

Dipartimento di Giurisprudenza Cattedra di Diritto delle Crisi d'Impresa

ADEGUATI ASSETTI ORGANIZZATIVI PER LA PREVENZIONE E GESTIONE DELLA CRISI: ART. 2381 C.C.

RELATORE

Chiar.mo Prof. Vincenzo De Sensi

CANDIDATA

Carola Chiarlitti

Matr. 112933

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.ssa Concetta Brescia Morra

Anno Accademico 2016/2017

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

Nozioni generali

- 1. Definizione di assetti organizzativi
 - 1.1 Rischio organizzativo e concreto operare degli assetti organizzativi: il decentramento decisionale
 - 1.2 Pianificazione aziendale
 - 1.3 Sistema di controllo e gestione dei rischi
- 2. Definizione di crisi pre-concorsuale
 - 2.1 La definizione giuridica
 - 2.2 La definizione economico-aziendalistica
- 3. Modello d'utilità degli amministratori nella crisi pre-concorsuale
 - 3.1 Il pericolo degli azzardi morali
 - 3.2 I rimedi secondo la dottrina italiana e anglosassone
- 4. Le clausole generali e lo statuto normativo della funzione gestoria
 - 4.1 La corretta applicazione delle clausole generali di diritto societario
 - 4.2 I principi di corretta amministrazione

CAPITOLO II

Gli adeguati assetti per la prevenzione e gestione della crisi – prima e dopo la l. 155/2017

- 1. Il principio di adeguatezza degli assetti ex art. 2381 c.c.
 - 1.1 Ripartizione di competenze tra organi delegati e cda: "curare" e "valutare"

- 1.2 Ripartizione di competenze tra cda e collegio sindacale: "valutare" e "vigilare"
- 2. Il principio di adeguatezza dopo la 1. 155/2017
 - 2.1 Procedure di allerta e valorizzazione degli organi di controllo e vigilanza
- 3. Lo statuto normativo degli amministratori di s.p.a. in stato di crisi
 - 3.1 Il dovere conoscitivo-preliminare
 - 3.2 Il dovere di ri-pianificazione

CAPITOLO III

Il regime di responsabilità degli amministratori di s.p.a. in stato di crisi

- Il fondamento codicistico della responsabilità degli amministratori di s.p.a.
 - 1.1 La responsabilità ex art. 2392 c.c.
 - 1.2 La responsabilità ex art. 2394 c.c.
- 2. Business judgment rule e responsabilità da inadeguatezza organizzativa
 - 2.1 La responsabilità da inadeguatezza organizzativa
- 3. Responsabilità degli amministratori nella e per la crisi

CONCLUSIONI

INTRODUZIONE

"Nell'operazione militare vittoriosa prima ci si assicura la vittoria e poi si dà battaglia. Nell'operazione militare destinata alla sconfitta prima si dà battaglia e poi si cerca la vittoria". Questa constatazione, straordinaria nella sua semplicità, è stata fatta circa 300 anni prima della nascita di Cristo, da un gruppo di generali cinesi che mettendo per iscritto la propria saggezza collettiva, ha dato vita a uno dei più antichi trattati di strategia militare, "L'Arte della guerra", anche noto come Sun Tzu, dal nome del patriarca di quella stirpe di soldati. Si tratta di un'opera universale che ha plasmato il modo di concepire il conflitto non solo in Estremo Oriente ma anche in tutti quei luoghi – tra cui l'azienda – in cui le circostanze del caso e la natura delle cose esigono che si apprenda come "vincere senza combattere". Quello che a prima vista appare come un ossimoro è uno degli obiettivi didattici più ambiziosi delle scuole di formazione manageriale di tutto il mondo. La ragione sta nel fatto che nel Sun Tzu troviamo la trasfigurazione bellica di quelli che oggi sono gli sopravvivenza indispensabili per la di un'impresa: assets pianificazione strategica e l'informazione. Eppure, nonostante l'importanza dell'organizzazione - la quale presuppone e allo stesso tempo alimenta sia il piano che il flusso informativo – sia stata riconosciuta tempo orsono, ha ricevuto l'attenzione che merita solo recentemente nei sistemi capitalistici occidentali.

Se la crisi dell'ultimo decennio ci ha insegnato qualcosa è che nell'iniziativa imprenditoriale non c'è più spazio per l'improvvisazione. Affinché le nostre imprese possano efficacemente affrontare un contesto di mercato sempre più complesso e fluido come quello attuale, è necessario che siano ben equipaggiate. Servono risorse, umane e materiali, che sappiano intercettare il cambiamento, interpretarlo, gestirlo

e, se possibile, anticiparlo. Ciò sarà possibile nella misura in cui la società venga dotata degli strumenti necessari a questo scopo e idonei a tracciare gli sforzi di ciascuno in questa direzione. Ed è qui che entrano in gioco gli adeguati assetti organizzativi, che nella presente trattazione vengono analizzati prestando particolare attenzione al contesto della crisi d'impresa, in considerazione anche delle recenti innovazioni normative. Nel primo capitolo, dunque, nella convinzione dell'opportunità del dialogo tra la scienza aziendalistica e quella giuridica, ci si soffermerà sul contenuto degli assetti, onde capire concretamente cosa sono e a cosa due declinazioni fondamentali: approfondendone servono. pianificazione aziendale e il sistema di controllo e gestione dei rischi. Questa commistione tra discipline sarà la bussola che orienterà lo sforzo di dare una nozione di "stato di crisi" che possa riconciliarsi col dato positivo, senza allontanarsi troppo da quello fattuale. Si cercherà poi di ricollocare entrambi gli elementi, gli assetti e la crisi, nella cornice del nostro ordinamento societario, con l'ausilio delle clausole generali: il perseguimento dell'interesse sociale, il canone di diligenza e i principi di corretta amministrazione.

Nel secondo capitolo l'attenzione verrà, invece, spostata dal contenuto all'adeguatezza degli assetti, così come configurabile alla luce dell'art. 2381 c.c. e delle innovazioni introdotte dalla recente l. 155/2017, meglio conosciuta come "riforma Rordorf", dedicando particolare attenzione all'imputazione soggettiva dei relativi obblighi. La lettura in combinato disposto di tali norme, verrà utilizzata, dunque, per ricostruire una bozza di statuto normativo degli amministratori di società che versa in stato crisi.

Nel terzo e ultimo capitolo, infine, verrà affrontato, secondo logica consequenziale, il tema della responsabilità degli amministratori, la quale verrà rapportata alle diverse fasi patologiche che possono interessare il

ciclo di vita dell'impresa e verrà, in particolare, indagata nella sua accezione di responsabilità da inadeguatezza organizzativa. Le giuste riflessioni verranno dedicate alle implicazioni in tema di applicabilità della *business judgment rule* e margini di discrezionalità del giudice.

Considerato che una delle caratteristiche degli assetti organizzativi che per prima verrà in evidenza è la loro specificità, intesa come modulabilità in funzione della singola realtà d'impresa, si parta dal presupposto che l'analisi in questione prende a riferimento il tipo societario della s.p.a. che opti per il sistema di amministrazione e controllo tradizionale, e lo fa senza pretese di esaustività. L'oggetto di questa ricerca ne rende, per sua natura, necessaria una continua attualizzazione al caso aziendale concreto. Anche il *Sun Tzu*, prendendo atto dei limiti dell'esperienza che vuole trasmettere e della conseguente necessità di storicizzare le regole che si accinge a dettare, così esordisce: "Questi sono gli stratagemmi militari vittoriosi dei nostri avi. Non possono essere tramandati in anticipo".

CAPITOLO I

Nozioni generali

1. Definizione di assetti organizzativi

La locuzione "assetti organizzativi" compare per la prima volta nel nostro codice civile, all'art. 2381, 3° co., a seguito della riforma di diritto societario del 2003 (Dlgs. 17 gennaio 2003, n. 6) che purtuttavia introduce un concetto affatto nuovo. Rimandando al capitolo successivo le considerazioni relative alla natura solo parzialmente innovativa del principio di adeguatezza, se concentriamo la nostra attenzione sull'oggetto che questo principio qualifica, gli assetti organizzativi appunto, constatiamo che questi non sono una novità assoluta né per il diritto né, tanto meno, per la scienza aziendalistica. Nel diritto la disciplina delle società quotate e delle società dei cd. settori speciali, in attuazione della normativa comunitaria, ha precorso i tempi. Nella scienza aziendalistica l'organizzazione assurge a requisito essenziale dell'attività d'impresa, costituendo non a caso uno dei campi d'indagine di maggiore approfondimento. Peraltro, sulla natura dell'organizzazione quale elemento strutturalmente insito nella nozione stessa d'impresa

¹ Si parta dalla premessa che chi scrive condivide la tesi della dottrina maggioritaria secondo cui l'assetto amministrativo e contabile, altresì richiamato dall'art. 2381 c.c., co. 3°, può essere ricompreso all'interno del più generale assetto organizzativo. Per una definizione di assetto amministrativo e contabile si veda R. PEROTTA e L. BERTOLI, Assetti organizzativi, piani strategici, sistema di controllo interno e gestione dei rischi. La corporate governance a dieci anni dalla riforma del diritto societario, in Rivista dei Dottori Commercialisti, 2013; I. KUTUFA', Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria, in AA.VV., Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras, Torino 2010; M. IRRERA, Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali, Milano, 2005; BRUSA, Dentro l'azienda: organizzazione e management, Milano, 2004.

svolta in "forme minimamente complesse"², concordava già il legislatore del '42 quando all'art. 2082 c.c. definiva l'imprenditore "chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata". Una considerazione che, a parere di chi scrive, è già di per sé sufficiente a rendere i dibattiti circa la necessità degli assetti organizzativi nelle sole s.p.a. piuttosto che anche nelle s.r.l., un mero esercizio di stile, per di più fondato su premesse sbagliate. Di fatto il legislatore si è limitato a istituzionalizzare, a trasformare in norme giuridiche, alcuni principi fondamentali della scienza aziendalistica, a volte da questa mutuando come è avvenuto nella normativa di settore, a volte a questa rinviando secondo lo schema delle clausole generali.

Non sorprende quindi che la riforma del 2003 abbia introdotto nel codice la nozione di assetti organizzativi senza darne alcuna definizione. Soltanto grazie alla tecnica del "rinvio a" è possibile risalire al suo contenuto. Taluna dottrina l'ha a-tecnicamente ma efficacemente definita come "il complesso di regole che stabiliscono formalmente chi fa cosa, come e quando questo qualcosa deve essere fatto e chi controlla/vigila su chi quel qualcosa fa"³. Questa definizione ha il pregio di contenere il riferimento ad almeno tre elementi che costituiscono gli assetti organizzativi: i processi, le procedure e il sistema di controllo. I processi sono un insieme di attività interdipendenti e logicamente e/o temporalmente sequenziali, finalizzate al raggiungimento di un obiettivo specifico. Le procedure sono l'insieme di regole relative allo svolgimento delle attività in cui si sostanziano i processi e alla sequenza delle attività

² G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti*, in AA. VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016, nota 2.

³ DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in AA. VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016.

medesime e delle decisioni che le sottendono, nonché degli eventi che le innescano⁴. Il sistema di controllo merita alcuni cenni a parte⁵.

Una particolare e rilevante accezione della nozione di assetto organizzativo emerge dalla definizione che ne dà la Norma 3.4 delle Norme di Comportamento del Collegio Sindacale nelle società non quotate, elaborate dal CNDCEC, dove si fa menzione di un "complesso di direttive (che altro non sono se non regole, solitamente d'indirizzo e non dettagliate, perlopiù verticalizzate) e di procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità". Quest'esigenza di corretta "collocazione" viene formalizzata negli organigrammi, che servono appunto ad individuare la ripartizione dei compiti, delle funzioni e dunque le linee di responsabilità, nonché nei manuali interni aziendali, a dimostrazione del fatto che l'esigenza in questione non interessa solo il livello decisionale ma anche quello operativo. In altri termini, una volta individuato chi è preposto ad adottare decisioni, è necessario parimenti individuare correttamente chi quelle decisioni deve attuare, nonché fare in modo che i due livelli comunichino tra loro.

1.1 Rischio organizzativo e concreto operare degli assetti organizzativi: il decentramento decisionale

Restando in tema di operatività, è utile ricordare che la dottrina ha ritenuto che il rischio organizzativo – che misura il grado di fallibilità

⁴ Per la nozione di processi e procedure si veda la guida operativa del CNDCEC, Attività di vigilanza del collegio sindacale delle società non quotate nell'ambito dei controlli sull'assetto organizzativo, pag. 9; FONTANA, I meccanismi operativi aziendali, Roma, 1988; MELLA, Lineamenti di economia aziendale, Pavia, 1987.

⁵ Si rimanda all'1.3 del presente paragrafo.

dell'impresa rispetto alle regole in base alle quali essa stessa si struttura – si riferisca proprio "alle disfunzioni e agli errori derivanti da comportamenti individuali o di gruppo nel momento della gestione operativa". A ciò si aggiunga che ci sono dei casi in cui, a causa della complessità della realtà aziendale di riferimento, non è possibile distinguere nettamente tra un livello decisionale e un livello operativo, in ragione del fatto che il potere decisionale, anziché concentrarsi esclusivamente ai vertici della gerarchia, si articola su più livelli, venendo in misura più o meno rilevante riconosciuto anche in capo a quelle che nella gerarchia aziendale nascono come unità operative: si tratta del cd. decentramento decisionale⁷. La ratio di questo fenomeno sta, da un lato, nel fare in modo che taluni problemi vengano risolti da coloro che sono più vicini ai problemi stessi – avendo a questo scopo, per evidenti ragioni, maggiori strumenti e maggiore contezza – dall'altro nel consentire ai vertici di delegare il cd. day-by-day management e concentrare i propri sforzi e risorse nell'attività strategica. La combinazione di questi due risultati è potenzialmente in grado di generare un vantaggio competitivo notevole. In altre parole, il decentramento decisionale è il modo che la grande impresa ha di superare i "limiti" che le derivano dalle proprie dimensioni, ripetendo sé

⁶ M. BARAVELLI, L'internal audit nella banca: profili critici e adeguatezza del sistema dei controlli interni, in L'internal audit nelle banche, a cura di M. Baravelli e A. Viganò, Roma, 2000, 82 ss.

⁷ Lo spunto ad utilizzare questo tipo di scelta strategica – particolarmente diffuso nelle imprese di media-grande dimensione, categoria nella quale possiamo ragionevolmente ricondurre le s.p.a. – quale esempio del concreto esplicarsi degli assetti organizzativi aziendali è stato tratto dalle considerazioni in tema di decentramento decisionale fatte da M. MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale,* in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010. Si veda anche RICCIUTI, *Organizzazione aziendale*, Padova, 2003.

stessa in prossimità dei suoi mercati di riferimento, così facendosi più pronta ad affrontare le sfide esterne. Allo stesso tempo tuttavia, questa scelta strategica, comporta una notevole sfida interna, perché amplia notevolmente il rischio organizzativo che può essere ridotto soltanto mediante adeguati assetti organizzativi, che non solo consentano la corretta collocazione del potere decisionale cui faceva cenno la Norma 3.4, ma che consentano pure un efficace raccordo tra i diversi livelli decisionali e tra questi e quello operativo, evitando però che le procedure a ciò deputate appesantiscano la dinamica gestionale piuttosto che alleggerirla.

Questo del decentramento decisionale quale opzione strategica, voglia essere un esempio di come gli assetti organizzativi siano uno strumento indispensabile ai fini di un efficiente ed efficace gestione imprenditoriale, ma anche uno strumento da utilizzare con cautela. La prima considerazione si giustifica in ragione della capacità degli assetti organizzativi di:

- a) ricondurre ad unità, o quantomeno a un certo ordine, la varia modulabilità delle forme con cui l'impresa sta e agisce sul mercato;
- b) procedimentalizzare l'attività aziendale consentendone la tracciabilità. Ciò consente di scomporre il risultato nelle fasi prodromiche allo stesso, consentendo altresì per ciascuna di queste fasi di individuarne il soggetto responsabile;
- c) ridurre la discrezionalità dei processi e quindi minimizzare il margine di errore;
- d) generare sinergie, tramite il coordinamento delle parti la cui interrelazione produce un valore superiore rispetto a quello producibile dalle parti singolarmente considerate.

La seconda considerazione invece si giustifica in ragione del fatto che maggiore sarà l'articolazione della struttura organizzativa, maggiori saranno i costi d'implementazione e di *compliance*. Costi che vanno calcolati non solo in funzione delle risorse impiegate ma anche del tempo, dovendo prestare attenzione a che gli snodi strutturali non si trasformino in ingorghi. A ciò presidierà senz'altro la correttezza della struttura, ma anche il rispetto del principio di proporzionalità.

1.2 Pianificazione aziendale

È possibile individuare una doppia dimensione, statica e dinamica, degli organizzativi. La dimensione statica attiene assetti alla configurazione e si estrinseca essenzialmente negli organigrammi, nei manuali interni, nei mansionari. La dimensione dinamica attiene invece al loro concreto funzionamento e soprattutto al loro adattamento ai mutamenti che interessano l'attività d'impresa. La capacità di adattamento dipende sicuramente dal grado di flessibilità della struttura organizzativa, ma anche dalla misura in cui il cambiamento ancor prima di essere affrontato, sia stato previsto e in qualche modo anticipato. Ed è sotto quest'aspetto che rileva il tema della pianificazione aziendale, che può a tutti gli effetti essere considerato un assetto organizzativo a sua volta⁸.

