataggio dell'azienda. La modifica legislativa persegue il duplice fine di evitare che le società di dimensioni ridotte debbano sostenere i costi relativi alla nomina dell'organo di controllo e al contempo di ridurre il rischio che quest'ultimo debba confrontarsi con realtà imprenditoriali non sufficientemente strutturate. Le prime stime circa l'impatto delle nuove soglie consentono di intravedere come l'obbligatorietà della nomina del collegio sindacale dovrebbe interessare circa 80.000 S.r.l. contro le 140.000 che sarebbero state, invece, coinvolte applicando i precedenti parametri.

In ogni caso, nonostante l'aumento delle soglie per l'adozione dell'organo di controllo nelle S.r.l. e la conseguente riduzione del numero delle società obbligate, parte della dottrina² ha espresso l'opinione che gli attuali limiti non siano comunque idonei ad esonerare numerose realtà imprenditoriali, ad oggi dotate di una struttura amministrativa molto ridotta e non adeguata a supportare, come necessario, l'organo sindacale. Secondo questa opinione, molte delle società ancora interessate dall'obbligo di nomina ricorrono all'esternalizzazione della gestione della contabilità, adottando una pratica che spesso comporta che la documentazione necessaria al rispetto delle scadenze fiscali sia aggiornata in maniera pressoché immediata, con il rinvio ad un momento successivo della redazione dei documenti obbligatori ai fini civilistici, invece essenziali per l'effettuazione dei controlli dovuti al revisore. In queste condizioni, sempre per l'opinione citata, appare assolutamente opportuna un'attenta valutazione da parte del professionista in sede di accettazione dell'incarico, dovendo questi tenere in debito conto l'assetto organizzativo dell'impresa al fine di valutarne l'adeguatezza rispetto alle dimensioni della stessa e del mercato in cui questa si trova ad operare.

Ad ogni modo, la recente modifica normativa ha lasciato **immutato il termine** precedentemente stabilito per l'adeguamento e la conseguente nomina dell'organo di controllo, che – come detto sopra – deve avvenire entro i 9 mesi successivi alla scadenza del trentesimo giorno dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (e dunque, **entro la mezzanotte del 16 dicembre 2019**). La verifica del superamento dei limiti di cui al comma 3 dell'art. 2477 c.c. doveva essere

² Baratta A. I., Lauri O., *Attività del collegio sindacale alla luce della crisi del Codice della crisi e dell'insolvenza, il Fallimentarista*, 2019.

2. Organi di amministrazione e controllo

2.3. Doveri dei sindaci e dei revisori

effettuata avendo riguardo ai **due esercizi antecedenti** la scadenza sopra indicata: ciò significa che il rilievo, in presenza di società il cui esercizio coincida con l'anno solare, dovrà concentrarsi negli esercizi 2017 e 2018³.

Entro il 16 dicembre 2019, i soggetti interessati erano tenuti quindi a modificare/adequare il proprio statuto, ove necessario, e nominare il nuovo organo di controllo. L'obbligo di nomina verrà meno nel caso in cui per tre esercizi consecutivi non venga superato nessuno dei sopra indicati nuovi limiti. Come stabilito dall'art. 2477 comma 1 c.c. (comma non inciso dalla riforma) la nomina obbligatoria (per le società che abbiano superato i limiti dimensionali sopra indicati) riguarda testualmente un "organo di controllo o un revisore". Inoltre – salva diversa disposizione statutaria – l'organo di controllo è costituito da un solo membro effettivo, cui sarà demandata anche la revisione legale dei conti, fermo restando che nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, troveranno applicazione le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni.

2.3.3 Collegio sindacale e revisori: ruoli e compiti. Criticità del dettato normativo

Tradizionalmente, soprattutto nell'ambito delle S.p.A., il rapporto tra le figure del sindaco e revisore (laddove non coincidano, come avviene di prassi nelle S.r.l.), attuato con il D.Lgs. n. 6/2003 di riforma del diritto societario e con il D.Lgs. n. 39/2010 sulla revisione legale dei conti, è incentrato sulla **separazione** tra attività di **vigilanza** sulla gestione (attribuita al collegio sindacale) ed attività di **controllo contabile** (attribuita al

³ L'art. 39 del Decreto Correttivo 17 dicembre 2019 ha inciso anche sui tempi di operatività dell'obbligo di segnalazione che grava sugli organi di controllo interno e sui revisori contabili, oltre che sui creditori pubblici qualificati, previsti rispettivamente, dall'art. 14, comma 2, secondo periodo e terzo periodo (introdotto dal Decreto Correttivo) e dall'art. 15, riformulando l'articolo 389 del Codice. Con tale modifica è stata differita al 15 febbraio 2021 l'operatività dell'obbligo di segnalazione in relazione alle imprese che negli ultimi due esercizi non hanno superato anche uno solo dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4 milioni di euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 4 milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 20 unità.

La disposizione si fa carico della preoccupazione segnalata da più parti di consentire una gestione efficiente delle procedure di allerta da parte degli OCRI, evitando il blocco del servizio a causa del numero elevato di segnalazioni iniziali. A questo fine si prevede una gradualità nell'avvio del sistema delle segnalazioni all'organismo, esonerando dall'assoggettamento a tale obbligo, per sei mesi, le imprese più piccole. È evidente che il differimento dell'entrata in vigore dell'obbligo di segnalazione all'OCRI previsto dall'art.14, comma 2, secondo periodo, determina anche, in via riflessa, il differimento dell'operatività della causa di esonero da responsabilità prevista dal comma 3 del medesimo art. 14, che, coerentemente con quanto previsto dalla Legge n. 155/2017, presuppone non solo l'avviso all'organo amministrativo, ma anche la tempestiva segnalazione all'organismo.

La tempistica sopra indicata del 15 febbraio 2021 (ovvero il termine prorogato per l'entrata in vigore dell'obbligo di segnalazione a carico degli organi di controllo e dei revisori contabili, oltre che dei creditori pubblici qualificati, *relativamente alle società aventi i requisiti dimensionali ridotti sopra indicati*) è stata rinviata ad opera del Decreto legge 8 aprile 2020 (che ha appunto previsto il differimento dell'entrata in vigore dell'*intero* Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza alla data del 1 settembre 2021).

revisore legale). Questa separazione è volta, da un lato, a rendere più efficiente il sistema dei controlli, e d'altro lato, a individuare e circoscrivere le responsabilità dei soggetti investiti delle singole funzioni in relazione ai ruoli e ai compiti di ciascuno. La funzione di vigilanza sull'amministrazione si realizza, tra l'altro, mediante le verifiche periodiche e la partecipazione alle riunioni del Consiglio di Amministrazione. Al **Collegio sindacale** (o al Sindaco unico) sono attribuiti poteri preventivi ed impeditivi alquanto penetranti (quali la convocazione dell'assemblea, la promozione dell'azione di responsabilità e la facoltà di sollecitare l'intervento del Tribunale, ai sensi dell'art. 2409 c.c.). Inoltre, sul piano della prevenzione al Collegio sindacale è fatto obbligo di verificare che l'Organo Delegato si avvalga di piani adeguati e riferisca periodicamente in merito al Consiglio con la frequenza richiesta dal tipo di attività svolta e dai rischi cui la società è esposta⁴.