Ci sono diverse tipologie di piano aziendale, motivo per cui generalmente si usa riferirsi ad un "sistema di piani". Tuttavia, a parere di chi scrive, ciascuno di essi è in qualche modo riconducibile alla categoria del piano strategico, in quanto tutti sono dotati in qualche

⁸ Si vedano le considerazioni fatte in merito da V. DE SENSI, Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria, in Rivista delle Società, 2017, p.354 ss; D. GALLETTI, L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso d'insolvenza, in Il Fallimentarista, 27 settembre 2012; SCOGNAMIGLIO, Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo), in Banca Borsa e Titoli di Credito, 2010.

misura di una dimensione prospettica e previsionale. Tanto è vero che taluna dottrina ha individuato quale finalità comune ai vari tipi di piano aziendale quella di "orientare la vita probabile dell'azienda negli intervalli di tempo corrispondenti al futuro prevedibile, indirizzando il comportamento dei soggetti coinvolti a vario titolo nelle vicende aziendali". Ciò a ulteriore conferma del fatto che il concetto di pianificazione è naturalmente insito in quello di continuità, elaborato dalla scienza aziendalistica come "condizione nella quale l'impresa può sussistere quale entità operativa in un prevedibile futuro" Tanto è vero, che il revisore legale dei conti, ai sensi del par. 13 del principio di revisione (ISA Italia) n.570, deve accertare la sussistenza del requisito della continuità lungo lo stesso orizzonte temporale adottato dalla direzione aziendale nell'attività di pianificazione.

La pianificazione aziendale, intesa nel suo complesso dunque, può essere definita come la procedura volta ad esprimere in maniera formale l'orientamento strategico dell'impresa, mediante la formulazione degli obiettivi da raggiungere nel medio-lungo termine, l'individuazione delle azioni da intraprendere a tal fine, sulla base di un analisi delle condizioni interne ed esterne rilevanti, il coinvolgimento delle unità organizzative

S. TREZZI, La pianificazione aziendale, Tesi di Dottorato di ricerca in Economia e Strategia Aziendale Ciclo XXII, presso la facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Milano Bicocca, relatore prof. M. SAITA, Anno Accademico 2008 – 2009, cit. GIANNESSI. Si veda anche FUSA, Budget e pianificazione aziendale, Milano, 2005; A. AMADUZZI, Il controllo integrato del sistema aziendale: budget integrato e modelli di pianificazione, Bari, 1970; A. MIGLIETTA, La pianificazione quale strumento di controllo economico e finanziario della gestione aziendale, in Economia aziendale, A. AMADUZZI (a cura di), Bari, 1988.

Documento 570 approvato dalla Commissione per la Statuizione dei Principi di Revisione e ratificato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dal Consiglio Nazionale dei Ragionieri rispettivamente il 24/10/2007 ed il 17/10/2007, nonché adottato dalla Consob con delibera n. 16231 del 21/11/2007.

per l'implementazione di tali azioni, la definizione delle modalità di allocazione delle risorse necessarie. L'output di questa procedura è il piano che di regola ha una durata compresa tra i tre e i cinque anni.

La pianificazione è poi immediatamente seguita dalla fase di programmazione, che si esplica perlopiù mediante la formulazione del cd. budget d'esercizio – solitamente di durata annuale – e che serve a trasformare le linee d'indirizzo contenute nel piano in azioni operative. Trattasi della cd. regola di strategia duale: il progetto d'impresa va sviluppato su due piani temporali, quello di medio-lungo termine ma anche quello di breve-brevissimo periodo, focalizzato sulla gestione ottimale delle problematiche poste dal *day-by-day management*.

In ogni caso poi, bisogna considerare che la pianificazione è un processo di natura iterativa, ovvero che viene progressivamente affinato nel tempo, "secondo la sequenza decisioni pianificate-azioni poste in essererisultati prodotti-esperienza maturata"11. Quindi in realtà l'orizzonte temporale del piano ha una rilevanza modesta, come dimostra l'utilizzo della tecnica dello scorrimento, che consiste nella revisione del piano al termine del singolo esercizio o di un biennio, per gli anni che mancano alla sua scadenza, mediante una nuova pianificazione per un numero di periodi pari a quello dei periodi già trascorsi. Ciò a dimostrazione del fatto che anche la pianificazione, così come gli altri assetti organizzativi, ha una sua dimensione più propriamente dinamica: il monitoraggio, che consente di verificare eventuali scostamenti tra obiettivi previsti e risultati conseguiti. La distanza tra i due dà una misura della qualità e della effettività dell'attività di pianificazione, che sarà tanto più fallibile quanto più ampio è l'orizzonte temporale di riferimento e tanto più efficace quanto più sarà stata impiegata correttamente la tecnica dello scenario planning.

¹¹ F. FONTANA e M. CAROLI, Economia e gestione delle imprese, Milano, 2013, p.144 ss.

Per quanto riguarda l'ampiezza temporale del piano, questa dipenderà moltissimo dal settore in cui l'impresa opera. Se il settore è caratterizzato da dinamiche di mercato molto stabili e richiede investimenti di lungo termine, il piano non potrà che avere una durata almeno superiore al periodo necessario per il recupero degli investimenti stessi. Lo *scenario planning*, invece, è una modalità di elaborazione dei piani che prende in considerazione il fatto che le future opzioni possibili di cambiamento per l'impresa sono molteplici. Di conseguenza, pur garantendo l'unità del percorso strategico, anticipa la formulazione di risposte competitive a possibili ed alternative situazioni future. Nel prosieguo di questa trattazione, emergerà l'importanza di questo *modus operandi* in un contesto complesso come quello attuale, soprattutto in relazione al fenomeno della crisi e delle molteplici forme del suo manifestarsi.

1.3 Sistema di controllo e gestione dei rischi

Una definizione esaustiva del sistema di controllo aziendale può essere ottenuta combinando quelle fornite dal Codice di Autodisciplina delle Società Quotate (Art. 7) e dalle Norme di Comportamento del Collegio Sindacale nelle Società non Quotate (Norma 3.5) del CNDCEC. Possiamo dunque definirlo come l'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture organizzative volte all'individuazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei principali rischi aziendali, al fine di consentire il raggiungimento degli obiettivi strategici, operativi, di reporting e di conformità dell'impresa. Il sistema di controllo interno non solo è una tipologia di assetto organizzativo ma è considerato perlopiù indispensabile ai fini dell'adeguatezza dell'intero sistema degli assetti organizzativi. Motivo per cui taluna dottrina ha sostenuto che l'obbligatorietà del sistema di controllo interno debba essere riconosciuta

addirittura come principio generale del diritto societario, ferma restando la sua applicazione nel rispetto del principio di proporzionalità¹².

Il rischio è un elemento connaturato alla natura stessa dell'impresa. Esistono diverse tipologie di rischio aziendale che si articolano e si combinano in vario modo in ciascuna impresa, in funzione della dimensione, della natura dell'attività svolta, dell'ambiente in cui essa opera, ma anche degli obiettivi perseguiti, per il raggiungimento dei quali ciascuna impresa sarà disposta a tollerare un grado di rischiosità più o meno elevato. Si parla in questi casi di "rischio tollerabile" o risk appetite per indicare la propensione al rischio, ovvero il livello di rischio complessivo che una società è disposta ad assumere nell'esercizio dell'attività imprenditoriale. L'individuazione del risk appetite è il risultato di una sinergia tra le funzioni di alta amministrazione e quelle di day-by-day management. In altri termini, e per quanto riguarda gli organi societari, gli amministratori esecutivi, più direttamente o indirettamente a contatto con il livello operativo e quindi con le fonti del rischio, rappresentano al consiglio di amministrazione il contesto interno ed esterno che va ad influire sul livello di rischio che l'impresa può "permettersi" di prendere in carico. Il consiglio di amministrazione valuterà questa rappresentazione del rischio aziendale, in particolare sotto il profilo della sua coerenza con gli obiettivi enucleati nella pianificazione strategica. In quest'ultima infatti sarebbe opportuno che

P. MONTALENTI, I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016; dello stesso A., Corporate governance e "sistema dei controlli", in AA.VV., Corporate governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a., U. TOMBARI (a cura di), Torino, 2013. Si veda anche DE NICOLA, Il diritto dei controlli societari, Milano, Il Sole 24 Ore, 2010; L. MARCHI, Revisione aziendale e sistemi di controllo interno, Milano, 2012; M. PIEROTTI, Il sistema di controllo integrato: esigenze strategiche delle moderne realtà aziendali, Milano, 2008.

fosse integrato un processo di *risk management*¹³. Sia in fase di approvazione che di monitoraggio dei piani il consiglio di amministrazione dovrebbe cioè verificare la compatibilità degli obiettivi con la soglia di tolleranza del rischio. Questa è stata probabilmente una delle lezioni più importanti impartite dalla crisi finanziaria del 2008 che ha messo in evidenza, tra gli altri difetti strutturali delle società, la carenza di un sistema integrato di gestione del rischio, perlopiù governato in una logica atomistica, piuttosto che sistematica, e solo nel momento in cui il rischio e i suoi effetti si manifestavano, anziché in chiave preventiva, non venendo in sostanza governato affatto. A ragione dunque, taluna dottrina ha ritenuto il sistema di controllo interno il perno attorno al quale ruota la nuova fisionomia che la *corporate governance* ha assunto dopo la crisi finanziaria¹⁴. A ben vedere, e questa considerazione avrà un suo peso nella trattazione successiva, lo stesso *risk management* è una forma di prevenzione e gestione della crisi.

Il risk management, dunque, è un processo attraverso il quale "le aziende valutano dapprima la probabilità che si verifichi una determinata situazione e successivamente valutano il modo di evitarla, ridurne gli effetti, trasferirla a terzi o, in molti casi, accettarne in parte o totalmente le conseguenze, minimizzando gli impatti sull'attività di impresa"¹⁵. Questo processo si articola nella:

a) Individuazione dei principali rischi aziendali e conseguente mappatura degli stessi (*risk assessment*);

¹³ F. CHIAPPETTA, Diritto del governo societario, Assago, 2017, p.237 ss; S. FORTUNATO, Il «sistema dei controlli» e la gestione dei rischi (a quindici anni dal T.U.F.), in Rivista delle Società, 2015; L. RAHL, Risk budgeting: risk appetite and governance in the wake of the financial crisis, Londra, 2012; MERNA e AL-THANI, Corporate risk management, Chichester, 2005; A. FLOREANI, Introduzione al risk management, Milano 2005.

¹⁴ R. PEROTTA e L. BERTOLI, op. cit., nota 16 MARCHETTI (2012).

¹⁵ I processi di gestione del rischio, sito Borsa Italiana, 4 giugno 2010.

- b) Classificazione dei rischi in base al livello di pericolosità, in funzione della probabilità di accadimento e dell'impatto sull'attività e in caso di rischi particolarmente "pericolosi", sulla continuità dell'impresa;
- c) Predisposizione degli strumenti utili ad evitare o ridurre il rischio, oppure a minimizzarne l'impatto (*risk treatment*);
- d) Monitoraggio dei rischi aziendali individuati, in funzione dei mutamenti interni o esterni all'impresa, e aggiornamento periodico del *risk assessment* iniziale.

2. Definizione di crisi pre-concorsuale

La crisi pre-concorsuale è un concetto che ricomprende potenzialmente una molteplicità di "zone grigie" che possono caratterizzare quella fase della vita di un'impresa situata a cavallo tra uno stato fisiologico e uno stato "pienamente" patologico. Nella letteratura italiana e straniera è talvolta individuata con diversa terminologia: *vicinity of insolvency, twilight zone*, pre-crisi. Termini tutti sinonimi e tutti rappresentativi di un certo livello di a-tecnicità nella definizione. Montalenti – per il quale questa "zona crepuscolare" rappresenta "un'area economico-temporale antecedente ad una situazione di crisi in senso tecnico, sita in uno stadio prodromico sospeso tra il rischio d'insolvenza e le prospettive di risanamento" – riscontra la presenza di "uno iato, un'area opaca" nell'individuazione dei doveri degli organi di amministrazione e controllo

¹⁶ A. LUCIANO, La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale, Milano, 2016, p.10 ss. Si veda anche P. MONTALENTI, La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale, in Rivista di diritto societario, Torino, 2011; F. BRIZZI, Responsabilità gestorie in prossimità dello stato d'insolvenza e tutela dei creditori, in Riv. dir. comm., 2008.

P. MONTALENTI, I doveri degli amministratori, degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi, in Diritto societario e crisi d'impresa, U. TOMBARI (a cura di), Torino, 2014, p.36.

in questa fase di emersione della crisi, una lacuna che, a ben vedere, è da imputarsi anzitutto all'"opacità" di una definizione normativa dell'area su cui questi doveri dovrebbero insistere. Questo stato di fatto è stato ricondotto alla tradizionale contrapposizione tra impresa *in bonis* e impresa pronta per essere espulsa dal mercato, che mette in evidenza la sostanziale indifferenza del diritto societario nei confronti di quelli che sono gli stati "mediani" della salute dell'impresa, non affatto sconosciuti invece alla riflessione economico-aziendalistica.

Soltanto la "forzata convivenza" con la crisi che nell'ultimo decennio il moderno (?) sistema economico ha imposto alle imprese nel loro ordinario operare, sta spingendo ad un progressivo abbandono di questa diade continuità/discontinuità, verso un modello di governo societario tripartito continuità/emersione della crisi/discontinuità¹⁸ che consenta di intercettare i primi sintomi di difficoltà al fine di porvi tempestivo rimedio.

2.1 La definizione giuridica

Il legislatore ha affrontato, per la prima volta apertamente, il tema della necessità di una definizione normativa dello stato di crisi, distinta da quella dello stato di insolvenza, con la l. 115/2017. L'art. 2 lett. c, ha delegato il Governo affinché mantenga la definizione corrente d'insolvenza, di cui all'art. 5 della Legge Fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n.267) ed introduca una definizione dello stato di crisi, "intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica". A parere di chi scrive, questa linea guida tracciata dalla recente riforma da un lato resta nel filone di quella dottrina che ha tentato di definire la crisi "in funzione" dell'insolvenza – piuttosto

¹⁸ A. ZOPPINI, Emersione della crisi e interesse sociale, in Diritto societario e crisi d'impresa, U. TOMBARI (a cura di), Torino, 2014, p.50 ss. Si veda anche G. FAUCEGLIA, L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future, in Il Fallimento, 2009.

che in via autonoma – come uno stato meno grave e potenzialmente anticipatore della stessa; dall'altro tuttavia, con il rinvio alla scienza aziendalistica lascia presupporre una certa consapevolezza dell'importanza di ancorare questa definizione alla realtà fattuale, a ciò che realmente accade sul mercato. Un'esigenza che sembra essere stata rispettata dalla bozza di codice della crisi e dell'insolvenza, pubblicata il 22 dicembre 2017 dalla Commissione incaricata di redigere gli schemi dei decreti attutativi della suddetta riforma¹⁹, la quale all'art. 2 prevede che per "crisi" si intende "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".

Nel panorama normativo anteriore alla 1. 115/2017, invece, abbiamo unicamente una nozione di stato d'insolvenza, la quale viene definita dal suddetto art. 5 come lo stato in cui l'imprenditore si trova quando non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, così individuando una condizione di incapacità finanziaria irreversibile, necessaria e sufficiente per l'apertura di una procedura fallimentare²⁰.

_

¹⁹ Il 22 dicembre 2017 il Presidente della Commissione, istituita dal Ministro della Giustizia Orlando con decreto del 5 ottobre 2017, con l'incarico di redigere le bozze dei decreti attuativi della legge delega n. 155/2017, Renato Rordorf ha consegnato due dei tre schemi previsti: quello volto a dar vita ad un codice della crisi e dell'insolvenza, destinato a rimpiazzare integralmente il r.d. n. 267 del 1942 e la legge n. 3 del 2012 (in attuazione degli artt. da 1 a 9, 13, 15 e 16 della legge delega), e quello volto ad apportare modifiche ad alcune disposizioni del codice civile in materia societaria (in attuazione dell'art. 14 della legge delega), rinviando ad un momento successivo lo schema del decreto di riordino dei privilegi e delle garanzie non possessorie (in attuazione degli artt. 10 ed 11 della legge delega).

La natura dell'insolvenza quale stadio patologico di massima gravità è desumibile anche da *Trib*.
 Chieti, 19 luglio 2016, per cui "l'insolvenza della banca, pur basandosi sulla previsione dell'art.
 I. fall., può essere dichiarata in un momento cronologicamente anteriore rispetto a quello

Dello stato di crisi, invece, fanno menzione, pur senza definirlo, le norme che il legislatore fallimentare ha dedicato a quella particolare categoria di procedure concorsuali volte a scongiurare il fallimento e a condurre ad una risoluzione negoziale della crisi. Si veda in particolar modo, l'art. 160 della l.f. che al 1° co. recita: "L'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo" e che al penultimo co. contribuisce ad aumentare l'incertezza definitoria prevedendo che "ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza". È da questa normativa vigente che, in passato, si è tentato di mutuare la nozione giuridica di crisi pre-concorsuale²¹, ma il tentativo è naufragato nel confronto con la riflessione economico-aziendalistica, la quale evidenzia non solo che l'insolvenza è cosa diversa dalla crisi, ma

ricavabile mediante l'applicazione della nozione generale, in quanto deve essere già considerata sussistente in presenza di particolari indicatori tecnici, tra i quali speciale rilievo viene attribuito alla risultanza di un ingente e prognosticamente irreversibile deficit patrimoniale"; si veda anche *Trib. Bari, sez. IV, 13 marzo 2012, n. 940*, che definisce l'insolvenza come "condizione di impotenza economica, nella quale l'imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente con normali mezzi solutori le proprie obbligazioni per il venir meno della liquidità finanziaria e della disponibilità di credito occorrenti per lo svolgimento della propria attività".