In base ai principi di revisione, invece, la **finalità della revisione contabile** è l'espressione da parte del revisore di un **giudizio** in merito al fatto se il **bilancio** sia **redatto**, in tutti gli aspetti significativi, in **conformità** al **quadro normativo** sull'informazione finanziaria applicabile⁵. Nell'ambito della propria attività, il revisore deve apprezzare la valutazione della direzione aziendale in merito alla capacità dell'impresa di continuare ad operare come un'entità in funzionamento per un periodo non inferiore a 12 mesi dalla data di riferimento del bilancio. Quindi il revisore non si esprime nel corso dell'esercizio, ma si esprime una volta l'anno quando il bilancio è chiuso, e quindi solitamente almeno 4 mesi dopo la chiusura dell'esercizio e sempre con il solo obiettivo di valutare la correttezza dei dati del bilancio rispetto ai principi contabili di riferimento, in coerenza con le procedure previste dai principi di revisione⁶. Al **revisore legale** è sempre preclusa ogni possibilità diretta di intervento volta ad impedire o sanzionare il comportamento degli amministratori in caso di rilevazione di irregolarità o violazioni di legge. Ed invero, al di là delle informazioni e valutazioni che il revisore deve rilasciare in sede di relazione e giudizio sul bilancio (che sono palesemente inidonee a svolgere una funzione preventiva), le possibilità di reazione da parte del revisore legale vanno necessariamente ricondotte nell'ambito del flusso informativo verso il Collegio sindacale, *ex art. 2409-septies*, al fine di sollecitare l'attivazione di quest'ultimo. Al revisore è preclusa ogni possibilità di comunicare con gli azionisti o attivare in via diretta la reazione degli organi sociali.

La **revisione** è quindi un'attività distinta dalla vigilanza, tuttavia per le società non tenute alla redazione del bilancio consolidato, essa **può essere svolta dall'organo di controllo societario**, e cioè dal **collegio sindacale – o dal sindaco unico** – se composto da revisori iscritti nell'apposito registro⁷.

⁴ Precise indicazioni in questo senso si ricavano anche dai principi di comportamento elaborati dai Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri, ed in particolare dalla Norma 11.1, che si concentra sull'attività diretta alla prevenzione ed emersione della crisi.

⁵ Principio di revisione ISA Italia n. 200.

⁶ Principio di revisione ISA Italia n. 570.

⁷ Si veda per approfondimenti: Riva P., Difino M., *Controllo societario e revisione nel Codice della crisi d'impresa*, in *Il Fallimentarista Focus* del 3 luglio 2019.

2. Organi di amministrazione e controllo

2.3. Doveri dei sindaci e dei revisori

Purtroppo, le nuove norme non risolvono l'ambiguità in materia di controllo societario sulle società a responsabilità limitata derivante dalle modifiche apportate all'art. 2477 c.c. negli anni 2011 e 2012 con procedura d'urgenza sotto la spinta dell'emergenza finanziaria, con il dichiarato scopo di ridurre gli oneri per le società. Infatti, tale articolo rubricato "Nomina degli organi di controllo" dispone per le società a responsabilità limitata l'obbligo di nomina dell'**organo di controllo "o" del revisore**. Inoltre, come si è già ricordato, l'art. 14 del CCI pone a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e della società di revisione, ciascuno nell'**ambito** delle **proprie funzioni**, l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo mantenga **costantemente** un adeguato assetto organizzativo dell'impresa, conservi l'equilibrio economico finanziario e valuti il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi. Mentre per le società per azioni le funzioni e gli obblighi degli organi di vigilanza e di revisione sono chiare e distinte, per le società a responsabilità limitata la poco felice formulazione delle norme sopra richiamate richiede uno sforzo interpretativo per comprendere l'intenzione del legislatore. L'obbligo di verificare periodicamente la valutazione dell'equilibrio economico finanziario nel corso dell'esercizio e di segnalare immediatamente all'organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi rientra nell'ordinaria attività di vigilanza svolta dai sindaci, da esercitarsi con periodicità almeno trimestrale. Al contrario, il revisore non ha doveri né poteri di vigilanza, né annuale né infrannuale, ma assume soltanto l'incarico di esprimere un giudizio professionale sulla conformità del bilancio d'esercizio alle disposizioni applicabili, dopo aver acquisito ogni elemento probativo necessario a tale scopo. Come già evidenziato, tra gli elementi probativi è compreso l'accertamento del presupposto della continuità aziendale, ma solo **alla data del bilancio oggetto del giudizio**. Oltretutto, la valutazione di informazioni contabili infrannuali e prospettive ai fini dell'elaborazione degli indicatori finanziari esula dai principi professionali applicabili nella revisione legale e non rientra nelle funzioni né è remunerata dal compenso del revisore legale. Pertanto, un'interpretazione letterale dell'art. 2477 potrebbe indurre a concludere che le società a responsabilità limitata possano scegliere se dotarsi dell'organo di vigilanza oppure del revisore, con ciò sottraendosi al monitoraggio periodico richiesto dall'art. 14 del Codice della crisi. Tale tipo di controllo, avente natura di vigilanza, è infatti estraneo alle funzioni e non è compatibile con la tempistica dell'intervento del revisore legale, che sono rigorosamente delimitate dai principi di revisione⁸.

2.3.4 Obblighi di segnalazione: aspetti procedurali (art. 14 del Codice)

L'art. 14 del Codice pone a carico degli **organi di controllo societari, del revisore contabile e della società di revisione**, ciascuno nell'ambito delle rispettive funzioni, il duplice obbligo di "verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa sia ade-

⁸ Si veda per approfondimenti: Riva P., Difino M., *Op. Cit.*, in *Il Fallimentarista*, Focus del 3 luglio 2019.

guato, se sussista l'equilibrio economico finanziario e quale sia il prevedibile andamento della gestione", nonché di "segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi". Il comma 2 dell'art. 14 disciplina poi in dettaglio le modalità della segnalazione cui sono tenuti gli organi di controllo, di modo che essa possa risultare tempestiva ed efficace, aprendo una sorta di dialogo tra i due organi diretto ad individuare le soluzioni possibili e le iniziative concretamente intraprese⁹. La norma stabilisce infatti che la segnalazione "deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a 30 giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese". La disposizione fissa inoltre termini precisi entro i quali devono essere poste in essere le successive attivazioni. È infatti previsto che "in caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi 60 giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi", i soggetti di cui al comma 1 (e cioè gli organi di controllo societari e il revisore) "informano senza indugio l'OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'art. 2407, comma 1, del Codice civile quanto all'obbligo di segretezza".