Si vedano le riflessioni sul punto di A. LUCIANO, op.cit. Si veda anche L. STANGHELLINI, La crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza, Bologna, 2007; G. TERRANOVA, Stato di crisi e stato d'insolvenza, Torino, 2007; F. CORSI, Crisi, insolvenza, reversibilità, temporanea difficoltà, risanamento: un nodo irrisolto?, in Il Fallimento, 2002. Si veda in giurisprudenza, Trib. Rovigo, 17 novembre 2015, per cui "lo stato di crisi si distingue dallo stato di insolvenza nel senso che di esso costituisce una situazione prodromica, da intendersi quale rischio di insolvenza, che si verifica quando l'imprenditore, pur potendo adempiere i debiti già scaduti, già preveda che non sarà in grado di adempiere a quelli di prossima scadenza. La nozione di crisi ricomprenderebbe in sé, pertanto, come fenomeno assorbito, quello più grave dell'insolvenza così da potersi ammettere alla procedura concordataria non solo l'imprenditore in stato di crisi, intesa alla stregua di un minus rispetto all'insolvenza, ma anche la compagine che versi in quest'ultima, più grave situazione".

anche che la crisi in senso stretto (la cd. crisi conclamata) è tendenzialmente cosa diversa da quella che abbiamo sin qui chiamato crisi pre-concorsuale (la cd. crisi latente, o fase di declino). Tralasciando la prassi invalsa nel contesto imprenditoriale di utilizzare gli strumenti di soluzione concordata della crisi troppo tardi, vuoi a causa di un'erronea percezione di questi istituti dal punto di vista "reputazionale", vuoi a causa di un loro utilizzo in mala fede con soli intenti dilatori, è evidente che essi non trovano applicazione in tutti quei casi in cui lo stato di crisi è forma embrionale. cionondimeno meritevole in una ancora considerazione.

2.2 La definizione economico-aziendalistica

Autorevole dottrina aziendalistica ha individuato nel fenomeno della crisi quattro stadi²²: l'incubazione, caratterizzata dai primi segnali di decadenza e di squilibrio economico; la maturazione, in concomitanza della quale si registrano perdite reddituali e una diminuzione del valore del capitale economico; un terzo stadio in cui le perdite si ripercuotono negativamente sui flussi di cassa e, contestualmente, si riduce il credito e l'affidabilità dell'impresa presso gli stakeholders; un quarto stadio terminale, l'insolvenza o dissesto. Lo stesso autore di questa suddivisione, il Guatri, ha ritenuto che il cd. declino, o crisi latente, che come detto corrisponderebbe alla nozione di crisi pre-concorsuale, nostra ricomprenda i primi due stadi e possa dunque essere definito come una fase nella vita dell'impresa in cui questa distrugge valore, ovvero registra una performance negativa in termini di variazione del valore. Sempre secondo la teoria di questo autore, nel momento in cui il declino degenera nella crisi in senso proprio, è allora che vi è la possibilità di invertire questo trend negativo mediante una rigenerazione del valore, consistente

²² L. GUATRI, Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore, Milano, 1995.

nel ripristino e nell'accrescimento del capitale economico dell'impresa. Se a seguito di questo intervento si rilevano variazioni nulle o negative di questa grandezza, allora ciò deve essere interpretato come una sopravvenuta incapacità dell'impresa di realizzare adeguatamente la propria finalità di auto-generazione nel tempo²³, sintomo di una prospettiva di continuità compromessa. La teoria del Guatri fa riflettere sulla scarsa rilevanza, ai fini della nostra riflessione nell'ottica della prevenzione e gestione della crisi. della distinzione migliore precedentemente fatta tra crisi pre-concorsuale e crisi conclamata, suggerendo di concentrare la nostra attenzione, piuttosto, su quella che viene più generalmente intesa come crisi reversibile, l'unica rispetto alla quale abbia un senso, per definizione, ragionare in termini di soluzioni e rimedi. In altre parole, l'unica distinzione che realmente conta è, ancora una volta, quella tra stato di crisi e insolvenza.

È importante tenere presente che mentre l'insolvenza presuppone sempre la crisi, rappresentandone lo stadio più avanzato cui si approda in assenza di interventi correttivi, non può dirsi il contrario, giacché non tutte le crisi sono destinate a sfociare nell'insolvenza. Pertanto mentre l'insolvenza può essere definita, in questo corrispondendo alla definizione normativa, come uno stato d'incapacità finanziaria definitiva e irreversibile, la crisi consiste nel venir meno delle circostanze che determinano in senso dinamico l'equilibrio economico e finanziario dell'impresa²⁴. Ci sono talune teorie aziendalistiche che pongono l'accento sul primo (vedasi il Guatri) e altre che lo pongono sul secondo. In ogni caso, sia che si

Si veda la spiegazione che della "teoria del valore" di Guatri ha dato G. SIRLEO, La crisi d'impresa e i piani di ristrutturazione, Profili economico-aziendali, Roma, 2009. Si veda altresì L. GUATRI e M. BINI, La valutazione delle aziende, Milano, 2007.

²⁴ Fondazione Nazionale dei Commercialisti, *Crisi d'impresa e insolvenza nella prospettiva aziendale e giuridica alla luce delle riforme in itinere*, Roma, 2017.

prendano in considerazione i flussi economici piuttosto che quelli finanziari, ciò che conta ai fini della tempestiva rilevazione della crisi sono i flussi prospettici.

Mentre l'insolvenza è un fenomeno atto ad essere misurato ex post, sulla base di dati storici esaminati a consuntivo, la crisi è un fenomeno dinamico, i cui sintomi iniziali possono e debbono essere intercettati a stretto giro rispetto al loro manifestarsi o, ancora meglio, anticipati. Ciò è possibile qualora si utilizzi per diagnosticare la crisi un approccio previsionale, ovvero che faccia uso dello strumento della pianificazione aziendale. Estremamente lucido è il contributo dato in questo senso da Quagli, il quale sostenendo l'efficacia di questo metodo, ne fa discendere una definizione di stato di crisi molto concreta, quale "incapacità dei flussi di cassa reddituali attuali e prospettici di fronteggiare l'adempimento delle obbligazioni assunte e pianificate tramite il normale andamento gestionale"25. Ciò significa che l'impresa versa in stato di crisi quando, in prospettiva e in assenza di operazioni che esorbitano l'ordinaria amministrazione, non è in grado di generare cassa sufficiente al pagamento dei suoi debiti. Centrale è secondo questa impostazione la redazione di un piano finanziario, che specularmente rispetto al rendiconto, consenta di tenere sotto controllo le tre aree di flusso di cassa: reddituale appunto, consistente nella differenza tra le entrate monetarie da clienti e le uscite monetarie a fornitori; da investimenti, consistente nella differenza tra entrate per dismissioni e uscite per nuovi acquisti; da finanziamenti, consistente nella differenza tra entrate per finanziamenti ricevuti e uscite per rimborsi degli stessi. L'impresa è in equilibrio quando

²⁵ A. QUAGLI, *Il concetto di crisi di impresa come incontro tra la prospettiva aziendale e quella giuridica*, in *Crisi d'impresa e fallimento*, 2 febbraio 2016. Si veda anche C. SOTTORIVA, *Lo stato di crisi dell'impresa: lineamenti della fattispecie*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e ristrutturazione del debito*, L. F. FRANCESCHI e D. TEDESCHI (a cura di), Milano, 2014.

il flusso reddituale di cassa è superiore alla somma degli altri due, così da ottenere liquidità finali maggiori rispetto a quelle inziali e dunque idonee a supportare gli esercizi successivi, ovvero a garantire la continuità aziendale.

Resta inteso che l'analisi quantitativa è necessaria ma non sufficiente a diagnosticare efficacemente lo stato di crisi. Ciò, in primo luogo, perché la crisi può essere distinta tipologicamente quanto alle cause in economica e finanziaria. La crisi economica è quella che scaturisce da fattori di: inefficienza, intesa come un livello di costi superiore alla media di settore o a quello dei migliori competitors; sovraccapacità o rigidità produttiva, dovuta a un complessivo ridimensionamento della domanda o alla perdita di quote di mercato; decadimento dei prodotti, inteso come una riduzione del margine tra il prezzo del prodotto e i costi fissi che quel prodotto contribuisce a coprire; carenza di programmazione e innovazione, da intendersi come una sostanziale incapacità dell'impresa di adattarsi ai mutamenti ambientali²⁶. La crisi finanziaria è invece quella che scaturisce da fattori quali uno squilibrio eccessivo tra capitale proprio e capitale di terzi in favore del secondo, un'eccessiva dipendenza da fonti di finanziamento a breve termine per la realizzazione di attività a lungo termine, una dilapidazione delle riserve di liquidità. In secondo luogo, anche nell'eventualità di una crisi essenzialmente finanziaria, è comunque opportuno nell'analisi: affiancare ai dati contabili, ulteriori tipologie di indicatori²⁷, a partire da quelli gestionali (perdita di dirigenti chiave, di contratti di distribuzione o di fornitura strategici, ecc.); verificare, per

Per una classificazione delle cause della crisi, si veda G. SIRLEO, op. cit. Capitolo I, La crisi d'impresa: aspetti definitori, Roma 2009. Si veda anche G. BRUNETTI, Le crisi d'impresa tra prevenzione e superamento. Un punto di vista aziendale, in AA.VV., Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali: atti del convegno, Milano, 2006.

²⁷ A. ZOPPINI, *op. cit.*, p.53.

quanto possibile, la "tenuta" dell'immagine dell'impresa presso gli investitori in termini di fiducia e attrattività; non trascurare fattori macroeconomici quali il mutamento del contesto normativo o dei trend del consumo.

3. Modello d'utilità degli amministratori nella crisi pre-concorsuale

Il modello di utilità degli amministratori individua l'interesse, o la pluralità di interessi sociali, il cui perseguimento e la cui tutela debbono informare l'attività di gestione dell'impresa societaria. Trattasi di un tema che ha interessato un risalente e prolifero dibattito dottrinale, la cui ricostruzione esime dall'oggetto di questa trattazione. Basti avere presente la tradizionale – anche se semplicistica – contrapposizione tra teorie contrattualiste ed istituzionaliste prima e tra teoria dello shareholder value e dello stakeholder value poi. Di queste teorie, nel prosieguo, verranno menzionati soltanto gli aspetti che interessano al nostro scopo, ovvero rispondere alla domanda se il modello di utilità perseguito dagli amministratori nella gestione dell'impresa societaria muti nel passaggio dalla fase fisiologica a quella patologica della vita della stessa. In altri termini, se questo passaggio produca un qualche effetto sulla gerarchia degli interessi sociali in gioco, ponendo in capo agli amministratori doveri fiduciari nei confronti degli *stakeholders* – la nostra riflessione si limita ai creditori – normalmente insussistenti, o sussistenti in diversa misura. Anche sotto questo aspetto è chiaramente percepibile nel nostro ordinamento l'impostazione duale cui si faceva cenno nei paragrafi precedenti. In altre parole, da una ricognizione delle fonti normative così come delle elaborazioni della dottrina, emerge nuovamente la diade impresa in bonis/impresa insolvente.

Nell'impresa *in bonis* l'orientamento maggioritario ritiene prevalente l'interesse dell'impresa inteso come interesse dei suoi proprietari, ovvero i

soci, per lo più individuato nella massimizzazione del valore delle azioni, così dimostrando un certo grado di condivisione della teoria dello shareholder value. Non si tratta, tuttavia, di un'impostazione indifferente all'interesse dei creditori, il quale viene considerato come un limite alla gestione imprenditoriale²⁸. Il dato positivo che conforta questa tesi è l'art. 2394 c.c., il quale prevedendo che l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori "può essere proposta dai creditori – soltanto – quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti", dà fondamento a due considerazioni: la prima, è che i creditori sono sostanzialmente indifferenti all'andamento della gestione in quanto tale, nel senso che sono dei fixed claimants, interessati esclusivamente all'esatto adempimento dell'obbligazione che vantano verso la società debitrice; la seconda, è che a prescindere dallo stato in cui si trova l'impresa, gli amministratori devono sempre gestirla con una specifica cautela, ovvero evitarne l'incapienza patrimoniale²⁹. In altri termini, può essere riconosciuto un dovere in capo agli amministratori consistente nel perseguire l'interesse dei soci, senza che ciò rechi grave pregiudizio alle ragioni dei creditori. Ancora maggioritaria è l'opinione secondo cui questo fine verrebbe perseguito al meglio mediante la massimizzazione dello shareholder value. Ciò si giustificherebbe con la natura di residual claimants dei soci, i quali potendo ottenere il soddisfacimento delle loro pretese solo dopo che siano state soddisfatte le

²⁸ Si veda la ricostruzione del modello di utilità degli amministratori nell'impresa *in bonis* e la conseguente definizione dell'interesse dei creditori quale limite dell'agire sociale in R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. TOMBARI (a cura di), Torino, 2014.

Questa la conclusione cui giunge A. LUCIANO, op. cit., p.63 ss. Si veda anche F. BRIZZI, Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi, Torino, 2015; M. IRRERA, Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali, in Riv. dir. Soc., 2011.

pretese dei creditori sociali, avrebbero a loro volta interesse a che ciò avvenga. Abbiamo in questo caso, in altre parole, un allineamento tra interessi dei soci e interessi dei creditori.

Nell'impresa insolvente invece, si ha un sostanziale ribaltamento dell'ordine gerarchico degli interessi sociali, che vede l'obbiettivo della massimizzazione avere ad oggetto l'interesse dei creditori piuttosto che dei soci, legalmente estromessi dalla proprietà e dal controllo di una società che di fatto non è più la loro. In questo contesto gli amministratori devono gestire la società in un'ottica esclusivamente conservativa, funzionale alla liquidazione. La letteratura anglosassone ha spiegato efficacemente questo passaggio da un modello d'utilità all'altro tramite la cd. "Trust fund doctrine" secondo la quale quando una società diviene insolvente, il suo patrimonio deve essere gestito come un trust dagli amministratori, che si configurano dunque come dei veri e propri trustees nei confronti dei creditori, rispetto ai quali vengono ad assumere un dovere fiduciario volto alla protezione delle risorse societarie rimanenti che dovranno essere loro distribuite³⁰.

Resta insoluta la questione di cosa accada nel mezzo, di cosa avvenga al modello di utilità degli amministratori durante la crisi pre-concorsuale, quando la permanente possibilità di salvare la continuità dell'impresa impedisce una gestione in ottica liquidatoria, ma allo stesso tempo le crescenti tensioni finanziarie sono idonee ad incrementare il margine di rischio dei creditori – un rischio che, nonostante la loro natura di *fixed claimants*, esiste e corrisponde al mancato o inesatto adempimento dell'obbligazione.

³⁰ A. LUCIANO, op. cit., nota 116.

3.1 Il pericolo degli azzardi morali

Tra gli sforzi principali profusi dalla corporate governance c'è senz'altro quello di contrastare eventuali comportamenti opportunistici tenuti dai soggetti coinvolti nell'impresa societaria. Non a caso uno dei filoni più consistenti in materia ha ad oggetto lo studio dei cd. rapporti di agency, ovvero di quelle relazioni contrattuali dove un soggetto, l'agent, svolge determinate attività e/o amministra determinate risorse, per conto di un altro, il *principal*. Si tratta di rapporti solitamente caratterizzati da un certo grado, più o meno accentuato, di asimmetria informativa, il quale fa sì che questi rapporti comportino un certo livello costi, i cd. costi di agenzia, i quali vengono sostenuti essenzialmente per verificare o rassicurare – a seconda di chi li sostiene – che il principal stia effettivamente esercitando quell'attività e/o amministrando quelle risorse nell'interesse dell'agent, piuttosto che nel proprio. Questo rischio, questa naturale propensione dell'individuo ad approfittare della propria posizione di vantaggio per perseguire i propri egoistici interessi, prende il nome di opportunismo. Keay ha reso il collegamento tra opportunismo e rapporto di agenzia evidente, definendo il primo come quel fenomeno per cui una parte X tiene un comportamento in contrasto con quanto l'altra parte Y si aspetta sulla base del contratto, senza però che questo comportamento venga necessariamente posto in essere in violazione di alcuna clausola contrattuale³¹. Il risultato, oltre a consistere in un indebito trasferimento di "ricchezza" da Y a X, consiste pure in un subdolo aggiramento delle condizioni contrattuali, tale per cui a fronte di una condotta scorretta non viene in aiuto la responsabilità per inadempimento, bensì una

³¹ A. KEAY e H. ZHANG, *Incomplete contracts, contingent fiduciaries and a director's duty to creditors*, in Melbourne University Law Review, 32.1, 2008; S. M. BAINBRIDGE, *Much ado about little? Directors' fiduciary duties in the vicinity of insolvency*, Journal of Business and Technology Law, 2006.

responsabilità che deve farsi discendere da norma diversa dal contratto, quale ad esempio il principio di buona fede.

Questo tipo di situazione ricorre anche nella società in bonis, nella quale però, come anticipato, viene sostanzialmente arginata dalla regola della absolute priority rule – che impone il pagamento dei dividendi soltanto dopo l'adempimento delle obbligazioni sociali – la quale mette i soci in una posizione tale per cui diviene anche nel loro interesse il soddisfacimento delle pretese dei creditori sociali. Generalmente si ritiene che proprio la natura di residual claimants dei soci giustifichi la loro titolarità del potere di controllo sull'impresa. Tanto è vero che quando gli interessi dei creditori entrano in conflitto con quelli dei soci, come avviene in caso d'insolvenza, l'ordinamento interviene attribuendo ai creditori, nell'ambito delle procedure concorsuali, alcuni poteri che il diritto societario riserva normalmente ai soci³². Nella fase di emersione della crisi, si verifica invece una situazione peculiare. Proporzionalmente all'aggravarsi dello stato di crisi e quindi al ridursi delle possibilità per i soci non solo, e non tanto, di ricevere dividendi, quanto piuttosto di riappropriarsi del capitale investito, aumentano gli incentivi a tenere comportamenti opportunistici. Per far fronte alla sopravvenuta estromissione economica i soci potrebbero tentare di appropriarsi abusivamente di risorse della società, la cd. asset dilution, o intraprendere iniziative eccessivamente rischiose, se non addirittura speculative, il cd. overinvestment. Diversamente i creditori potrebbero ricevere pregiudizio da una condotta diametralmente opposta, come quella del cd. underinvestment, un eccessivo abbassamento della propensione al rischio, giustificata dalla tendenziale impermeabilità dei soci non solo agli effetti

³² Sul ruolo della disciplina delle procedure concorsuali nel porre rimedio alle disfunzioni della garanzia patrimoniale generate dalla crisi, A. LUCIANO, *op. cit.*, p.10 ss.

negativi, ma anche a quelli positivi della gestione imprenditoriale³³. Tuttavia, fintantoché l'impresa non giunge a versare in uno stato di crisi di una certa gravità, non interviene la summenzionata circolazione del controllo messa in atto dalle procedure concorsuali. Si verifica dunque una divaricazione tra il controllo, che resta in capo ai soci e il rischio, che viene esternalizzato – eccessivamente – sui creditori. Questo "gap" andrebbe dunque colmato prevedendo in capo agli amministratori il dovere, nel gestire l'impresa, di evitare che questi "incentivi perversi" dei soci si realizzino.

3.2 I rimedi secondo la dottrina italiana e anglosassone

Alla problematica appena descritta, posta non solo dalla riflessione teorica ma anche dalla realtà di fatto, la letteratura giuridica ha risposto in vario modo. Il comun denominatore di queste riflessioni tuttavia è, a parere di chi scrive, la contrapposizione tra il *cd. self help approach* e la cd. strategia della responsabilità, consistente nel disciplinare il regime di responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori, per lo più mediante clausole generali, ovvero tramite l'imputazione di doveri fiduciari.

I sostenitori del primo approccio si inseriscono nel filone dei contrattualisti, che definiscono l'impresa come una "rete di contratti" della quale ciascun individuo sceglie liberamente se e come divenire parte. I creditori non farebbero eccezione, ricevendo dunque adeguata e sufficiente tutela, da un lato, dal contratto stipulato con la società, nonché

³³ Individua queste e altre tipologie di *shareholders' opportunism*, A. LUCIANO, *op. cit.*, p.4 ss. Si veda anche A. ZARDKOOHI, J.S. HARRISON and M.A. JOSEPHY, *Conflict and confluence: the multidimensionality of opportunism in principal–agent relationships*, Journal of Business Ethics, December 2017.

dai "meccanismi di protezione" negoziati con la stessa, dall'altro dalle espresse previsioni di legge che opererebbero come regole di default. Di conseguenza eventuali doveri fiduciari o, più in generale, qualunque fattispecie aggiuntiva di responsabilità in capo agli amministratori, non solo viene considerata non necessaria, ma addirittura controproducente dai fautori di questa tesi, i quali paventano il pericolo di un potenziale "opportunismo del creditore". Queste forme di tutela avrebbero come risultato quello di: disincentivare il creditore a negoziare *ex ante*, preferendo questi agire *ex post*, a un costo nettamente inferiore, mediante l'azione di responsabilità; ridurre la propensione al rischio degli amministratori, inibiti dall'eventualità di vedersi contestata in un secondo momento la correttezza della propria condotta³⁴.

Tralasciando il fatto che la compensazione di una meno pervasiva negoziazione *ex ante* mediante la tutela *ex post*, introduce un profilo di efficienza significativo consistente nel tendenziale abbassamento del prezzo del credito, il *self-help approach* presenta degli evidenti limiti. In primo luogo, ne emerge una sopravvalutazione – tendente a un'erronea valutazione – delle potenzialità del contratto. Non tutti i creditori scelgono di diventare tali e soprattutto non tutti sono in grado – o intenzionati a sostenere i costi – di "imporre" alla società debitrice le proprie condizioni contrattuali. In altre parole, si tratta di un'impostazione che non tiene conto della varietà del ceto creditorio e dell'esistenza dell'appena descritta categoria dei cd. *non-adjusting creditors*. Anche volendo poi circoscrivere ai creditori "forti", questi non sono materialmente in grado, come nessun altro soggetto, di prevedere *ex ante* tutte le possibili fattispecie che valga la pena regolare nel contratto. E qui emerge una delle lacune più significative delle teorie contrattualiste: la mancata presa d'atto

³⁴ Evidenzia i rischi in questione, pur non ritenendoli sufficienti alla condivisione della teoria del *self-help approach*, A. LUCIANO, *op. cit.*, nota 108.

della sostanziale incompletezza del contratto³⁵. Non a caso i doveri fiduciari sono stati da taluna (altra) dottrina qualificati come "gap-filling" devices for incomplete contracts", una concezione affatto nuova per il nostro ordinamento, dove la stessa funzione è per l'appunto svolta dai principi e dalle clausole generali. In secondo luogo e relativamente alla tutela apprestata dalla legge, questa, almeno nel nostro ordinamento, risulta a sua volta non sufficiente. Le norme in materia di capitale sociale - si veda, una per tutte, la regola "ricapitalizza o liquida" - hanno il sostanziale difetto di intervenire troppo tardi, quando la situazione non solo finanziaria, ma anche patrimoniale, della società è ormai irrimediabilmente compromessa. Per quanto riguarda poi "l'ingessamento" dell'iniziativa manageriale, come è stato giustamente sottolineato da Keay, ridurre la propensione al rischio non equivale ad eliminarlo, ma soltanto a renderlo ragionevole.

A questa sostanziale inadeguatezza dell'approccio contrattualista al problema della tutela dei creditori nella fase di emersione della crisi, la dottrina anglosassone ha proposto due diversi tipi di soluzione, a titolo esemplificativo ma non esaustivo: la teoria dello *shifting duty* e del *contingent duty*. La prima viene fatta risalire tradizionalmente al celebre caso *Credit Lyonnais v. Pathe Communication*, del 1991, in occasione del quale la Corte del Delaware statuì nel senso che quando una società si trova in prossimità dell'insolvenza, il consiglio di amministrazione non è più il mero agente dei soci, ma della società nel suo complesso. Nonostante sia stata da più parti criticata la vaghezza di concetti quali

.

Per una disamina delle tesi sostenute dalle teorie contrattualiste e confutazione delle stesse, si veda A. KEAY, Directors' duties to creditors: contractarian concerns relating to efficiency and over-protection of creditors, in The Modern Law Review, 66.5, 2003; H. PURSEY, J. VAN OOSTERHOUT and M. KAPTEIN, Foundation and applications for contractualist business ethics, in Journal of Business Ethics, 2006.

"vicinity of insolvency" o "corporate enterprise as a whole", questa pronuncia ha senz'altro rappresentato una svolta significativa nella giurisprudenza statunitense, accendendo i riflettori sulla crisi preconcorsuale e riconoscendo uno "scivolamento" del modello di utilità degli amministratori verso gli interessi dei creditori, così legittimando una forma di tutela prima sconosciuta in un ordinamento debtor/director-friendly come quello americano.

La nozione di *contingent duty* è da ricondurre invece all'australiano Andrew Keay, il quale partendo dalla premessa che sia i soci che i creditori stipulano i loro contratti con la società e non direttamente con gli amministratori, ha sostenuto che la giustificazione per cui, ciononostante, solo nei confronti dei primi è pacificamente riconosciuto un dovere fiduciario, è che i soci stipulano il contratto più "incompleto" in assoluto. La società infatti non ha un obbligo legale di pagare i dividendi, mentre è legalmente tenuta ad adempiere le obbligazioni nei confronti dei creditori; questi poi si troverebbero in una situazione di vantaggio per il solo fatto dell'operare della *absolute priority rule*. Per tutte queste ragioni, comunque riconosciuta la vulnerabilità dei creditori per i motivi già detti, mentre i doveri fiduciari degli amministratori nei confronti dei soci sono da considerarsi dei "continuing duties", quelli nei confronti dei creditori debbono qualificarsi come dei "contingent duties", ovvero dei doveri che

³⁶ Legge in questi termini la teoria dello *shifting duty*, così come risultante dal caso *Credit Lyonnais* e da ulteriore giurisprudenza, anche inglese e australiana, A. LUCIANO, *op. cit.*, p.33 ss. Si veda anche F. DENOZZA, *L'interesse sociale tra "coordinamento" e "cooperazione"* e C. FOIS, *L'interesse sociale tra teorie dello sviluppo dell'impresa e teoria del rischio*, in AA.VV., *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders, in ricordo di Pier Giusto Jaeger*, Atti del convegno, Milano, 2009.

sorgono esclusivamente nel momento in cui gli interessi di soci e creditori entrano in conflitto e al solo scopo di ricomporlo³⁷.

Taluna dottrina italiana si avvicina in qualche modo più alla posizione di Keay che a quella della Corte del Delaware, pur differenziandosi. Si è sostenuto da più parti che, durante la fase di emersione della crisi, si assisterebbe ad una "chiamata" degli amministratori a un arbitraggio degli interessi in gioco, che muterebbero di peso in ragione del sopravvenuto pericolo di eccessiva esternalizzazione del rischio in capo ai creditori. Col peggioramento dello stato di crisi, vi sarebbe un "ispessimento" del dovere degli amministratori di tenere in debito conto gli interessi dei creditori, che da mero limite dell'agire gestorio verrebbero ad essere oggetto, non di massimizzazione, bensì di una differente "graduazione" che dia atto del mutato assetto proprietario "di fatto" dell'impresa.

Certamente da questa analisi comparativa emerge la sempre più spiccata tendenza, negli ordinamenti "superstiti" delle "Grandi Depressioni", a una "sofisticazione" del ruolo dell'amministratore, sempre meno indirizzato al mero perseguimento del profitto e sempre più finalizzato alla conciliazione delle plurime istanze e dei molteplici interessi che gravitano intorno a una realtà aziendale complessa come quella moderna. Un'inversione di rotta, forse frutto di una presa di coscienza che Adam Smith aveva avuto molto tempo fa – e noi abbiamo avuto troppo tardi – quando sosteneva che: "sempre massimo è il profitto, nei Paesi che vanno a tutta velocità verso la rovina".

³⁷ A. KEAY e H. ZHANG, *Incomplete contracts, contingent fiduciaries and a director's duty to creditors*, in Melbourne University Law Review, 32.1, 2008

³⁸ L'espressione è mutuata da A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010.

³⁹ A. LUCIANO, La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale, Milano, 2016.

4. Le clausole generali e lo statuto normativo della funzione gestoria

Le clausole generali sono una particolare tipologia di norma primaria, dotata dunque di autonoma precettività, che si caratterizza per il fatto di imporre in capo al destinatario del precetto un dovere specifico a contenuto tuttavia generico, mediante il rinvio a standard di condotta e a norme extragiuridiche⁴⁰. Trattasi di una tecnica normativa che il legislatore ha da sempre utilizzato sia nel diritto privato generale che nel diritto societario. Nell'ambito di quest'ultimo assistiamo all'applicazione sia di clausole generali cd. di diritto comune, che nascono come fonte di disciplina dei rapporti obbligatori di diritto privato generale - e che trasfuse in questo diverso sistema di norme assumono una loro peculiare caratterizzazione – sia di clausole generali proprie del diritto societario⁴¹. Bisogna tuttavia riconoscere che l'impiego di questa tecnica normativa nel diritto societario ha suscitato non poche preoccupazioni nella dottrina relativamente al rischio di una surrettizia etero-gestione delle società da parte dei giudici, chiamati all'interpretazione/applicazione delle clausole generali in sede di valutazione delle condotte - per quel che qui ci interessa – degli amministratori. Invero, a seguito del d.lgs. n. 6 del 2003, l'area della sindacabilità in via giudiziale delle condotte poste in essere dall'organo gestorio si è significativamente ampliata e il safe harbour della business judgement rule assottigliato, proprio mediante l'introduzione di ulteriori clausole generali di diritto societario, quali il

⁴⁰ G. MERUZZI, L'adeguatezza degli assetti, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016.

⁴¹ Per un approfondimento di questa distinzione si veda G. MERUZZI, Rilievi parasistematici sul fondamento e sui limiti di costituzionalità delle clausole generali nel diritto societario, in Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero, volume I, I diritti fondamentali fra concetti e tutele, Napoli, 2014; P. MONTALENTI, Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law, in Il Mulino – Rivisteweb, 2015.

dovere di agire in modo informato (art. 2381, co. 6, c.c.) e i principi di corretta amministrazione, a loro volta declinabili nel criterio dell'adeguatezza degli assetti. Questa innovazione della riforma ha comportato un'accentuata procedimentalizzazione dell'attività gestoria, di conseguenza attribuendo al giudice, rispetto al passato, un ruolo molto più "invasivo" dell'autonomia imprenditoriale, essendo consentito il sindacato giudiziale su profili che pur attenendo formalmente alla legittimità dell'azione amministrativa, ricadono di fatto nell'alveo del merito gestorio, ovvero del come l'attività sociale viene svolta. In altri termini, la preoccupazione sostanziale è che un soggetto terzo, per di più privo delle necessarie competenze tecniche, si intrometta indebitamente, fino a sostituire soci e amministratori, nel governo dell'impresa societaria. Queste perplessità, tuttavia, si scontrano con la necessità di un processo di "integrazione del precetto giuridico indeterminato", in ragione del fatto che le clausole generali in quanto tali richiedono un'attività di concretizzazione da parte del giudice. La giurisprudenza di legittimità ha da tempo riconosciuto che, in sede di applicazione delle clausole generali, il giudice crea delle vere e proprie subnorme di diritto oggettivo, sindacabili in Cassazione per errore di diritto ex art. 360, co. 3, c.p.c., così sottraendo l'impugnabilità di questo particolare tipo di decisione agli angusti spazi del novellato co. 5 della stessa disposizione⁴². D'altra parte il ricorso sempre più massiccio alle clausole generali nell'ambito dello statuto normativo della funzione gestoria nelle società di capitali è giustificato dall'oggettiva difficoltà, stante la complessità della dinamica aziendale, a configurare questo statuto ex ante, nonché dall'intento di evitare di "imbrigliare" gli amministratori in una moltitudine di obblighi e

⁴² Il d.l. 83 del 2012 ha novellato il comma in questione, sostituendo al vizio di omessa, insufficiente e contradditoria motivazione, il ben più limitato vizio di omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio.

di doveri che potrebbero rivelarsi non coerenti con la realtà fattuale, impedendone un'efficace gestione. Di conseguenza la valutazione *ex post* di talune condotte degli amministratori è un fenomeno ineludibile. Ciò è ancora più vero per lo statuto normativo della funzione gestoria nella crisi pre-concorsuale, stante la natura "dinamica, progressiva e promiscua di tale stato" la quale impedisce l'anticipata individuazione della gerarchia degli interessi in gioco e delle misure che gli amministratori devono predisporre conseguentemente⁴⁴.

4.1 La corretta applicazione delle clausole generali di diritto societario

Tenuto conto di quanto sopra premesso dunque, si rende necessario un "esercizio guidato della discrezionalità giudiziale"⁴⁵. In altri termini, nell'applicazione delle clausole generali il giudice deve sì valutare *ex post* la conformità della condotta degli amministratori a tali criteri, ma deve farlo con "la ragionevolezza del giudizio *ex ante*"⁴⁶. Ciò implica due corollari: il primo è che dovrà essere evitato il fenomeno psicologico noto come *hindsight bias*, o pregiudizio cognitivo, consistente nella tendenza a ritenere prevedibile un evento ormai verificatosi; il secondo è che nel derivare dalla clausola generale le regole di condotta operative il giudice non potrà rifarsi alla sua personale concezione di cosa sia giusto o sbagliato in tema di governo o di organizzazione dell'impresa societaria,

⁴³ A. LUCIANO, op. cit., p.52 ss.

Questa presa d'atto rende molto meno rilevante il tema della precisa determinazione del cd. triggering point, ovvero del momento a partire dal quale il peculiare statuto normativo che caratterizzerebbe la funzione gestoria nella fase di crisi pre-concorsuale dovrebbe iniziare a trovare applicazione.

⁴⁵ G. MERUZZI, L'adeguatezza degli assetti, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016, p.11.

⁴⁶ A. LUCIANO, *op. cit.*, p.54.

ma dovrà recepirle dai sistemi di norme cui tali clausole rinviano. Sotto questo profilo è possibile distinguere quattro tipologie di clausole generali di diritto societario⁴⁷:

- a) quelle che rinviano alle cd. norme di comune opinione, da intendersi non come un'imprecisata coscienza comune dalla cui etica corrente trarre la regola di specie, bensì come l'insieme delle prassi e delle regole desumibili dalla comunità degli affari di uno specifico momento storico e in relazione a specifiche attività;
- b) quelle che rinviano ai principi elaborati dalle scienze aziendalistiche, che devono essere recepiti dal giudice non in quanto tali, ma in quanto assunti come "buona prassi" dagli operatori del mercato;
- c) quelle che rinviano agli ordinamenti "altri", da intendersi come gli ordinamenti settoriali (bancario, assicurativo, degli intermediari finanziari, delle società quotate);
- d) quelle che rinviano ai criteri di condotta elaborati dalle associazioni di categoria o da soggetti qualificati.