I poteri/doveri di attivazione dell'**organo di controllo** (e, è il caso di ricordarlo esplicitamente, solo del collegio sindacale e del sindaco unico, **non del revisore**) sono stati poi ulteriormente **rafforzati** mediante l'attribuzione della legittimazione a presentare la domanda di apertura della liquidazione giudiziale della società, colmando in questo modo una lacuna del sistema previgente che, in molti casi, inibiva all'organo di controllo la possibilità di svolgere sino in fondo i propri doveri di attivazione a tutela dei creditori sociali. Il Codice infatti stabilisce espressamente all'art. 37 (sotto la rubrica "Iniziativa per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza"), che "la domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta con ricorso del debitore, degli organi e delle autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa, di uno o più creditori o del Pubblico ministero".

Per effetto delle modifiche introdotte il collegio sindacale della S.p.A. e l'organo di

⁹ L'art. 3, comma 3, del Decreto Correttivo 17 dicembre 2019 ha – da un lato – previsto (con riferimento all'obbligo di segnalazione) che - come i sindaci sono esonerati dall'obbligo di segretezza previsto dall'art. 2407 del Codice civile - anche i revisori sono esonerati dall'osservanza dei commi 1 e 2 dell'art. 9-bis del D.Lgs. n. 39/2010, che disciplina analogo obbligo di riservatezza. Inoltre, è stata implementata la collaborazione tra sindaci e revisori, prevedendo che gli organi di controllo societari che effettuano la segnalazione agli amministratori debbano tempestivamente informarne anche il revisore contabile o la società di revisione e che, allo stesso modo, il revisore contabile o la società di revisione debbano informare l'organo di controllo della segnalazione effettuata, al fine evidente di evitare il rischio di una doppia segnalazione. A seguire il testo delle modifiche: "All'articolo 14 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n.14, al comma 2, dopo le parole "primo comma, del codice civile" sono aggiunte le seguenti: "e dell'articolo 9-bis, commi 1 e 2 del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39" ed è aggiunto, infine, il seguente periodo: "Gli organi di controllo societari, quando effettuano la segnalazione, ne informano senza indugio anche il revisore contabile o la società di revisione; allo stesso modo, il revisore contabile o la società di revisione informano l'organo di controllo della segnalazione effettuata".

2. Organi di amministrazione e controllo

2.3. Doveri dei sindaci e dei revisori

controllo (monocratico o, ove statutariamente previsto, collegiale) della S.r.l. sono ora espressamente investiti anche del potere/dovere di attivare la procedura di liquidazione giudiziale, in caso di inerzia o ritardo da parte dell'organo gestorio. Tale potere di iniziativa è attribuito agli "organi [...] che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa", ovvero al collegio sindacale della S.p.A e all'organo di controllo della S.r.l., ma non anche al revisore (o società di revisione), che non è un organo della società.

Il comma 3 dell'art. 14 individua nella tempestiva segnalazione all'OCRI una causa di esonerazione dalla responsabilità (testualmente) "solidale" degli organi di controllo societari e del revisore per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o delle azioni successivamente poste in essere dall'organo amministrativo in difformità dalle prescrizioni ricevute, "a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2 [e cioè in caso di omessa o inadeguata risposta da parte dell'organo amministrativo, ovvero di mancata adozione nei successivi 60 giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi], sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI".

Si può affermare che – sebbene la separazione tra controllo di legalità e controllo contabile sia stata sancita in modo netto dal legislatore della riforma del diritto societario – gli specifici obblighi di rilevazione precoce della crisi e di attivazione di cui sono investiti, a norma dell'art. 14 del Codice "gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni" causeranno potenzialmente, alla luce della portata del dettato normativo, le interferenze tra le due attività. Ciò avrà verosimilmente l'effetto di valorizzare il flusso informativo tra organo di controllo e revisore, previsto dall'art. 2409-*septies* c.c.: poiché solo tramite il costante scambio di informazioni sarà possibile attuare quel coordinamento (sia durante lo svolgimento delle attività di monitoraggio, sia nel momento successivo, in cui siano percepiti segnali di crisi) che è necessario per dare efficacia e valenza sostanziale alle attivazioni previste dalla legge a tutela della società, dei creditori e dei terzi ed evitare di incorrere nelle responsabilità che il legislatore ha disciplinato secondo criteri di comportamento e parametri predeterminati tali da renderle difficilmente eludibili.

2.3.5 Tempistiche di intervento e indicatori della crisi (art. 13 del Codice)

Occorre ancora sottolineare che il legislatore, con la finalità di incentivare e, al tempo stesso, rendere quanto più possibile stringenti gli obblighi di attivazione previsti a carico degli organi di amministrazione e controllo, ha previsto tempistiche precise che, se rispettate, possono consentire di conseguire determinati benefici ("misure premiali", consistenti in riduzione di interessi e sanzioni ed attenuazione delle eventuali responsabilità penali) contenute nell'art. 25; ma che per converso, se non sono rispettate, comportano l'insorgere di responsabilità omissiva.

L'art. 24 del D.Lgs. n. 14/2019 stabilisce infatti che ai fini dell'applicazione delle misure premiali di cui all'art. 25, "l'iniziativa del debitore volta a prevenire l'aggravarsi della crisi non è tempestiva se egli propone una domanda di accesso ad una delle procedure regolate dal presente codice oltre il termine di 6 mesi, ovvero l'istanza di cui all'art. 19

oltre il termine di 3 mesi, a decorrere da quando si verifica, alternativamente: a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno 60 giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno 120 giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre 3 mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'art. 13, commi 2 e 3".

Queste tempistiche sono altresì destinate a scandire gli obblighi degli organi di controllo societari, che in caso di ritardo incorreranno in responsabilità concorrenti.

Ancora, gli obblighi di monitoraggio della continuità d'impresa e di tempestiva attivazione in presenza di segnali di crisi dovranno essere adempiuti avendo riguardo a parametri molto precisi (indicatori di crisi), che il legislatore già individua in linea generale all'art. 13, nei "ritardi nei pagamenti reiterati e significativi" ed in eventuali "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" e che, in seconda battuta, demanda al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di elaborare con cadenza almeno triennale, in riferimento ad ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni ISTAT, tenuto conto delle migliori prassi nazionali ed internazionali, definendoli quali "indici [...] che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa"¹⁰.

Lo stesso art. 13 fornisce indicazioni precise in ordine ai parametri che dovranno essere presi come riferimento per l'elaborazione di tali indici, specificando che gli stessi dovranno dare "evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i 6 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 a 6 mesi, per i 6 mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli

¹⁰ L'art. 3, comma 2 del Decreto Correttivo 17 dicembre 2019 ha apportato modificazioni di rilievo all'art. 13 del Codice. In particolare, la rubrica dell'articolo 13 è stata resa coerente con il contenuto complessivo della disposizione, aggiungendo agli "indicatori" della crisi (e cioè gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziaria che rendono probabile l'insolvenza dell'impresa) anche gli "indici" di tale situazione di crisi (cioè gli elementi sintomatici che, nel dare evidenza del rapporto che sussiste tra due o più quantità, svelano tali squilibri e che devono essere elaborati dal Consiglio nazionale dei commercialisti e degli esperti contabili, ai sensi del comma 2 del medesimo articolo 13). All'articolo 13, comma 1, è stata precisata la funzione degli indici, sostituendo, in particolare, all'espressione "sostenibilità" dei debiti quella di "non sostenibilità" ed all'espressione "adeguatezza" quella di "inadeguatezza", così recependo le osservazioni critiche di numerosi commentatori ed esperti di discipline aziendalistiche che hanno fatto notare l'ambiguità di una definizione declinata alla forma affermativa.

Al comma 3 dello stesso articolo 13 è stato precisato che la dichiarazione attestata idonea a sottrarre l'impresa all'applicazione degli indici standard elaborati dal Consiglio nazionale dei Commercialisti e degli esperti contabili ai sensi del comma 2 produce i propri effetti non solo per l'esercizio successivo a quello cui si riferisce il bilancio al quale l'attestazione è allegata, così come l'espressione "per l'esercizio successivo" (previgente) potrebbe far pensare, ma "a decorrere dall'esercizio successivo", senza necessità, dunque, di rinnovarla annualmente.

2. Organi di amministrazione e controllo

2.3. Doveri dei sindaci e dei revisori

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”.

La rigidità del meccanismo sopra illustrato è accentuata dal fatto che, secondo la formulazione della norma in commento, gli indici che saranno elaborati dal CNDCEC, forniscono un criterio di valutazione “vincolante”, che può essere derogato solo con un procedimento altrettanto rigoroso e complesso. Ed infatti, l'impresa che non ritenga adeguati tali indici, in considerazione delle proprie caratteristiche, “ne specifica le ragioni nella Nota integrativa al bilancio di esercizio e indica, nella medesima nota, gli indici idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi”. Inoltre, “un professionista indipendente” dovrà attestarne “l'adeguatezza [...] in rapporto alla specificità dell'impresa”; l'attestazione dovrà essere “allegata alla Nota integrativa al bilancio di esercizio” e andrà a costituirne “parte integrante” (all'evidente fine di garantire trasparenza ed evidenza esterna delle scelte adottate).

Il Gruppo di Lavoro del CNDCEC ha di recente varato gli indici della crisi per consentire al Consiglio Nazionale l'esercizio della delega allo stesso conferita dal comma 2 dell'art. 13 del Codice della crisi. Il relativo documento non si limita ad individuare gli indici, ma costituisce una vera e propria guida operativa per la rilevazione dei fondati indizi dai quali scaturisce l'obbligo segnalatorio cui al successivo art. 14.

Il CNDCEC ha ritenuto, nell'individuare un gruppo di indici, di integrarlo con un percorso per la loro applicazione che ne renda possibile una valutazione unitaria e di arricchirlo ulteriormente con un supporto metodologico che ne permetta il vaglio critico sulla base dell'andamento aziendale (in un'ottica di *forward looking*). L'esigenza di valutazione unitaria degli indici, da una parte, e quella della razionalità e controllabilità del percorso di valutazione, dall'altra, hanno infatti indotto il CNDCEC ad adottare una strutturazione degli indici che fosse, nel contempo, “ad albero” e combinata. Il CNDCEC ha, in altri termini, inteso definire un percorso integrato di autodiagnosi dello stato di salute dell'impresa e non singoli algoritmi, ancorché da valutarsi congiuntamente.

Tale percorso riconosce un primo ruolo prevalente a:

- a) la presenza di un patrimonio netto positivo e almeno pari al minimo di legge quale assenza dell'evidenza di un pregiudizio attuale alla continuità aziendale;
- b) l'assenza di reiterati e significativi ritardi di pagamento.

In particolare, con riferimento a quest'ultimo elemento, il documento ne individua la rilevanza quando:

- 1) essi comportino non episodiche azioni esecutive da parte dei creditori;
- 2) l'interruzione delle forniture o la loro subordinazione a pagamenti a vista, con pregiudizio per il normale afflusso degli approvvigionamenti;
- 3) quando i ritardi superiori a 30 giorni nel pagamento dei tributi, dei contributi e delle retribuzioni si verifichino in via ricorrente;
- 4) quando i ritardi nei pagamenti dei debiti bancari per una durata superiore a 90 giorni siano accompagnati dalla revoca degli affidamenti ovvero dalla dichiarazione di avvenuta decadenza dal beneficio del termine.

Si innesta a questo punto un secondo, decisivo primato: in presenza di un patrimonio netto positivo e in assenza di ritardi reiterati e significativi, occorre comunque verificare se sussista la sostenibilità del debito per almeno i 6 mesi successivi misurata attraverso

un indicatore specifico costituito dal DSCR (*Debt Service Coverage Ratio*) a 6 mesi almeno pari a 1. Si tratta di un indice costituito dal rapporto tra i flussi al servizio del debito ed il debito che deve essere servito. A tal riguardo, il documento individua due diversi approcci metodologici di determinazione del DSCR, rimettendone la scelta agli operatori e premurandosi solo di precisare che, in ogni caso, numeratore e denominatore devono essere tra di loro confrontabili. Laddove l'utilizzo del DSCR come indice non sia però possibile (per applicarlo, occorre che siano disponibili i dati prognostici – a partire dal *budget* di tesoreria da impiegarsi per la determinazione dei flussi di cassa rilevanti – e che gli organi di controllo non li ritengano inaffidabili, secondo il proprio giudizio professionale), allora sarà possibile ricorrere – sempreché la situazione di crisi non sia già stata intercettata dal patrimonio netto negativo o dalla presenza di reiterati e significativi ritardi – ad una costruzione combinata di una serie di 5 indici, con soglie diverse a seconda del settore, che devono essere violati tutti congiuntamente.