Nelle ipotesi di cui alle lettere c e d l'operazione del giudice è in qualche modo facilitata dal fatto che, ai fini dell'integrazione della clausola generale, sarà sufficiente l'individuazione della norma di riferimento così come enucleata nella normativa di settore o nei documenti predisposti dagli organismi rappresentanti delle categorie professionali. Nei casi invece di cui alle lettere a e b sarà ancora più sentita l'esigenza per il giudice di farsi affiancare nella sua attività d'interpretazione e decisione da un consulente tecnico, che sopperisca in termini di competenze alle mancanze del giudice. Resta comunque il problema legato al fatto che il

38

⁴⁷ Sul rinvio ai quattro sistemi di norme per l'integrazione della clausola generale si veda G. MERUZZI, Rilievi parasistematici sul fondamento e sui limiti di costituzionalità delle clausole generali nel diritto societario, in Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero, volume I, I diritti fondamentali fra concetti e tutele, Napoli, 2014.

giudice dovrebbe per lo meno essere munito di competenze sufficienti a consentirgli una corretta comprensione e valutazione delle relazioni peritali, aspetto da non darsi assolutamente per scontato. È inoltre fondamentale precisare che, considerata la natura dinamica e dunque mutevole dei quattro sistemi di norme su elencati, il giudice dovrà fare rinvio all'uno, piuttosto che all'altro, così come questo viene a configurarsi nel momento storico in cui si sono verificati i fatti contestati. Ciò impedisce una valutazione della condotta degli amministratori sulla base di criteri che, quando questa fu posta in essere, non potevano essere oggettivamente rispettati in quanto non ancora, o non più, vigenti.

4.2 I principi di corretta amministrazione

Tra le numerose clausole di diritto societario esistenti, quelle che più rilevano ai fini di questa trattazione sono, come anticipato, il dovere di agire informati e i principi di corretta amministrazione, dei quali il criterio dell'adeguatezza degli assetti rappresenta una specificazione. Si rimanda al capitolo successivo la trattazione della prima e della terza clausola; di seguito invece alcuni cenni alla seconda.

La dottrina maggioritaria ritiene che i principi di corretta amministrazione siano una derivazione del più generico canone di diligenza, così come risultante dall'art. 2392 c.c., e che sia gli uni che l'altro possano essere ricompresi nella clausola generale di diritto comune di cui all'art. 1175 c.c., ovvero il dovere di correttezza nei rapporti obbligatori, ai quali può senz'altro essere ricondotto il rapporto tra amministratori e società. Non c'è una norma che codifica espressamente un dovere in capo agli amministratori di rispettare i principi di corretta amministrazione. Pur tuttavia l'art. 2403 co. 1, c.c., lo riconosce implicitamente, quando tra i doveri del collegio sindacale ricomprende quello di vigilare sul rispetto, per l'appunto, di questi principi. Significativo è anche l'art. 2497, co. 1,

c.c., che più precisamente parla di "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale", la cui violazione costituisce il presupposto per l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti della società o ente che esercita attività di direzione e coordinamento. La dottrina ritiene che l'espressione impiegata in questa norma non assuma un significato diverso da quella utilizzata nell'altra⁴⁸. Tuttavia, questa diversa denominazione offre uno spunto di riflessione relativamente alla necessità di valutare il rispetto della clausola generale sotto due distinti e connessi profili: quello societario e quello imprenditoriale⁴⁹. La corretta gestione societaria è quella che garantisce il rispetto delle norme di diritto societario prescrittive di obblighi e doveri gestori relativi al particolare tipo societario prescelto per l'esercizio dell'attività d'impresa. La corretta gestione imprenditoriale, invece, è quella che prende atto di quanto il soggetto "impresa" sia più complesso del soggetto "società", così come viene tipizzato giuridicamente, garantendo quindi un equilibrato ed efficace arbitraggio degli interessi coinvolti nonché il mantenimento della prospettiva di continuità aziendale. Tanto è vero che in caso di perdita della prospettiva di continuità o del manifestarsi di questo rischio, gli amministratori agiranno correttamente se adegueranno la propria attività gestoria al mutato assetto degli interessi in gioco⁵⁰. È tuttavia estremamente importante la specifica fatta dal Mazzoni, il quale chiarisce che questa clausola non va letta nel senso che l'ordinamento prescriva un dovere di esercitare l'attività d'impresa nell'interesse di altri, ma nel

⁻

⁴⁸ A. LUCIANO, op. cit., nota 88.

⁴⁹ A. MAZZONI, La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale, in AA. VV., Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010.

⁵⁰ Si rimanda a quanto illustrato al § 3.2 in tema di "ispessimento" del dovere degli amministratori di tenere in debito conto gli interessi dei creditori sociali, al sopraggiungere della crisi.

senso che l'ordinamento prescrive il divieto di esercitare l'attività d'impresa recando danno ad altri, come avviene nel caso in cui venga a mancare la prospettiva della continuità. Resta intatto quindi il valore costituzionalmente garantito della libertà d'iniziativa economica, in virtù del quale la scelta se intraprendere, continuare o cessare l'attività resta insindacabile. È proprio il bilanciamento con i valori giuridicamente protetti dalla nostra Costituzione che impone al giudice l'applicazione, nell'esercizio della sua discrezionalità, del principio di proporzionalità, tale per cui si debbono considerare costituzionalmente illegittime quelle pronunce che, nella definizione *ex post* della condotta dovuta dagli amministratori, prescrivano doveri eccessivi ed esorbitanti il perimetro tracciato da questo fondamentale criterio.

CAPITOLO II

Gli adeguati assetti per la prevenzione e gestione della crisi – prima e dopo la l. 155/2017

1. Il principio di adeguatezza degli assetti ex art. 2381 c.c.

Il radicale mutamento dell'art. 2381 c.c. è forse stato l'innovazione introdotta dalla riforma di diritto societario che meno ha stimolato, per lo meno inizialmente, il dibattito in dottrina, concentrato piuttosto su temi quali i sistemi alternativi di amministrazione e controllo, l'emissione di strumenti finanziari partecipativi e i patrimoni destinati. Tuttavia, l'importanza della modifica apportata alla norma disciplinante l'organo gestorio delle s.p.a. non ha tardato a rivelarsi. Come ha sottolineato il Buonocore, che ha significativamente qualificato questa novella come la "novità più nuova" introdotta dal d.lgs. 6/2003, l'introduzione del principio di adeguatezza degli assetti è stato il vero "banco di prova dell'attuazione della riforma", per due ordini di ragioni: la prima, per il fatto che. a differenza delle altre novità summenzionate, la predisposizione e il mantenimento di assetti organizzativi adeguati non rappresenta un "optional", bensì un dovere generale di condotta in capo agli organi societari; la seconda, perché mentre le altre modifiche apportate al codice civile rappresentano delle "utilità marginali, nel senso che la loro mancata attuazione nulla toglie e poco aggiunge", gli assetti organizzativi costituiscono "nerbo e corpus dell'ente società"⁵¹. In altre

⁻

⁵¹ BUONOCORE, Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile, in Giur. Comm., 2006. Si veda sul tema anche A. LUCIANO, Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo delle società bancarie e non, in Rivista di diritto commerciale, 2017; P. MONTALENTI, Amministrazione e controllo nella

parole, il legislatore prima e la dottrina poi si sono presto resi conto della centralità del momento organizzativo nella vita dell'impresa societaria e della sopravvenuta insostenibilità di una norma che si limitava a prevedere la possibilità, previa disposizione statutaria o delibera assembleare, per il consiglio di amministrazione di s.p.a. di delegare proprie attribuzioni a taluni dei suoi componenti, senza dettare alcuna disciplina dei rapporti intercorrenti tra il collegio e gli organi delegati. Una zona grigia che si rifletteva e si accompagnava a una disciplina del regime di responsabilità degli amministratori del tutto inadatta all'emersione e all'imputazione delle condotte individuali, alimentando una prassi giurisprudenziale piuttosto incline all'attribuzione di una responsabilità oggettiva in capo ai consiglieri. Con il d.lgs. 6/2003 e l'articolazione dell'art. 2381 c.c., prima consistente in un unico comma, in 6 commi, è stata realizzata una vera e propria procedimentalizzazione dell'attività gestoria, mediante la ripartizione di competenze tra cda e organi delegati in materia di assetti organizzativi e l'istituzionalizzazione di un sistema di flussi informativi tra i medesimi organi. Rimandando ai paragrafi successivi la trattazione di quest'ultima rilevante innovazione e concentrandoci in questa sede sul primo aspetto, è corretto dare credito a quella dottrina che ha ritenuto l'enunciazione del principio di adeguatezza degli assetti in sé considerato una novità non assoluta. Già si è fatta menzione nel capitolo precedente del ruolo precursore giocato in tal senso dalla normativa dei settori regolamentati⁵², i quali hanno ulteriormente

società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma, in Riv. soc., 2013; M. IRRERA, L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati, in Nuovo dir. soc., 2009.

⁵² Basti pensare che l'ordinamento delle società quotate faceva già riferimento, con il d.lgs. 58/1998 (T.U.F.), al "principio di adeguatezza della struttura organizzativa della società [...], del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile". Per quanto riguarda la *soft law*, si consideri l'art. 1.C.1, lett. c) del Codice di autodisciplina di Borsa Italiana del 2015. Per gli altri settori vigilati, si porti ad esempio: per il settore bancario, le disposizioni di vigilanza di Banca

contribuito ad aiutare gli interpreti a riempire di significato l'omologa disposizione codicistica. Contributo che non hanno mancato di dare anche quelle leggi speciali che a loro volta hanno riconosciuto la necessità degli assetti organizzativi ai fini della realizzazione della *ratio* loro propria – si pensi alla normativa in materia di salvaguardia ambientale, tutela della privacy, responsabilità ex d.lgs. 231/2001, per citarne alcune⁵³. Ma è solo con il d.lgs. 6/2003 che il principio in parola assurge a norma di diritto comune, smette di essere una prerogativa di alcune tipologie d'imprese soltanto e diviene clausola generale direttamente applicabile – e non meramente derivabile in via ermeneutica dal generale criterio di diligenza degli amministratori – a tutte le società per azioni. Inoltre, dalla lettura in combinato disposto degli artt. 2381 e 2403 c.c., assistiamo per la prima volta ad una puntuale imputazione soggettiva degli obblighi relativi alla dotazione dell'impresa societaria di un'adeguata struttura organizzativa. Prima di passare all'analisi di questa tripartizione di competenze – "curare" in capo agli organi delegati, "valutare" in capo al cda e "vigilare" in capo al collegio sindacale – si consentano ancora alcune considerazioni generali in ordine al principio di adeguatezza degli assetti.

La prima considerazione riguarda il naturale relativismo che caratterizza la stessa nozione di adeguatezza, la quale – in particolare se declinata come idoneità – richiama automaticamente la necessità di scelte discrezionali. In effetti, la dottrina è generalmente concorde nel ritenere le decisioni attinenti la struttura organizzativa della società, una "scelta

d'Italia, Titolo V – Cap. 1 "Governo societario" e Cap. 3 "Il sistema dei controlli interni"; per il settore assicurativo, il regolamento Isvap 20/2008 come modificato con provvedimento del 15 aprile 2014 "Disposizioni in materia di controlli interni, gestione dei rischi, *compliance* ed esternalizzazione delle attività delle imprese di assicurazione".

⁵³ G. MERUZZI, L'adeguatezza degli assetti, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016

d'impresa"⁵⁴ ovvero una scelta gestionale, con tutte quelle che sono le conseguenze di questa qualificazione sul piano delle responsabilità, aspetto che verrà diffusamente trattato nel capitolo successivo. Per il momento basti considerare che il legislatore della riforma ha, con il suo intervento sull'art. 2381 c.c., agito in controtendenza rispetto al suo originario intento di promuovere l'autonomia statuaria delle imprese societarie, in quanto ha reso l'organizzazione interna delle s.p.a. – materia tradizionalmente riservata al libero e prudente apprezzamento imprenditoriale – "parzialmente indisponibile"⁵⁵.

Questo relativismo, tuttavia, viene temperato – oltre che dalla possibilità di attingere ai contenuti elaborati in materia dalla scienza aziendalistica e dalle norme primarie e secondarie di settore, nonché da quelle di soft law - da due parametri espressamente previsti all'art. 2381 c.c., ai sensi del quale l'adeguatezza deve essere rapportata alla "natura" e alle "dimensioni" dell'impresa. Trattasi dei due elementi che tradizionalmente diritto determinano nel societario l'applicazione dello dell'imprenditore commerciale⁵⁶ e che richiamano la necessità di ricorrere al principio di proporzionalità nell'adempimento dei doveri relativi agli adeguati assetti. Ciò implica che non esiste – e non può esistere, pena una scarsa aderenza alla realtà fattuale – una nozione universale di assetto adeguato, nozione che deve dunque essere di volta in volta "relativizzata" rispetto al caso concreto.

_

⁵⁴ V. BUONOCORE, *op. cit*.

M. MOZZARELLI, Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale, in AA. VV., Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010.

⁵⁶ Artt. 2083, 2135, 2195, 2214 c.c., M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in AA. VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016.

La seconda considerazione attiene invece al fatto che il dato normativo conferma quanto sostenuto nel primo capitolo di questa trattazione, ovvero che sia la pianificazione aziendale che il sistema di controllo e gestione dei rischi, costituiscono a loro volta assetti organizzativi. L'art. 2381 c.c., co. 3 prevede espressamente che "il consiglio di amministrazione [...], quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società". Si noti che, coerentemente con quanto sinora sostenuto, l'inciso "quando elaborati" non va letto come non obbligatorietà dell'elaborazione dei piani aziendali, in quanto questi, al pari di ogni altro assetto organizzativo, dovranno essere elaborati qualora natura e dimensioni dell'impresa lo richiedano. Del sistema di controllo interno, invece, troviamo espressa menzione nel codice civile soltanto all'art. 2409-octies decies, co. 5, lett. b), con riferimento ai doveri di vigilanza del comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico, senza che le corrispondenti norme dedicate al collegio sindacale e al consiglio di sorveglianza lo contemplino. Tuttavia, dal momento che una tale disparità di regolazione non troverebbe giustificazione, bisogna concordare con quella dottrina che ha proposto un'interpretazione correttiva del dato letterale, per cui l'obbligatorietà del sistema di controllo interno deve essere riconosciuta al fine dell'adeguatezza degli assetti interni e dunque fatta derivare dagli stessi parametri summenzionati, piuttosto che dal tipo di sistema amministrativo prescelto⁵⁷.

L'ultima considerazione, infine, vuole evidenziare la significativa evoluzione della cultura giuridica relativamente al tema dell'organizzazione aziendale, senz'altro frutto di una progressiva e consapevole presa di coscienza della realtà aziendale nel suo concreto

⁵⁷ P. MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in AA. VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016.

esplicarsi. Prima della riforma del 2003, gli operatori del diritto approcciavano al tema dell'organizzazione societaria, concentrando la propria attenzione sull'attribuzione di funzioni e sul riparto di competenze tra organi sociali, così dimostrando una concezione inesatta – o meglio, parziale – della nozione di organizzazione. Di fatto conducevano un'analisi dell'articolazione organizzativa dell'impresa, limitata ai profili di corporate governance, tralasciando quelli di internal governance⁵⁸. È con l'introduzione del principio di adeguatezza degli assetti che si afferma una nozione di organizzazione quale sistema unitario, costituito da un primo livello dove si collocano, per l'appunto, gli organi di governo della società e un secondo livello, quello operativo, propriamente definibile come "struttura aziendale". Una configurazione questa, che non poteva oltre, considerata l'evoluzione delle dinamiche essere ignorata imprenditoriali delle società di medie/grandi dimensioni, sempre più spesso orientate verso la scelta strategica del decentramento decisionale⁵⁹ – ma soprattutto, esecutivo – dove non solo il cda, ma anche gli organi delegati, esercitano sempre meno funzioni di day-by-day management e sempre più funzioni di alta direzione.

1.1 Ripartizione di competenze tra organi delegati e cda: "curare" e "valutare"

La sostanziale innovazione introdotta dalla riforma del 2003 relativamente all'organo di gestione delle s.p.a. si concreta, per quel che interessa in questa sede, essenzialmente nella disciplina dei rapporti tra il consiglio di amministrazione e gli organi delegati, riconfermando il trend legislativo orientato a riconoscere la scelta gestoria della delega di funzioni quale regola piuttosto che eccezione e realizzando di fatto una

⁵⁸ M. DE MARI, op. cit.

⁵⁹ Si consenta di rimandare alle considerazioni già fatte in proposito al Cap. I, § 1.1.

procedimentalizzazione della stessa attività gestoria, mediante un puntuale riparto di competenze intraorganiche. Mediante la lettura del novellato art. 2381 c.c. – prendendo in considerazione, in particolare, il profilo dell'adeguatezza degli assetti – è possibile avere esatta contezza della configurazione che il legislatore della riforma ha voluto dare all'organo amministrativo di s.p.a.. La norma infatti delinea un doppio livello di competenze: un livello operativo, proprio degli organi delegati, quando al 5° co. prevede che "gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa"; un livello d'indirizzo e supervisione, proprio del cda, quando al 3° co. prevede che "il consiglio di amministrazione [...], sulla base delle informazioni ricevute, valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società". L'utilizzo di questi due predicati, curare e valutare, è il frutto dello sforzo prodigato dal legislatore della riforma al fine di conciliare le due anime dell'organo amministrativo della moderna impresa societaria: la gestione diretta e il controllo sull'altrui operato⁶⁰.