Si tratta dell'ultimo nodo dell'albero di rilevazione ed è costituito dai seguenti indici:

- a) indice di **sostenibilità** degli **oneri finanziari** in termini di rapporto tra gli oneri finanziari ed il fatturato;
- b) indice di *leverage* o di **adeguatezza patrimoniale** in termini di rapporto tra patrimonio netto e debiti totali;
- c) indice di **ritorno liquido dell'attivo** in termini di rapporto tra *cash flow* e attivo;
- d) indice di **liquidità** in termini di rapporto tra attività a breve termine e passivo a breve termine;
- e) **indebitamento previdenziale** e **tributario** in termini di rapporto tra esso e l'attivo.

2.4. RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI E DEGLI ORGANI DI CONTROLLO

2.4.1 Quadro normativo e giurisprudenziale anteriore alla riforma

Nel quadro degli interventi volti ad adeguare il sistema delle responsabilità degli organi di amministrazione e controllo, colmando lacune e risolvendo contrasti giurisprudenziali, merita un particolare rilievo la disposizione contenuta nell'art. 378 del D.Lgs. n. 14/2019, che, intervenendo sul testo dell'art. 2486 c.c. (che disciplina gli obblighi degli amministratori al verificarsi di una causa di scioglimento della società), introduce un criterio predeterminato di **accertamento e quantificazione del danno**, ispirato all'orientamento più recente della giurisprudenza prevalente.

Per cogliere la portata di tale modifica occorre preliminarmente ripercorre *breviter* l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali che si sono via via formati sul punto. Prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario, l'art. 2449 c.c. (oggi interamente sostituito dalle disposizioni contenute nell'art. 2486 c.c.) stabiliva che "gli amministratori, quando si è verificato un fatto che determina lo scioglimento della società, non possono intraprendere nuove operazioni. Contravvenendo a questo divieto, essi assumono responsabilità illimitata e solidale per gli affari intrapresi". L'interpretazione della disposizione sopra richiamata era incentrata sulla individuazione di quali

2. Organi di amministrazione e controllo

2.4. Responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo

fossero “le nuove operazioni” vietate dalla norma e di quale fosse l’ambito di responsabilità degli amministratori che contravvenivano al divieto. Nell’ipotesi di società in dissesto, all’amministratore era precluso il compimento di quelle operazioni che, pur essendo funzionali a salvaguardare il valore dell’azienda, avrebbero comportato l’assunzione di nuove obbligazioni a carico della società. Il legislatore della riforma del diritto societario ha modificato in modo sostanziale il vecchio regime della responsabilità per le nuove operazioni, prevedendo all’art. 2486 c.c. (nel testo riscritto dal D.Lgs. n. 6/2003) una disciplina più articolata. La nuova norma stabilisce infatti che al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna dei beni ai liquidatori “gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio sociale”. La predetta disposizione, inoltre, prevede che gli amministratori sono personalmente e solidalmente responsabili non più per gli affari intrapresi, bensì esclusivamente per i “danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione del precedente comma”. In altre parole, con la riforma del diritto societario, la limitazione ai poteri degli amministratori conseguente al venir meno della continuità aziendale era collegata non più al concetto della novità dell’operazione, ma alla strumentalità, o meno, dell’operazione ai fini della conservazione del valore dell’impresa sociale. Le questioni relative alla prova e alla quantificazione del danno conseguente alla prosecuzione dell’attività sociale dopo il verificarsi di una causa di scioglimento hanno formato oggetto di vivo dibattito in giurisprudenza.

Tale dibattito si è appuntato in particolare su due aspetti:

- l’individuazione del danno risarcibile ed il relativo criterio di liquidazione nelle azioni di responsabilità promosse nei confronti di amministratori di società di capitali dichiarate insolventi, ai quali sia imputato di aver proseguito l’attività d’impresa al verificarsi di una causa di scioglimento, in violazione degli obblighi di conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio sociale di cui agli artt. 2394, 2485 e 2486 c.c.;
- la residua possibilità, anche dopo l’eliminazione del divieto di compimento di nuove operazioni previsto dalla previgente disciplina (all’art. 2449 c.c., vecchio testo), di liquidare il danno utilizzando il criterio della differenza tra l’attivo ed il passivo accertati nell’ambito della procedura concorsuale, quando la mancanza di scritture contabili, addebitabile allo stesso amministratore, impedisca di ricostruire quale sia stato l’effettivo andamento dell’impresa prima della dichiarazione di fallimento.

Per quanto attiene al primo aspetto, dopo varie oscillazioni la giurisprudenza è pervenuta – con una storica sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione (Cass., SS.UU., 6 maggio 2015, n. 9100) – a sancire i principi che regolano l’onere probatorio dell’attore (nel caso portato a conoscenza della Suprema Corte il curatore del fallimento) che promuove l’azione di responsabilità.

Tali principi prevedono che l’attore deve:

- “allegare” in modo qualificato – cioè sufficientemente preciso e determinato – il comportamento inadempiente che assume causativo del danno, ovvero il momento in cui il capitale sociale sarebbe sceso per perdite sotto il minimo legale o

sarebbe divenuto negativo, e che l'attività di gestione della società è proseguita, in violazione degli artt. 2447 e 2486 c.c., senza l'adozione di misure volte alla conservazione del valore del patrimonio sociale e della sua integrità ed invece con assunzione di nuovo rischio imprenditoriale;

- provare che tale prosecuzione illegittima dell'attività sociale ha causato un danno alla società o ai creditori;
- provare l'entità del danno.

Muovendo da questi principi, la giurisprudenza ha enunciato il c.d. **criterio della "differenza dei netti patrimoniali"**, che consiste nella "comparazione dei patrimoni netti registrati alla data della (doverosa) percezione dalla causa di scioglimento da parte degli organi sociali e alla data di messa in liquidazione della società (o di fallimento della stessa)". Il danno in termini di "perdita incrementale netta", infatti, "consente di apprezzare in via sintetica ma plausibile l'effettiva diminuzione subita dal patrimonio della società per effetto della ritardata liquidazione" (Trib. Roma 5 febbraio 2018, n. 2602). Sempre sulla base dei criteri enunciati dalla Sezione Unite della Corte di cassazione, la giurisprudenza di merito ha affermato il principio che, "quale che sia o come si voglia denominare il criterio utilizzato per la determinazione del danno patrimoniale causato dall'illecita prosecuzione dell'attività economica della società dopo la perdita del capitale sociale (usuale utilizzo del criterio denominato: "differenza dei netti patrimoniali"), esso deve considerare due dati ineludibili:

- a) non è imputabile agli organi sociali lo sbilancio antecedente la perdita del capitale sociale, perché effetto di attività economica svolta lecitamente;
- b) è essenziale la quantificazione dell'abbattimento che il patrimonio netto avrebbe comunque subito se la società fosse stata tempestivamente posta in liquidazione a seguito della perdita del capitale sociale" (Trib. Milano 27 ottobre 2015, n. 12000).