In realtà a voler essere precisi, le s.p.a. possono potenzialmente raggiungere dei livelli di complessità e articolazione dell'assetto interno tali per cui può darsi anche il caso in cui tra gli stessi organi delegati e la gestione operativa vengano interposte altre figure di dirigenti e preposti a specifiche funzioni, così venendosi a delineare una struttura gerarchica piramidale funzionante sulla base di un meccanismo di *reporting*: dalla base, i soggetti in posizione subordinata riferiscono, in direzione del

_

⁶⁰ A. ZANARDO, La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016; BARACHINI, La gestione delegata nella società per azioni, Torino, 2008; CAGNASSO, Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali, in Soc., 2003.

vertice, ai soggetti in posizione sovraordinata. Ciò non toglie tuttavia che l'organo delegato, rispetto al cda, sia maggiormente coinvolto nella gestione diretta e abbia dunque maggiore contezza dell'andamento complessivo della stessa, semplicemente in virtù della posizione di "prossimità" agli affari sociali, che gli è propria in ragione della sua stessa natura. Il dovere di *curare* l'adeguatezza degli assetti organizzativi, dunque, deve essere inteso come l'obbligo in capo agli organi delegati di predisporre prima e garantire il funzionamento poi degli assetti in parola. Si rilevi sin d'ora che nonostante si faccia esplicito riferimento al concreto degli assetti esclusivamente all'art. 2403 funzionamento c.c., relativamente al dovere di vigilanza del collegio sindacale, è pacifico che anche l'organo amministrativo, sia il delegato che il plenum, debba adempiere i propri doveri anche rispetto alla fase dinamica dell'esplicarsi degli assetti. Ciò risulta – oltre che da un'interpretazione sistematica e secondo logica – per gli organi delegati, dalla natura stessa del predicato curare, che richiama una continua attenzione da prodigare alla dimensione organizzativa⁶¹, per il cda dagli specifici poteri ad esso riconosciuti.

Il dovere del collegio di *valutare* l'adeguatezza degli assetti, implica un'attività di controllo nel merito delle scelte gestionali effettuate al riguardo dagli organi delegati. Nel verificare la congruità di queste scelte, è espressamente riconosciuta la possibilità per il cda di "impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega". Ciò significa che il *plenum* ha il potere non solo di indirizzare la configurazione degli assetti, ma anche di contribuire a determinarla in concreto, qualora ritenga opportuni interventi correttivi o addirittura sostituirsi ai delegati. Ciò – oltre a non consentire alcuna esenzione di

⁶¹ V. DE SENSI, Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria, in Rivista delle Società, 2017.

responsabilità del cda per il solo fatto dell'incompletezza del dato letterale

– conferma la natura non abdicativa della delega di funzioni, ovvero il
carattere sovraordinato e concorrente della competenza consiliare.

Lo stesso riparto di competenze si deve ritenere riferibile anche al sistema di controllo interno e alla pianificazione aziendale, potendosi considerare anch'essi assetti organizzativi. Per quanto riguarda il primo, utili indicazioni circa i compiti del cda sono rinvenibili nel Codice di autodisciplina delle società quotate⁶² e facilmente mutuabili per le società di diritto comune dotate di un grado di complessità e dimensioni sufficienti a giustificare la necessità di un sistema di controllo così articolato: il cda detta le linee d'indirizzo del sistema, ne valuta l'adeguatezza e ancor prima provvede a conferire a taluno dei suoi membri l'incarico di istituire e manutenere il sistema in parola, nonché eventualmente a costituire un comitato interno allo stesso cda - il comitato controllo e rischi – avente una funzione di ausilio dell'attività istruttoria e valutativa del consiglio. Per quanto riguarda invece il secondo, dalla lettera del 3° co. dell'art. 2381 c.c., nonostante non sia esplicitamente previsto, si deve ritenere che gli organi delegati abbiano il dovere di elaborare i piani aziendali, considerato che espresso compito del cda è esaminarli. Rispetto alla pianificazione si rende tuttavia più evidente, a parere di chi scrive, una considerazione valevole per gli assetti generalmente intesi: i delegati pongono sì in essere un'attività di configurazione, ma lo fanno pur sempre in ossequio a quelle che sono le linee guida, le *policies* dettate dal consiglio. Questo conserva un irrinunciabile potere/dovere che, se anche non lo si volesse qualificare come di approvazione, sarebbe pur sempre finalizzato a garantire la coerenza delle scelte gestionali con gli indirizzi strategici dell'impresa.

⁶² Codice di autodisciplina, Comitato per la *corporate governance*, Borsa Italiana, art. 7 "Sistema di controllo interno e gestione dei rischi".

Non a caso, taluna dottrina ha giustamente rilevato come la ripartizione di competenze all'interno dell'organo amministrativo sia derogabile in senso unidirezionale: mentre il cda può avocare a sé la funzione di cura degli assetti organizzativi, in nessun caso è possibile trasferire in capo agli organi delegati il momento valutativo degli stessi⁶³. Ciò può essere imputato alla particolare legittimazione del consiglio, nominato dai sociproprietari dell'impresa, che gli attribuisce "l'ultima parola" sulle scelte gestionali, o piuttosto alla particolare delicatezza di questo tipo di operazione, che richiede la ponderazione del collegio anziché la speditezza della delega.

È opportuno a questo punto sottolineare come il "collante" che tiene in piedi l'impianto appena descritto sia costituito dai flussi informativi, al punto che si può ragionevolmente affermare che un assetto organizzativo può dirsi adeguato soltanto qualora consenta un efficace elaborazione e trasmissione delle informazioni. La corretta, completa e tempestiva disponibilità dell'informazione è, a ben vedere, elemento imprescindibile per l'efficace esercizio di qualunque funzione sociale, ma la riforma del 2003 gli ha riconosciuto un ruolo preminente con particolare riferimento all'organo amministrativo. *Curare* e *valutare* sarebbero predicati privi di significato agli occhi della dinamica aziendale se non fossero accompagnati da regolari e appropriati flussi informativi. Motivo per cui l'art. 2381 c.c. al 5° co. prevede che "gli organi delegati [...] riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle

-

⁶³ I. KUTUFA', Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria, in AA.VV., Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras, Torino 2010; SALAFIA, Gli organi delegati nell'amministrazione delle s.p.a., in Soc., 2004; FERRI, L'amministrazione delegata nella riforma, in Riv. dir. Comm., 2003.

operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate" e al 6° co. sancisce il principio per cui "gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato". Qualunque decisione, affinché possa dirsi ponderata e consapevole, deve essere accompagnata da un'adeguata attività istruttoria. Tuttavia, ciò è ancora più vero per le decisioni del cda, la cui attività valutativa è necessariamente mediata dai *reports* degli organi delegati. Per questa ragione, il collegio non può limitarsi a ricevere passivamente le informazioni, ma deve recepirle con spirito critico: qualora abbia ragione di ritenerle incomplete, inesatte o insufficienti è suo dovere chiederne un supplemento. L'*hortus clausus*⁶⁴ del consiglio non può costituire rifugio dalle responsabilità per ciò che sta accadendo al di fuori, piuttosto la misura in cui il cda riesca, considerate le circostanze oggettive, a superare questa naturale asimmetria informativa detterà anche la misura della sua responsabilità⁶⁵.

Si considerino infine, in chiusura, alcune fattispecie peculiari. La prima è l'assenza di delega, ovvero l'ipotesi in cui il cda abbia optato per mantenere in capo a sé la gestione diretta dell'impresa, senza dunque delegare alcuna funzione. È evidente che in tal caso, la cura degli assetti organizzativi resterà senz'altro in capo al collegio, con buona pace dell'opportuna distinzione tra la fase di gestione e quella di controllo. La seconda è la delega atipica, ovvero il caso in cui il cda attribuisca proprie funzioni a taluno dei suoi componenti, senza che vi sia una previsione

_

⁶⁴ L'espressione è stata tratta da P. MONTALENTI, op. cit., 2016

La centralità del dovere di agire informato nella configurazione del regime di responsabilità degli amministratori non esecutivi post d.lgs. 6/2003, è stata riconosciuta da Cass. Pen. n. 23383/2007, caso "Bipop-Carire". Si veda il commento di R. SACCHI, Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato, in Giur. Comm., 2008, nonché di N. MENARDO, La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega, in Diritto penale contemporaneo, 2015.

statutaria o una delibera assembleare in tal senso⁶⁶. A questa particolare tipologia di delega – la cui ammissibilità oggi si ricava dall'art. 2392 c.c., laddove al 1° co. richiama le "funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori" – non si potrebbe ricondurre, a parere della dottrina, la puntuale tipizzazione dei doveri ex art. 2381 c.c., con la conseguenza che quest'ipotesi andrebbe trattata come quella in cui la delega manchi del tutto⁶⁷. La terza è, infine, la delega parziale, ovvero il caso in cui il cda non deleghi la gestione diretta della società nel suo complesso, ma limiti le attribuzioni – e dunque le possibilità d'intervento – degli organi delegati soltanto a taluni aspetti operativi. In questo caso la risposta al quesito se la cura degli assetti resti in capo al cda o vada riconosciuta agli organi delegati è controversa. Taluna dottrina caldeggia la prima soluzione, facendo salvo tutt'al più il caso in cui vi sia una pluralità di deleghe parziali frutto del frazionamento di una delega generale, nel qual caso la cura degli assetti andrebbe qualificata quale dovere in capo agli amministratori delegati congiuntamente⁶⁸. Altra autorevole dottrina, tuttavia, sostiene invece la seconda tesi, argomentando sulla base della

⁶⁶ Si ricorda che ai sensi dell'art. 2381 c.c., 2° co., la delega di funzioni è una fattispecie a formazione progressiva che ha quale presupposto necessario una previsione statutaria o una delibera assembleare, seguita da una delibera consiliare di conferimento della delega e infine dall'accettazione della stessa da parte del delegato.

⁶⁷ Si veda la posizione della giurisprudenza sul punto: Cass. n. 12696/2003 ha ribadito l'inderogabilità del regime di responsabilità *ex* art. 2392 c.c., statuendo che "la condotta omissiva per affidamento a terzi, lungi dal comportare esclusione di responsabilità, può costituire invece ammissione dell'inadempimento dell'obbligo di diligenza e vigilanza".

⁶⁸ In tal senso, ad esempio, I. KUTUFA', op. cit., 2010; P. ABBADESSA, Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gianfranco Campobasso, II, Torino 2006. In senso contrario M. IRRERA, Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali, Milano, 2005; A. ZANARDO, op. cit., 2016.

necessità che la predisposizione degli assetti organizzativi sia frutto di un disegno unitario, non potendo le varie declinazioni dell'operatività sociale essere scisse. A parere di chi scrive, quest'ultima osservazione è senz'altro pertinente, tuttavia – proprio volendole dare credito – non si può ignorare l'oggettiva difficoltà dell'amministratore addetto a una singola area gestionale a procurarsi una visione d'insieme che gli consenta la realizzazione del disegno unitario suddetto. Sembrerebbe dunque opportuno, ad una prima analisi, che il consiglio limiti il suo ventaglio di opzioni a: deliberare una delega piena di funzioni, oppure designare una pluralità di amministratori affinché esercitino la gestione diretta mediante il coordinamento delle loro deleghe speciali e dei flussi informativi che ne derivano. In quest'ultimo caso, tuttavia, l'attività di cura degli assetti finirebbe per risultare una sommatoria di decisioni parziali assunte da soggetti diversi, eventualità che di certo non può considerarsi ideale ai fini della buona riuscita di un'armoniosa strutturazione aziendale. Si ripropone dunque l'opportunità di ricondurre questa funzione a unità soggettiva, ponendola in capo o al plenum, o al singolo amministratore con delega piena, o al comitato esecutivo.

1.2 Ripartizione di competenze tra cda e collegio sindacale: "valutare" e "vigilare"

Come anticipato, gli obblighi relativi all'adeguatezza degli assetti organizzativi non si esauriscono all'interno dell'organo amministrativo. Il d.lgs. 6/2003 ha infatti previsto una tripartizione di competenze, coinvolgendo altresì il collegio sindacale, il quale – nonostante l'introduzione di sistemi alternativi di amministrazione e controllo che non lo contemplano affatto e la sottrazione della funzione di controllo contabile *ex* art. 2409bis – è uscito rafforzato dalla riforma di diritto societario. Da quest'ultima è emersa un'impostazione tale per cui

l'amministrazione e il controllo rappresentano i due pilastri di un unico sistema integrato⁶⁹, il governo societario, al vertice del quale viene dunque riconosciuto un posto, accanto all'organo gestorio, anche al collegio sindacale. Ciò è evidente, in primis, dalla lettura dell'art. 2403 c.c., il quale statuisce che "il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento". Dalla formulazione letterale della norma si evince l'avvenuta qualificazione del principio di corretta amministrazione quale clausola generale per eccellenza del diritto societario, nonché del principio di adeguatezza degli assetti quale specifica e rilevante declinazione del puntualizzazione, che primo. Questa mette espressamente in relazione queste due clausole generali ed è rinvenibile nell'espressione in particolare, è molto importante perché consente di individuare la specifica funzione riconosciuta dal legislatore al collegio sindacale rispetto agli adeguati assetti. Al riguardo, la dottrina temeva in un primo momento una sovrapposizione di competenze, stante l'apparente similitudine tra i predicati valutare e vigilare, per rendersi poi presto conto di quanto queste due attività siano sostanzialmente diverse. Quello del cda rispetto alle scelte gestorie relative all'organizzazione societaria è un controllo di merito, come dimostra il riconosciuto potere di impartire direttive agli organi delegati, mediante le quali orientare la stessa costruzione degli assetti. Quello del collegio, invece, è un controllo di legittimità formale e sostanziale, volto essenzialmente a verificare la conformità delle scelte gestorie al canone di corretta amministrazione, nonché alla legge e allo statuto. Ciò implica l'accertamento della

⁶⁹ S. FORTUNATO, Commento all'art. 2409-septies, in G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), Società di capitali, Commentario, Napoli, Jovene, 2004, p. 864.

regolarità del processo decisionale – ivi compresa la realizzazione di un'adeguata attività istruttoria – nonché dell'assunzione di un livello di rischio che non risulti anomalo rispetto al *risk appetite* dell'impresa, così come deciso e dichiarato dall'organo gestorio con la definizione degli indirizzi strategici. In sostanza, il collegio sindacale non potrà in alcun caso sindacare l'opportunità o la convenienza delle scelte gestorie, ma dovrà senz'altro vigilare a che l'organo amministrativo non adotti decisioni manifestamente irrazionali, imprudenti, o in contrasto con l'interesse sociale, giustificandosi anche un intervento più incisivo quando vi sia il concreto rischio che venga arrecato grave pregiudizio all'integrità patrimoniale della società⁷⁰.

Un'altra differenza sostanziale tra le due funzioni attiene alla tempistica. L'attività di valutazione del cda è caratterizzata da una certa discontinuità, essendo essa effettuata *una tantum* sulla base delle informazioni ciclicamente ricevute. L'attività di vigilanza del collegio sindacale, per contro, si configura come ininterrotta al punto che taluna dottrina ne ha evidenziato la diversità rispetto al controllo in senso stretto, che si

_

Si consideri, a titolo esemplificativo, il potere del collegio sindacale di convocare l'assemblea qualora nell'espletamento del suo incarico ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere (art. 2406 c.c., co. 2); il potere di denuncia al tribunale qualora vi sia il fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione (art. 2409 c.c., co. 7). Si veda in giurisprudenza, *Cass. Pen., sez. V, 14 gennaio 2016, n. 18985*, per cui "i componenti del collegio sindacale concorrono nel delitto di bancarotta commesso dall'amministratore della società anche per omesso esercizio dei poteridoveri di controllo loro attribuiti dagli artt. 2403 c.c. ss., che non si esauriscono nella mera verifica contabile della documentazione messa a disposizione dagli amministratori ma, pur non investendo in forma diretta le scelte imprenditoriali, si estendono al contenuto della gestione sociale, a tutela non solo dell'interesse dei soci ma anche di quello concorrente dei creditori sociali".

verrebbe a qualificare come un'attività esclusivamente *ex post*. Di fatto, lo svolgimento della funzione dei sindaci si articola in tre momenti⁷¹:

- a) preventivo, quando questi partecipano alle riunioni degli altri organi sociali;
- b) concomitante, quanto intervengono criticamente nel momento in cui gli atti dell'organo amministrativo vengono attuati;
- c) *successivo*, quando l'intervento riguarda atti che al momento della loro adozione non presentavano i profili di criticità successivamente riscontrati, oppure che sono venuti a conoscenza del collegio sindacale solo in un secondo momento, a seguito di ratifica da parte del cda di determinazioni già assunte dai delegati.

La continuità dell'attività di vigilanza del collegio sindacale è resa possibile dal fatto che quest'ultimo costituisce il fulcro del sistema di flussi informativi della società. Ciò si evince, *in primis*, dall'art. 2403bis c.c., il quale prevede in capo al collegio sia il potere, anche individuale, di procedere ad atti di ispezione e controllo, sia di chiedere agli amministratori "notizie [...] sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari". In secondo luogo, il collegio sindacale è, al pari del cda, destinatario della periodica informativa cui sono tenuti gli organi delegati ai sensi del 5° co. dell'art. 2381 c.c., senza dimenticare poi l'importanza della partecipazione alle riunioni degli organi sociali quale fonte d'informazioni. Infine, particolare rilevanza assume l'art.