Come noto, infatti, "la sola messa in liquidazione della società – implicando il mutamento della finalità dell'attività economica e gestionale svolta, non più in continuità aziendale, ma appunto a scopo liquidatorio – comporta, secondo la dovuta applicazione dei relativi principi contabili (OIC 5, par. 4.1 e ss.), una consistente svalutazione degli *asset* aziendali attivi, lo storno di alcune poste attive e l'emersione di alcune particolari poste passive, nonché lo svolgimento di un periodo di liquidazione, più o meno lungo e complesso a seconda del tipo di attività svolto, il cui risultato economico, per lo più fisiologicamente negativo, dev'essere considerato". Orbene, è ovvio che "di tali diminuzioni patrimoniali non si può far carico agli amministratori in termini di quantificazione del danno, poiché, quand'anche essi avessero tempestivamente messo in liquidazione la società, quelle svalorizzazioni vi sarebbero state comunque, sicché esse non sono loro imputabili per carenza di nesso di causalità con il comportamento tenuto". Ne consegue che, ai fini della corretta applicazione del metodo di liquidazione del danno di cui si discute, "è imprescindibile quantificare la svalorizzazione suddetta e, quando non sia possibile tale quantificazione, nemmeno in via equitativa, il metodo è inutilizzabile (salvo vi sia prova, nel singolo caso, dell'insussistenza di tale effetto di abbattimento degli attivi in ragione delle particolarità organizzative, operative, finanziarie ed economico patrimoniali della società)". Infine, la stessa sentenza del Tribunale ambrosiano precisa, a conclusione del ragionamento svolto, che "la quantificazione del pa-

2. Organi di amministrazione e controllo

2.4. Responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo

trimonio netto rispettivamente alla data della perdita del capitale ed alla data della tardiva messa in liquidazione o della dichiarazione di fallimento va effettuata secondo criteri contabili omogenei, in particolare, per quel che si è detto, secondo quelli propri della liquidazione”.

Per quanto attiene all'ulteriore problema della prova e quantificazione del danno nel caso in cui la mancanza o l'irregolare tenuta delle scritture contabili, addebitabile allo stesso amministratore, impedisca di ricostruire quale sia stato l'effettivo andamento dell'impresa prima della dichiarazione di fallimento, la giurisprudenza anteriore alla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione sopra richiamata aveva affermato che, in questo caso, si verificava un'inversione dell'onere della prova (soggiungendo che la citata condotta, integrando la violazione di specifici obblighi di legge in capo agli amministratori, risultava di per sé idonea a tradursi in un pregiudizio per il patrimonio sociale). Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza sopra richiamata hanno tuttavia respinto tale interpretazione, sul presupposto che “la mancanza o l'irregolarità della contabilità sociale non sono legate da alcun potenziale nesso eziologico con il danno costituito dal *deficit* patrimoniale accertato in sede fallimentare”. Pertanto, il “postulare che l'amministratore debba rispondere dello sbilancio patrimoniale della società sol perché non ha correttamente adempiuto l'obbligo di conservazione delle scritture contabili ed ha reso perciò più arduo il compito ricostruttivo del curatore fallimentare equivale, in tale situazione, ad attribuire al risarcimento del danno così identificato una funzione palesemente sanzionatoria”.

Peraltro, a temperamento di tale conclusione, la Corte a Sezioni Unite ha rilevato tuttavia che la mancanza delle scritture contabili può costituire un argomento per invocare la disposizione dell'art. 1226 c.c. e chiedere al giudice di provvedere alla **liquidazione del danno in via equitativa**. E sulla base di tale rilievo ha affermato il principio di diritto che la differenza tra il passivo e l'attivo accertati in ambito fallimentare, in caso di assenza o palese irregolarità delle scritture contabili, può essere utilizzata come criterio ai fini della liquidazione equitativa del danno, “purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto”.

2.4.2 Innovazioni del Codice (art. 378)

In questo quadro giurisprudenziale, è intervenuto il Codice, con l'art. 378 del D.Lgs. n. 14/2019, aggiungendo all'art. 2486 c.c. un terzo comma che affronta e risolve il dibattito sorto sui due temi illustrati al paragrafo che precede, in linea con i precedenti arresti giurisprudenziali, ma introducendo anche una presunzione (sia pure solo *iuris tantum*), che alleggerisce l'onere probatorio del curatore.

La prima parte del comma 2 dell'art. 2486 c.c. stabilisce che: “Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una

procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'art. 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione”.

La seconda parte del predetto comma soggiunge che “Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura”.

2.4.3 Danno secondo la teoria dei “netti patrimoniali di periodo” (art. 2486, comma 3, prima parte c.c.)

La portata innovativa della prima parte della disposizione sopra richiamata – che, per il resto, invece, eleva a legge i principi oramai affermatasi nella giurisprudenza prevalente – sta nel fatto che essa introduce una vera e propria **presunzione** in ordine alla **quantificazione del danno**: danno che “si presume” pari alla differenza tra i netti patrimoniali. Naturalmente, la presunzione in parola, oltre che suscettibile di essere vinta dalla prova positiva contraria offerta dagli amministratori o dai sindaci o revisori convenuti (si veda l'inciso salvo la prova di un diverso ammontare” al comma 2, prima parte, dell'art. 2486 c.c.), non potrà in alcun caso superare la pur sempre necessaria **prova della sussistenza del nesso causale** tra gli inadempimenti contestati all'organo amministrativo o di controllo ed il danno derivato alla società: prova – quest'ultima – che non può essere presunta ma che deve essere fornita, secondo i principi generali che informano il nostro sistema processuale, dall'attore che promuove l'azione di responsabilità. Del resto, questo principio si desume chiaramente dall'*incipit* della disposizione, che espressamente stabilisce che la presunzione sull'ammontare del danno opera “Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo”: e quindi quando sono provati l'inadempimento ed il suo concatenamento causale con il danno.

Comperterà quindi in ogni caso all'attore dimostrare non solo che gli amministratori hanno proseguito l'attività della società dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, ma anche che la prosecuzione è avvenuta in violazione degli obblighi di conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

Il legislatore ha inoltre introdotto un'ulteriore mitigazione del rigido principio della prova presuntiva del danno, imponendo di tener conto dei “costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione”: costi che devono essere detratti ai fini del calcolo della differenza tra i netti patrimoniali.

In sostanza, non essendo possibile prevedere in modo analitico le poste rettificative da prendere in considerazione ai fini del calcolo delle differenze tra i netti patrimoniali, il legislatore ha preferito introdurre un criterio generale: quello appunto della “**normalità**”, al quale dovranno attenersi il Consulente Tecnico ed il giudice nell'individuare i costi di gestione che, ai fini del computo del danno, dovranno essere presi in considerazione e scomputati dal “maggior passivo” generato dalla prosecuzione dell'attività, in

2. Organi di amministrazione e controllo

2.4. Responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo

quanto costi coerenti con la gestione conservativa imposta dalla legge ovvero costi che si sarebbero dovuti sostenere anche nel caso di una tempestiva messa in liquidazione della società.

Orbene, volendo individuare alcuni spunti interpretativi utili per dare applicazione concreta al concetto di “normalità”, si può innanzitutto far riferimento ai principi enunciati dalla giurisprudenza (richiamata nel paragrafo che precede), che ha elaborato il criterio (adottato dal legislatore) della “differenza dei netti patrimoniali”: criterio che consiste nella “comparazione dei patrimoni netti (determinati secondo criteri di liquidazione previa se del caso rettifica delle voci di bilancio scorrette) registrati alla data della (doverosa) percezione del verificarsi della causa di scioglimento da parte degli organi sociali e alla data di messa in liquidazione della società (o di fallimento della stessa)”. Applicando questi principi, dovrebbero essere innanzitutto considerati normali, e dovrebbero essere scomputati dai costi che hanno contribuito a generare la perdita, i costi “che sarebbero stati compatibili (ineliminabili) con lo stato di liquidazione della società (es. locazione immobili, servizi, oneri finanziari passivi, costo dipendenti) che si assume avrebbe dovuto essere tempestivamente disposto”. Inoltre, il criterio di normalità dovrebbe essere interpretato tenendo conto che l’art. 2486 c.c. non contempla più a carico degli amministratori il divieto di compiere nuove operazioni (previsto dalla formulazione anteriore alla riforma del diritto societario), ma impone l’obbligo di attuare una gestione conservativa, volta al mantenimento “dell’integrità e del valore del patrimonio sociale”. Tale interpretazione dovrà necessariamente tener conto delle finalità delle nuove disposizioni introdotte dal Codice della crisi, che mirano appunto a salvaguardare per quanto possibile il presupposto della continuità d’impresa, la cui sussistenza è fondamentale per valorizzare l’azienda sia nella prospettiva del superamento della crisi, sia nella prospettiva del ricorso alla liquidazione giudiziale.

Per questa ragione dovranno essere considerati “*normali*” anche quei costi funzionali alla prosecuzione dell’attività caratteristica e al mantenimento dei contratti in essere, ovvero necessari per evitare di incorrere in inadempimenti, penali o risoluzioni contrattuali, ove sussista la ragionevole prospettiva di addivenire, per esempio, ad un concordato in continuità diretta o indiretta, ovvero ad una vendita in blocco dell’azienda (piuttosto che alla cessione frazionata delle attività) in sede di liquidazione giudiziale.

2.4.4 Danno in caso di procedura concorsuale in assenza di contabilità (art. 2486, comma 3, seconda parte c.c.)

Nell’ipotesi – prevista dalla seconda parte del nuovo comma 3 dell’art. 2486 c.c. – di impossibilità di determinare i netti patrimoniali a causa dell’assenza o dell’irregolarità delle scritture contabili trova applicazione – sempre che sia stata aperta la procedura concorsuale – il criterio della liquidazione del danno “in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura”. In questa evenienza, infatti, la formulazione della norma è assai rigida e pare quasi configurare una responsabilità “punitiva”, di tipo sanzionatorio, collegata alla mancata tenuta o alla tenuta irregolare della contabilità, peraltro in linea con la giurisprudenza prevalente anteriore.

Naturalmente, il criterio della differenza tra l’attivo e il passivo accertati nella procedura

non potrà essere invocato in modo generalizzato nei confronti di tutti gli amministratori che si sono avvicinati nella carica, ma potrà essere fatto valere solo nei confronti degli amministratori cui sia direttamente imputabile (sotto il profilo temporale e causale) la mancata o irregolare tenuta della contabilità sociale.

Un ulteriore temperamento degli effetti della innovazione legislativa in commento potrebbe derivare da un'applicazione rigorosa del principio, sempre più spesso affermato in giurisprudenza, secondo cui le scelte gestorie devono essere necessariamente valutate con un **parametro ex ante**, ossia considerando i fatti e le condizioni esistenti al momento in cui tali scelte sono state assunte dall'organo amministrativo.

Significativa, a tale proposito, è la recente sentenza della Cassazione 22 giugno 2017, n. 15470, che ha avuto il merito di sottolineare come la ragionevolezza delle scelte gestorie sia da valutare "*ex ante*, secondo i parametri della diligenza del mandatario [...], sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere".

In effetti, ai fini dell'accertamento della responsabilità, non è sufficiente la mera violazione di un dovere, ma il giudice è chiamato a verificare che, qualora la condotta esigibile fosse stata posta in essere, non si sarebbe verificato l'evento pregiudizievole; in altri termini, si tratta di condurre il c.d. **giudizio controfattuale**, supponendo realizzata la condotta diligente omessa e chiedendosi se in tal caso l'evento sarebbe venuto meno.

Questa valutazione non può che essere effettuata *ex ante*, ponendosi nella prospettiva dei soggetti investiti della funzione amministrativa al momento in cui la condotta diligente richiesta era da loro esigibile, e non *ex post*, giacché il giudizio controfattuale deve essere condotto sulla base delle informazioni e delle circostanze note o doverosamente conoscibili al momento dell'esigibilità della condotta, e non successivamente. Occorrerà quindi valutare, con giudizio *ex ante*, la sussistenza di condizioni tali da giustificare la prosecuzione dell'attività d'impresa (marginalità dell'attività, tempistiche necessarie per avviare accordi con i creditori o procedure di composizione della crisi; trattative con potenziali acquirenti; necessità di evitare l'applicazione di penali conseguenti all'interruzione dei contratti in essere; peculiarità legate al tipo di attività, al personale in forze, ecc.), nella prospettiva di una composizione della crisi o, in caso di irreversibilità della stessa, della miglior valorizzazione degli *asset* aziendali (in sede concordataria o di liquidazione giudiziale); la responsabilità ed il danno che ne consegue potranno essere accertati solo in presenza di operazioni che, secondo un giudizio di normalità, risultino ingiustificate, non adeguatamente valutate e pianificate o imprudenti.

2.5. TRE TEMATICHE DI PARTICOLARE INTERESSE

2.5.1 Incongruenze temporali legate alla disciplina transitoria

Con riferimento agli obblighi – posti a carico dell'imprenditore – di dotarsi di adeguati assetti organizzativi e di attivarsi a fronte della crisi aziendale – è possibile ravvisare un

2. Organi di amministrazione e controllo

2.5. Tre tematiche di particolare interesse

problema di natura transitoria, derivante dalla diversa tempistica di entrata in vigore delle norme del Codice.