Banca impresa società, 2015.

Questa ripartizione dell'attività di vigilanza nel suo concreto esplicarsi è attribuibile a G. A. POLICARO, *Il collegio sindacale*, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016. Si veda anche G. BIANCHI, A. IANNACONE, C.

PARADISO, G. SILVA, G. VERNIA, Controllo dei sindaci sull'amministrazione e, in particolare, sull'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sulla gestione dei rischi aziendali, in Rivista dei Dottori Commercialisti, 2015; P. F. MONDINI, Il ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni, in

2409 septies c.c., il quale sancisce un obbligo di tempestivo scambio d'informazioni tra il collegio sindacale e i soggetti incaricati della revisione legale dei conti. Nonostante la lettera della norma - nonché l'elezione della riunione consiliare quale sede in cui gli amministratori possono richiedere e ricevere informazioni – lasci presupporre amministrativo un'esclusione dell'organo dal rapporto appena menzionato, ciò è prontamente smentito da una lettura sistematica dell'impianto codicistico, che mediante la continua interazione tra organo gestorio e collegio sindacale consente una costante ed equilibrata distribuzione delle informazioni. È opportuno precisare che non si può riconoscere in capo al revisore contabile un vero e proprio dovere di vigilanza sull'adeguatezza degli assetti⁷², tuttavia questi ha senz'altro l'obbligo di comunicare agli organi sociali competenti eventuali profili d'inadeguatezza della struttura organizzativa, che abbia riscontrato nell'espletamento dell'incarico.

Si concluda rilevando come, ancora una volta, utili indicazioni relativamente ai doveri del collegio sindacale, nonché alle modalità del loro adempimento, si possano trarre dalle Norme di comportamento del collegio sindacale, elaborate dal CNDCEC⁷³. Queste prevedono espressamente – sia con riferimento alla vigilanza sull'adeguatezza degli assetti che a quella sull'adeguatezza del sistema di controllo interno – che qualora il collegio riscontri dei profili significativi di rischio o di inadeguatezza organizzativa, dovrà richiedere all'organo amministrativo l'adozione di un appropriato piano di azioni correttive, nonché monitorare l'attuazione dello stesso. Qualora poi l'organo gestorio non intervenga, o il suo intervento risulti insufficiente o tardivo, il collegio dovrà attivare gli

_

 $^{^{72}}$ M. IRRERA, Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali, Milano, 2005.

⁷³ Il riferimento è qui alle Norme di comportamento del collegio sindacale, *Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, settembre 2015, CNDCEC.

strumenti messi a disposizione dalla legge per la rimozione delle violazioni riscontrate.

2. Il principio di adeguatezza degli assetti dopo la l. 155/2017

Il 19 ottobre 2017 è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la legge n. 155 che delega al Governo la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza. La legge delega è entrata in vigore il 14 novembre 2017 e ha rappresentato l'approdo dei lavori della Commissione Rordorf, istituita con decreto del Ministero della Giustizia del 28 gennaio 2015 e incaricata di "porre rimedio" ai plurimi interventi normativi che si sono susseguiti negli anni in materia concorsuale in modo non strutturato né organico⁷⁴. Della legge in questione, ai fini di questa trattazione, rilevano essenzialmente – oltre al principio generale di cui alla lettera c) dell'art. 2, relativamente alla definizione di "stato di crisi", cui si è già fatto cenno⁷⁵ – l'art. 4 e l'art. 14 lett. b), nonché parzialmente il principio generale enunciato alla lettera d) dell'art. 2.

L'art. 14 è dedicato alle modifiche del codice civile che dovranno essere apportate dal Governo secondo le indicazioni del legislatore delegato, il quale alla lett. b) prevede l'introduzione di un "dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale,

F. LAMANNA, La riforma concorsuale in progress: dalla legge delega alla sua (rapida) attuazione, in Il Fallimentarista, 2017; G. LO CASCIO, La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia, in Fall. Dicembre 2017; L. DORINI, Crisi d'impresa, vi spiego perché la parola fallimento non mi mancherà, in Il Sole 24ore, 28 ottobre 2017; G. D'ATTORRE, Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in Rivista delle società, 2017; A. FITTANTE, Il ddl delega della Commissione Rordorf: una riforma organica della crisi d'impresa, in Il Fallimentarista, 2016.

⁷⁵ Si rimanda al Cap. II, § 2.1 di questa trattazione.

nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale". La proposta di decreto attuativo recante le modifiche al codice civile ha recepito letteralmente la suddetta norma, prevedendo l'introduzione di tale dovere, mediante un intervento che, tuttavia, non riguarderà l'art. 2381 c.c., bensì l'art. 2086 c.c., il quale da "Direzione e gerarchia dell'impresa" verrà rubricato dell'impresa". Questa peculiare collocazione che si prospetta nell'impianto codicistico sembra essere giustificata dall'intento del legislatore di estendere il summenzionato dovere dalle sole s.p.a., non solo a tutte le società di capitali, ma a qualunque imprenditore "che operi in forma individuale, societaria o in qualunque altra veste"76. A ben vedere – a prescindere dall'imputazione soggettiva dell'obbligo – si tratta di un'ulteriore specificazione del contenuto della vigente clausola generale dell'adeguatezza degli assetti ex art. 2381 c.c., in quanto al parametro qualitativo e quantitativo della natura e dimensione dell'impresa, attualmente previsto, viene aggiunto un parametro finalistico⁷⁷ che consentirà di definire un assetto adeguato solo qualora questo sia idoneo a consentire la tempestiva rilevazione dei segnali di crisi

⁻

⁷⁶ L'art. 2086 c.c. si colloca, infatti, alla Sezione I (Dell'imprenditore), Capo I (Dell'impresa in generale), Titolo II (Del lavoro nell'impresa), Libro V (Del lavoro). L'art. 1 della proposta di decreto attuativo recante le modifiche al codice civile prevede l'introduzione, all'art. 2086 c.c., di un 2° comma, che così recherebbe: "L'imprenditore, che operi in forma individuale, societaria o in qualunque altra veste, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".

⁷⁷ V. DE SENSI, Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria, in Rivista delle Società, 2017

e la solerte attivazione dei relativi rimedi. Non si tratta, invero, di una dimensione degli assetti organizzativi del tutto sconosciuta al nostro ordinamento. Mai prima d'ora il codice civile ha posto in capo agli organi sociali obblighi rispetto alla crisi in maniera così esplicita, tuttavia un qualche dovere in tal senso è già stato ricavato dalla dottrina in via e sancito espressamente mediante le ermeneutica norme di comportamento elaborate dalle associazioni di categoria. Per quanto riguarda la dottrina, questa ha in passato diversamente argomentato la necessità che gli assetti organizzativi fossero anche e soprattutto preordinati alla prevenzione e gestione della crisi d'impresa, sulla base della stessa ragion d'essere del sistema di controllo interno e gestione dei rischi – disciplinato espressamente solo a livello settoriale, ma ampiamente mutuato alle società di diritto comune – piuttosto che del sistema di flussi informativi endosocietari previsto dall'impianto codicistico post d.lgs. 6/2003, che consente e dunque impone il costante monitoraggio dello stato di salute dell'impresa. Talvolta questa correlazione tra gli assetti e l'emersione della crisi è stata giustificata in ragione della proliferazione degli strumenti alternativi al fallimento, che presuppongono uno stadio patologico necessariamente meno avanzato rispetto a quello dell'insolvenza e che dunque ai fini della loro effettività necessiterebbero di una presa di coscienza anticipata rispetto alla decozione della società⁷⁸. Senza dimenticare il richiamo a quelle norme del codice civile che, seppure specificamente afferenti alla materia contabile all'informazione finanziaria, vertono più esplicitamente sul concetto di prospettiva della continuità aziendale. A cominciare dall'art. 2423-bis c.c. il quale impone agli amministratori, nel redigere il bilancio, di effettuare una valutazione delle voci "secondo

⁷⁸ G. MERUZZI, L'adeguatezza degli assetti, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016

prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività", così lasciando presupporre che questi - almeno al termine dell'esercizio debbano necessariamente essere a conoscenza di un eventuale stato di crisi, da intendersi come quella situazione che pone a rischio la prospettiva in parola⁷⁹. La stessa contezza si deve dedurre dall'art. 2428 c.c., il quale prevede che la relazione sulla gestione che gli amministratori devono accompagnare al bilancio debba contenere "un'analisi fedele, equilibrata ed esauriente della situazione della società e dell'andamento e del risultato della gestione, [...] nonché una descrizione dei principali rischi e incertezze cui la società è esposta", ulteriormente specificando che dalla relazione deve in ogni caso risultare l'evoluzione prevedibile della gestione. Se si considera la natura prospettica dello stato di crisi, è evidente che questo non può che considerarsi ricompreso nel suddetto ambito⁸⁰. Sotto questo aspetto, viene in ausilio degli amministratori il principio di revisione internazionale ISA 570, il quale individua una serie di eventi e circostanze che, singolarmente o complessivamente considerati, possono far sorgere ragionevoli dubbi riguardo la sussistenza

_

⁷⁹ M. SANDULLI, I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa, in Fall. 2009

Il dovere degli amministratori di operare nell'ottica della continuità aziendale è sancito anche dai principi contabili internazionali, laddove lo IAS 1 prevede che "Nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione della capacità dell'entità di continuare a operare come una entità in funzionamento. Il bilancio deve essere redatto nella prospettiva della continuazione dell'attività a meno che la direzione aziendale non intenda liquidare l'entità o interromperne l'attività, o non abbia alternative realistiche a ciò. Qualora la direzione aziendale sia a conoscenza, nel fare le proprie valutazioni, di significative incertezze per eventi o circostanze che possano comportare l'insorgere di seri dubbi sulla capacità dell'entità di continuare a operare come una entità in funzionamento, tali incertezze devono essere evidenziate".

della prospettiva di continuità aziendale, suddividendoli in indicatori finanziari, gestionali e altri indicatori.

Per quanto riguarda invece le associazioni di categoria, un significativo esempio precursore della riforma Rordorf è offerto dalle Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate e, più precisamente, dalla 11.1 titolata "Prevenzione ed emersione della crisi", la quale stabilisce che "il collegio sindacale, nello svolgimento della funzione riconosciutagli dalla legge, vigila che il sistema di controllo e gli assetti organizzativi adottati dalla società risultino adeguati a rilevare tempestivamente segnali che facciamo emergere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come una entità in funzionamento. Il collegio sindacale può chiedere chiarimenti all'organo di amministrazione e, se del caso, sollecitare lo stesso ad adottare opportuni provvedimenti".

Si deve concludere dunque che la sostanziale innovazione nella legge delega 155/2017 sta nell'istituzionalizzare, a livello di norma di diritto comune, quella zona crepuscolare della vita dell'impresa – lo stato di crisi pre-concorsuale – già presa in considerazione dalla dottrina giuridica e aziendalistica, nonché dagli operatori professionali, così codificando quella che fino ad oggi era solo percepita e suggerita come buona prassi dall'accademia e dal mercato. Del resto, la legge in questione si inserisce nel filone di un'evoluzione culturale manifestatasi, anche in sede europea ed internazionale, in due direzioni: da un lato, vi è maggiore consapevolezza dell'opportunità di una tempestiva emersione della crisi, ai fini di una maggiore effettività dell'intervento risolutore, o più nello specifico delle procedure alternative al fallimento; dall'altro, si avverte la vera e propria necessità di prediligere opzioni di salvataggio, piuttosto che meramente liquidatorie, del valore aziendale.

In questo senso si esprime la proposta di direttiva adottata dalla Commissione europea il 22 novembre 2016 e volta a favorire la ristrutturazione precoce delle imprese in crisi nel mercato unico, mediante l'armonizzazione delle procedure nazionali d'insolvenza. Quella che si vuole promuovere è una rescue culture che contempli l'opzione liquidatoria quale extrema ratio e persegua, piuttosto, l'obbiettivo del salvataggio a beneficio dell'impresa e degli interessi aggregati intorno ad essa – in primis quello dei creditori – mediante l'attivazione tempestiva dell'imprenditore alle prime avvisaglie di crisi. Questa proposta di direttiva segue la Raccomandazione 135/2014 della Commissione, titolata "Un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza", andando ad integrare un'altra fonte comunitaria significativa in materia, il Regolamento 848/2015, il quale disciplinando esclusivamente fattispecie d'insolvenza transfrontaliere, tralascia di considerare due ordini di problemi: il primo, che anche le situazioni di insolvenza (o di crisi) puramente nazionali meritano di essere prese in considerazione, in quanto suscettibili di produrre effetti domino sul funzionamento del mercato unico; il secondo, che non è in ogni caso possibile per gli investitori stabilire in anticipo la natura transfrontaliera o nazionale delle potenziali difficoltà finanziarie future del debitore⁸¹, motivo per cui il legislatore comunitario deve fare quanto in suo potere per garantire che questi ricevano adeguata tutela nell'uno e nell'altro caso. Questo obbiettivo viene perseguito dalla proposta di direttiva non solo mediante l'armonizzazione delle normative nazionali – le quali, qualora la direttiva venga effettivamente emanata, dovranno recepirla implementando la procedura di ristrutturazione preventiva in essa dettagliatamente disciplinata, oppure adattando conseguentemente le proprie procedure

⁸¹ P. DE CESARI, *La proposta di direttiva sulla ristrutturazione preventiva: principi e obiettivi*, in Fall. Ottobre 2017.

interne d'insolvenza – ma anche mediante l'imposizione in capo agli amministratori di società del dovere generale di adottare misure "immediate" e "ragionevoli" nel caso in cui si manifesti una "probabilità d'insolvenza" e al fine di prevenirla⁸². A livello internazionale è invece possibile rinvenire un precedente delle recenti iniziative comunitarie, sia per quanto riguarda i principi generali in materia di procedure d'insolvenza e ristrutturazione, sia per quanto riguarda i doveri gestori nella *twilight zone*, nella Model Law e nella Legislative Guide on Insolvency Law dell'UNCITRAL. A dimostrazione dell'avvenuta diffusione di questa nuova concezione del diritto concorsuale anche nel nostro ordinamento, l'art. 1, 2° co., della l. 155/2017 impone al Governo di tenere in debito conto, nell'esercizio della delega, proprio le normative summenzionate.

2.1 Procedure di allerta e valorizzazione degli organi di controllo e vigilanza

La 1. 155/2017 rappresenta senz'altro un passo decisivo in direzione dell'affermazione di una cultura aziendale e giuridica di *emerging insolvency*. Ciò è reso evidente dalla lettura dell'art. 14 in combinato disposto con l'art. 4, laddove il legislatore ha introdotto – dopo aver tentato invano in occasione di altri interventi riformatori della disciplina concorsuale – le cd. procedure di allerta e composizione assistita della crisi, cui è dedicato, altresì, il Titolo II della bozza di codice della crisi e dell'insolvenza. Come si evince dalla denominazione, trattasi di procedure

Proposta di direttiva del Parlamento 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, Capo V, art. 18 "Obblighi dei dirigenti". Si veda in merito G. MONTELLA, Ristrutturazione preventiva e doveri dei dirigenti nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016, in Fall. Ottobre 2017.

aventi una duplice finalità: consentire l'emersione tempestiva dello stato di crisi dell'impresa, onde prevenirne l'insolvenza; offrire ausilio all'imprenditore nell'individuazione dei rimedi più consoni da approntare, facilitando a questo scopo la conclusione di un accordo con i creditori. Il soggetto che in questo contesto svolge il ruolo di facilitatore è un apposito organismo istituito presso ciascuna camera di commercio con la funzione appunto di addivenire alla suddetta soluzione concordata tra debitore e creditori nel termine massimo di 6 mesi, decorso inutilmente il quale tale organismo, "se ritiene che gli elementi acquisti rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore, lo segnala con relazione motivata al referente, il quale ne dà notizia al pubblico ministero".

Un profilo di particolare interesse, ai fini di questa trattazione, è il significativo ruolo attribuito dal legislatore, nell'ambito di questa procedura, all'organo di controllo. L'art. 4, lett. c) della 1. 155/2017, ha dato infatti istruzioni al Governo nel senso di "porre a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e delle società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, l'obbligo di avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi, da individuare secondo parametri corrispondenti a quelli rilevanti ai fini del riconoscimento delle misure premiali di cui alla lettera h), e, in caso di omessa o inadeguata risposta, di informare tempestivamente l'organismo di cui alla lettera b)". Non solo, l'art. 17, 2° co. della bozza di codice della crisi e dell'insolvenza, prevede altresì che "la segnalazione [...] deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese. In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie, i soggetti di cui

al primo comma informano senza indugio l'organismo di composizione della crisi d'impresa". Adempimento questo che, in un'ottica di coordinamento con le norme del codice civile attualmente vigenti, pare dover precedere gli altri strumenti di reazione a disposizione dell'organo di controllo, quali la convocazione dell'assemblea *ex* art. 2406 c.c., o la denuncia al tribunale *ex* art. 2409 c.c..