In particolare, il nuovo comma 2 dell'art. 2086 c.c. è entrato in vigore in data 16 marzo 2019 ed è già norma cogente dell'ordinamento. Esso sancisce, in estrema sintesi, il dovere dell'imprenditore, organizzato in forma societaria o collettiva, di dotarsi di adeguati assetti organizzativi e di attivarsi senza indugio per adottare o attuare uno degli strumenti idonei a fronteggiare la crisi aziendale.

Analogamente, ai sensi dell'art. 2403 c.c. – non toccato dalla riforma del Codice – il collegio sindacale deve – già *ante* Codice – vigilare (oltre che sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione) sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. La palese coincidenza, anche lessicale, tra i termini utilizzati nelle due norme sopra richiamate evidenzia che debba ritenersi vigente, dall'entrata in vigore della prima parte del Codice, sia l'obbligo – rispettivamente – degli organi amministrativi di dotarsi e degli organi di controllo di vigilare l'adeguatezza “degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili” funzionali alla rilevazione tempestiva (i) della crisi d'impresa e (ii) del venir meno della continuità aziendale, sia l'obbligo degli organi amministrativi di “attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”.

Per converso, a fronte della vigenza di detto obbligo, non sono ancora entrate in vigore e dunque non sono ancora applicabili – sino alla entrata in vigore definitiva del Codice – le altre norme dello stesso (e, segnatamente, l'art. 14), che costituiscono la conseguenza (*latu sensu*) “sanzionatoria” del mancato assolvimento degli obblighi di dotazione degli adeguati assetti e di attivazione per fronteggiare la crisi: ovvero – in prima battuta – l'obbligo dell'organo di vigilanza di segnalare l'esistenza di fondati indizi della crisi, in modo da indurre l'imprenditore renitente ad attivarsi, pena l'apertura del procedimento avanti all'OCRI.

L'affermazione di cui *supra*, peraltro, apre il “vaso di Pandora” di una serie di riflessioni che non riguardano solo il tema intertemporale dell'entrata in vigore della riforma in due tempi diversi (parte a marzo 2019 e la gran parte ad agosto 2020 ed oggi – a seguito del già menzionato Decreto Liquidità – nel settembre 2021), ma che invece riguardano la tematica del rapporto tra obbligo imposto agli organi di amministrazione e controllo e correlativa sanzione.

2.5.2 Obblighi di adeguati assetti: un caso di responsabilità senza danno?

Occorre chiedersi, in via generale, anche una volta divenuto definitivo l'assetto del Codice con la sua completa entrata in vigore, se e come sia sanzionato l'obbligo dell'imprenditore di dotarsi degli assetti e di attivarsi di fronte alla crisi; in parole più semplici: cosa succede se l'imprenditore non rispetta gli obblighi di cui al comma 1 (rivolto all'imprenditore individuale) e 2 (rivolto all'imprenditore collettivo) del Codice e di cui all'art. 2086, comma 2, c.c. (come riformato dall'art. 375 del Codice), ovvero, in breve gli obblighi che presiedono alla tempestiva rilevazione dello stato di insolvenza e alla assunzione delle iniziative idonee a farvi fronte?

La risposta al quesito non è di poco momento, ed involge la tenuta dell'intero sistema dell'allerta.

Senza pretesa di esaustività, in questa sede si può osservare che:

- 1) dal punto di vista lessicale, la mancata adozione delle misure idonee e degli assetti non è direttamente sanzionata dall'art. 14 del Codice con l'obbligo di segnalazione ad opera degli organi di controllo: questo scatta infatti – solo per gli imprenditori organizzati in forma collettiva che sono obbligatoriamente dotati di organi di controllo – se questi ultimi ravvisano l'esistenza di fondati indizi della crisi;
- 2) naturalmente, in assenza di adeguati assetti organizzativi, l'organo di controllo avrà maggior difficoltà a individuare i fondati indizi della crisi, ma quel che è certo ed evidente è che – di per sé – la mancata adozione degli assetti organizzativi non può comportare la “sanzione” dell'apertura del procedimento davanti all'OCRI, su segnalazione degli organi di controllo;
- 3) certamente questo primo apparente difetto del sistema potrebbe sembrare – ad una osservazione istintuale – colmabile con la sanzione generale dell'azione di responsabilità (sempre naturalmente solo nell'ambito delle imprese organizzate in forma collettiva);
- 4) tuttavia, questa prima evidenza – ad un esame più approfondito – trova una seria limitazione nella normativa sulla quantificazione del danno risarcibile nelle società di capitali (ovvero, l'area di maggiore applicazione, posto che per l'imprenditore individuale e per le società di persone la sanzione in caso di crisi d'impresa cui consegua il dissesto è la massima sanzione personale prevista dall'ordinamento positivo, ovvero la declaratoria del proprio fallimento – in prospettiva, della liquidazione giudiziale);
- 5) il danno risarcibile dagli amministratori infatti, a mente del nuovo art. 2486, comma 3, c.c. (e salva la fattispecie estrema della mancanza o delle irregolarità delle scritture contabili), è limitato (sia pure in via di presunzione) alla differenza tra il patrimonio netto alla data della cessazione dalla carica dell'amministratore (o dalla data di apertura della procedura concorsuale) e il patrimonio netto alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'art. 2484 (con alcune ulteriori detrazioni, date dai costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione): ciò significa – *a contrario* – che, sino alla perdita del capitale sociale (patrimonio netto negativo) l'organo amministrativo che non si doti degli assetti non rischia l'addebito di alcun danno nell'ambito dell'azione di responsabilità, né da parte né dei creditori sociali, né da parte della società;
- 6) restano salvi, naturalmente, in questa situazione, i rimedi esperibili internamente dai soci, che, a fronte di un evidente inadempimento degli organi amministrativi all'obbligo di fonte legale di dotarsi degli adeguati assetti, potrebbero procedere alla revoca degli amministratori per giusta causa, anche eventualmente instaurando il procedimento *ex art.* 2409 c.c., reso applicabile dalla riforma anche alle S.r.l. (ma – verosimilmente – non anche intentare contro questi ultimi un'azione di responsabilità sociale dal pronostico vittorioso, posto che, come anche nel caso dei creditori, sarebbe in questa ipotesi difficoltoso individuare il danno risarcibile).

2. Organi di amministrazione e controllo

2.5. Tre tematiche di particolare interesse

In conclusione, il sistema dell'allerta pare essere strutturato più come un sistema di incentivazione, piuttosto che come un rigido sistema che collega all'inadempimento dei doveri prodromici alla tempestiva rilevazione della crisi una sanzione immediata: almeno per quanto concerne il primario obbligo dell'imprenditore collettivo 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 non pare essere prevista alcuna sanzione di natura economica, poiché la responsabilità dell'organo amministrativo inadempiente scatta solo all'effettivo verificarsi della crisi, allorquando risulta disperso il capitale sociale ed il patrimonio netto della società divenga negativo.