Da queste disposizioni si evince l'imputazione al collegio sindacale – ma lo stesso dicasi per gli organi di controllo dei sistemi alternativi di *governance*⁸³ – di una funzione ulteriore rispetto a quella attualmente

⁸³ Pur dovendo tenere conto delle loro specificità. Per quanto riguarda il sistema dualistico, la peculiare posizione sovraordinata del consiglio di sorveglianza rispetto al consiglio di gestione, la quale si sostanzia nel potere di nomina e revoca dei consiglieri, nonché nell'approvazione del bilancio, è ritenuta sufficiente a giustificare un controllo più penetrante, per certi aspetti addirittura di merito, del primo sul secondo. Senza dimenticare che, qualora la società opti per l'esercizio dell'opzione statutaria consistente nell'attribuzione al consiglio di sorveglianza anche delle funzioni di alta amministrazione, questo viene inevitabilmente ad assumere un ruolo non più solo di vigilanza, ma anche di predisposizione degli adeguati assetti. Motivo per cui, nel caso di specie, la dottrina suggerisce di evitare il rilascio di deleghe all'interno del consiglio di gestione, in modo da evitare inutili sovrapposizioni di funzioni, così accentrando in capo a quest'ultimo il dovere di curare gli assetti, contestualmente trasferendo in capo al consiglio di sorveglianza il dovere di valutarli (si veda G. RIOLFO, Assetti e modelli organizzativi della società per azioni: il ruolo degli organi societari nei sistemi alternativi di amministrazione e controllo, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016). In linea di principio, per la società che versi in stato di crisi, l'adozione del sistema dualistico, potrebbe offrire maggiori garanzie a protezione degli interessi creditori dalle condotte opportunistiche dei soci, considerato che, per la sua particolare configurazione, accentua la separazione e, soprattutto, la distanza tra la proprietà e il potere gestorio. Tuttavia, non bisogna sottovalutare le potenzialità del sistema monistico nel contesto di crisi. Vero è che, in questo caso, l'organo di controllo è interno al cda, con conseguente minore garanzia d'indipendenza dei suoi componenti, ma è pur vero che proprio questa sua peculiare collocazione gli consente una conoscenza più immediata e diretta dei fatti gestori. Motivo per cui si potrebbe sostenere che questa stretta compenetrazione tra le funzioni di gestione e controllo riconosciutagli dal codice civile. Sino ad oggi il collegio è stato chiamato a svolgere un'attività di vigilanza, ex post o in itinere, pur sempre rapportata ad atti o comportamenti altrui, mentre invece con la riforma Rordorf dovrà affiancarvi un'attività di tipo prognostico, con la conseguente assunzione di un ruolo decisamente più attivo. Infatti, se è vero che nell'esercizio delle proprie funzioni il collegio ha sinora sostanzialmente svolto un'attività potenzialmente in grado di metterlo a conoscenza di profili di problematicità nell'andamento degli affari sociali, non c'è dubbio che una cosa è verificare la conformità della condotta gestoria ai parametri di corretta amministrazione, un'altra è individuare "in prima persona" gli indizi di una crisi incipiente. Un'attività questa che - stante l'attuale impianto codicistico, nonché la concreta dinamica aziendale – viene generalmente svolta, in prima battuta, dalla struttura operativa "di prima linea" e, in seconda battuta, dall'organo delegato. Motivo per cui, a parere di chi scrive, mentre sarà necessario un adattamento alle nuove prescrizioni dell'attività dell'organo di controllo, lo stesso non può dirsi per il sistema di controllo interno e gestione dei rischi che, per sua natura, da sempre opera in un'ottica preventiva⁸⁴. Cos'è la funzione di risk assessment, consistente nel censimento dei rischi tipici della specifica impresa, se non un'attività di tipo previsionale?

Questo rinnovato ruolo dell'organo di controllo pone tre ordini di questioni, l'una consequenziale all'altra:

I. il necessario rafforzamento e l'accentuato dinamismo dei flussi informativi, in generale, ma in particolar modo tra l'organo di controllo e il revisore legale dei conti. Ciò sia in considerazione del

potrebbe facilitare l'adempimento dell'obbligo introdotto dalla riforma Rordorf, in capo all'organo di controllo, di tempestiva segnalazione degli indizi di crisi.

⁸⁴ Sostiene il contrario G. BUFFELLI, *Il nuovo ruolo degli organi di controllo nel contesto delle procedure di allerta*, in Il Fallimentarista, 25 ottobre 2017.

fatto che entrambi sono espressamente chiamati a questa nuova e specifica incombenza, sia dovendosi considerare anche le ipotesi in cui l'organo di controllo non detenga, oltre al controllo di gestione, anche quello contabile: evidente è la necessità di una stretta collaborazione interorganica, peraltro già sancita all'art. 2409-septies c.c.;

- II. l'assoluta necessità dell'implementazione e del corretto funzionamento di assetti organizzativi specificamente preordinati alla rilevazione dei sintomi di crisi, che soli possono consentire ai summenzionati organi di adempiere ai nuovi obblighi loro imposti dalla legge;
- III. l'intestazione soggettiva degli obblighi in questione. Bisogna cioè domandarsi se e in che modo questa nuova attribuzione dell'organo di controllo andrà ad alterare l'equilibrio tra le funzioni di curare, valutare e vigilare. Stando alla lettera dell'art. 17, 1° co., della bozza di codice della crisi e dell'insolvenza, non dovrebbero sopravvenire modifiche significative in tal senso: "Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni e tenuto conto del tempestivo scambio di informazioni di cui all'articolo 2409-septies del codice civile, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo costantemente, nel caso assumendo idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato".

Un quesito, quello relativo ad una potenziale sovrapposizione della funzione di controllo a quella gestoria, che si pone con urgenza ancora maggiore rispetto all'art. 2, lett. d) della l. 155/2017, il quale prevede che il Governo, nell'esercizio della delega, debba "adottare un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, [...] prevedendo la legittimazione ad agire dei soggetti con funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa". È opinione diffusa in

dottrina e supportata dal dato positivo⁸⁵ che l'apertura di una procedura concorsuale rientri nel novero delle questioni appartenenti al merito gestorio. A prima vista dunque, la sopravvenuta legittimazione dell'organo di controllo ad intraprendere iniziative di questo tipo sembrerebbe configurarsi come una parziale deroga all'art. 2380-bis c.c., il quale sancisce l'esclusività della gestione in capo agli amministratori. È possibile tuttavia ricondurre il sistema a unità, seguendo la tesi – sostenuta in questa trattazione – per cui, nel momento in cui l'impresa inizia a versare in uno stato di crisi, si avrebbe un progressivo "ispessimento" degli interessi creditori, il quale tendenzialmente implica una gestione orientata alla conservazione e alla continuazione dell'attività imprenditoriale. Si può tuttavia raggiungere uno stadio, nell'avanzamento dello stato patologico, tale da giustificare l'apertura di una procedura concorsuale. A questo punto, il valore della continuità non potrebbe più essere perseguito in senso assoluto, bensì solo nella misura in cui garantisca il miglior soddisfacimento possibile delle pretese creditorie⁸⁶. A garanzia che ciò avvenga si potrebbe allora giustificare l'opportunità del coinvolgimento di un soggetto "esterno" alla gestione, che vigili sulla sua corretta "finalizzazione", intervenendo, se necessario, possibilmente in via suppletiva rispetto all'organo amministrativo.

_

Per la dottrina, si veda D. GALLETTI, *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso d'insolvenza*, in Il Fallimentarista, 27 settembre 2012; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in AA.VV., *Diritto societario e crisi d'impresa*, U. TOMBARI (a cura di), Torino, 2014; V. DE SENSI, *op. cit.*. Si veda, per il concordato, l'art. 161 della Legge Fallimentare, il quale al 4° co. rimanda all'art. 152 della stessa legge, sancendo per le s.p.a. la competenza degli amministratori a deliberare l'approvazione della domanda di concordato.

⁸⁶ Si veda, a titolo esemplificativo, la disciplina del concordato in continuità ex r.d. 267/1942, art. 186bis.

Un'ultima considerazione da fare sull'art. 4, lett. c) della 1. 155/2017, riguarda la menzione che la norma fa dei parametri che dovrebbero essere di ausilio nell'individuazione dei segnali di crisi. Questi vengono elencati, a titolo non esaustivo, alla successiva lett. h), la quale parla di "indici di natura finanziaria da individuare considerando, in particolare, il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, l'indice di rotazione dei crediti, l'indice di rotazione del magazzino e l'indice di liquidità". Più dettagliata è invece la previsione di cui all'art. 16 della bozza di codice della crisi e dell'insolvenza, il quale stabilisce che "costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore e rilevabili attraverso appositi indici, con particolare riguardo alla sostenibilità dei debiti nei successivi sei mesi ed alle prospettive di continuità aziendale, nonché l'esistenza di significativi e reiterati ritardi nei pagamenti". Inoltre, essendo il legislatore consapevole del fatto che anche tali parametri potrebbero talora risultare insufficienti a consentire la diagnosi dello stato di crisi, aggiunge che "il CNDCEC, tenuto conto delle migliori prassi nazionali ed internazionali, elabora con cadenza triennale, in riferimento ad ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni I.S.T.A.T., gli indici di cui al primo comma che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa". Si può dunque ritenere acquisito che l'analisi dello stato di salute di un'impresa vada sempre parametrata alla specificità dell'impresa stessa e del contesto in cui opera.

3. Lo statuto normativo degli amministratori di s.p.a. in stato di crisi

Il trend assunto dal sistema macroeconomico nell'ultimo decennio ha fatto sì che la dottrina, giuridica e aziendalistica, affrontasse con sempre maggiore attenzione il tema della crisi aziendale quale fenomeno facente parte del ciclo di vita di un'impresa. Tra le tematiche considerate di maggiore attualità e urgenza dal mondo del diritto c'è stata senz'altro quella dell'opportunità di elaborare un vero e proprio statuto normativo degli amministratori di società di capitali che versano in uno stato di crisi. In altri termini, ci si è chiesti se tali particolari circostanze giustifichino il riconoscimento in capo all'organo amministrativo di diversi e ulteriori doveri – con annessi profili di responsabilità – rispetto a quelli che già gli si imputano nella gestione dell'impresa *in bonis*⁸⁷.

La ricerca sembra essere approdata ad una risposta negativa, ma ad ogni punto d'arrivo corrisponde un punto di partenza, che in questo caso si declina in due premesse⁸⁸. La prima è l'applicabilità delle clausole generali di diritto societario – e il riferimento è qui in particolare al canone di diligenza, al dovere di garantire la conservazione e l'integrità del patrimonio sociale e ai principi di corretta amministrazione – durante tutto l'arco di vita dell'impresa e a prescindere dalla fase, fisiologica o patologica, nella quale essa si trovi. La seconda è la "naturale" ricomprensione nella nozione di gestione dell'impresa societaria, della gestione della crisi, che viene dunque ad essere – anche alla luce del dato positivo – di competenza dell'organo amministrativo. Ne conseguirebbe, da un lato, l'insussistenza di un regime speciale di doveri e responsabilità

A. LUCIANO, La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale, Milano, 2016; N. BACCETTI, La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento, in Rivista delle società, 2016; R. RORDORF, Doveri e responsabilità degli amministratori delle società di capitali in crisi, in Società, 2013; VICARI, I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa, in Giur. Comm., 2013; M. MIOLA, Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza, in AA.VV., Studi in onore di U. Belviso, I, Bari, 2011; P. MONTALENTI, La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale, in Rivista di diritto societario, Torino, 2011.

⁸⁸ A. NIGRO, "Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., in Giur. Comm., 2013.

degli amministratori da applicarsi alla s.p.a. in stato di crisi, dall'altro, la necessità di un adattamento del regime generale alla specifica circostanza in questione. Bisogna infatti tenere presente che dai suddetti doveri a contenuto generico è possibile derivare tutta una serie di doveri a contenuto, più o meno, specifico – si veda il principio di adeguatezza degli assetti – dei quali solo taluni sono codificati, mentre gli altri possono essere estrapolati dal sistema in via ermeneutica. Ciò in ragione dell'impossibilità di una puntuale enucleazione ex ante di tutti quelli che astrattamente potrebbero considerarsi i compiti degli amministratori, in quanto molti di questi dipendono dalla specificità e dal concreto esplicarsi della singola realtà aziendale, ivi compreso il particolare stato di salute in cui versa. Al sopraggiungere dello stato di crisi, dunque, tende a verificarsi una peculiare declinazione dei doveri che gli amministratori devono adempiere anche in occasione del normale corso della gestione. Si avrebbe altresì – come anticipato precedentemente in questa trattazione – una "lievitazione" di questi doveri, in ragione del corrispondente "ispessimento" degli interessi dei creditori, i quali devono essere tenuti in debito conto dagli amministratori, in considerazione della diretta proporzionalità tra il peggioramento dello stato di salute dell'impresa e il profilarsi della minaccia di incapienza patrimoniale. Quest'impostazione, d'altra parte, risulta conforme alla qualificazione del principio di corretta gestione imprenditoriale quale continuum precettivo⁸⁹, destinato ad interrompersi solo in caso di crisi irreversibile. Infatti, è solo quando l'impresa versa in uno stadio "terminale" che la legge prescrive espressamente un mutamento nei doveri dell'organo amministrativo, il quale deve orientare la gestione, non più al mantenimento della continuità

0

⁸⁹ L'espressione è mutuata da A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010.

aziendale, bensì alla liquidazione. Prima di allora, lo stato di crisi è suscettibile soltanto di produrre il suddetto adattamento dei doveri tipici della fase fisiologica, nell'ottica del rinnovato arbitraggio degli interessi. Ciò trova riscontro anche al di fuori del nostro ordinamento, laddove l'orientamento prevalente è nel senso di un'opportuna applicazione del principio di ragionevolezza alla condotta degli amministratori, piuttosto che di una specialità del relativo statuto. Così la Part Four della Legislative Guide on Insolvency Law dell'UNCITRAL, la quale prevede che "in the period approaching insolvency [...] directors might be expected [...] to act reasonably and take adequate and appropriate steps to monitor the situation so as to remain informed and thus be able to act to minimize losses to creditors and to the company, to avoid actions that would aggravate the situation, and to take appropriate action to avoid the company sliding into insolvency". In termini analoghi la proposta di direttiva europea del 22 novembre 2016, la quale individua quale dovere generale degli amministratori, quello di adottare misure "immediate" e "ragionevoli" nel caso in cui si manifesti una "probabilità d'insolvenza". Questo approccio alla questione ha il pregio di eliminare lo spinoso problema dell'individuazione del cd. "momento della verità" o triggering point, ovvero del momento a partire dal quale si dovrebbe ritenere applicabile lo statuto normativo degli amministratori di società in crisi. Ciò è reso possibile proprio spostando il piano temporale di individuazione e valutazione dei doveri gestori dall'ex ante all'ex post, tenuto conto dei correttivi imposti dalla riconosciuta vigenza, anche nella fase patologica, della business judgment rule.

3.1 Il dovere conoscitivo-preliminare

Il d.lgs. 6/2003 ha rivoluzionato la portata dell'informazione all'interno dell'ordinamento societario e in particolar modo nelle società per azioni.

Dai flussi informativi verso l'esterno, in direzione degli *stakeholders*, il focus si è spostato su quelli interni, intra e inter-organici. Inoltre, la corretta circolazione delle informazioni endosocietarie ha assunto, non solo la funzione di consentire l'esercizio del controllo sull'operato altrui, ma anche quella di garantire il rispetto dei principi di corretta amministrazione. Ciò in ragione del fatto che il dovere degli amministratori di agire informati (art. 2381, 6° co.) può dirsi adempiuto solo qualora i due profili – parimenti importanti – in cui si declina risultino adempiuti: quello transitivo, ovvero il dovere di informare e quello riflessivo, ovvero il dovere di informarsi⁹⁰. In questo contesto, primario è il ruolo riconosciuto agli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili. Rispetto a questi ultimi, infatti, i flussi informativi sono collegati sotto una duplice prospettiva: da un lato la corretta, completa e tempestiva circolazione delle informazioni presuppone l'efficace funzionamento degli assetti e ne integra dunque il requisito dell'adeguatezza; dall'altro gli adeguati assetti costituiscono l'adempimento necessario, ma non sufficiente, a garantire la suddetta circolazione. Trattasi dunque di due doveri a contenuto generico tra loro complementari, come dimostra la ratio comune loro sottesa: la procedimentalizzazione dell'attività gestoria ai fini dell'efficienza e della tracciabilità delle condotte.

Fatte queste premesse e fermo restando il rinnovato ruolo degli organi di controllo *ex* l. 155/2017, non c'è dubbio che sugli amministratori di s.p.a.

G. RIOLFO, Assetti e modelli organizzativi della società per azioni: i flussi informativi, e G. BIANCHI, I flussi informativi, in AA.VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016; ROMEO, Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale: dalle clausole generali alla procedimentalizzazione dell'informazione, in Resp. civ., 2012; ZAMPERETTI, Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni, Milano, 2005.

in stato di crisi pre-concorsuale gravino gli stessi obblighi informativi tipici della fase fisiologica, con la differenza che, in questa circostanza, tali obblighi tenderanno ad aumentare d'intensità proporzionalmente all'aggravarsi dello stato patologico e presenteranno in ogni caso delle loro peculiarità. La caratteristica fondamentale di questo dovere, che possiamo definire conoscitivo-preliminare, è la sua natura essenzialmente previsionale. In altri termini, gli amministratori non devono limitarsi a rilevare la presenza di uno stato di crisi già in atto ma, se possibile, devono anticiparlo, ovvero percepirne il sopraggiungere. Ciò significa che oggetto di tale dovere saranno quei parametri la cui alterazione andrà letta come un segnale di allarme di una condizione di difficoltà che non è detto si sia già manifestata, ma che può essere anche soltanto prospettica. La percezione di questa dimensione futura dello stato di salute dell'impresa è possibile grazie ad un corretto e adeguato impiego dello strumento pianificatorio⁹¹. Senz'altro le scritture contabili costituiscono una preziosa fonte d'informazioni relative allo stato economico, patrimoniale e finanziario della società, ma la negatività di talune voci di bilancio, pur potendo rappresentare un indice sintomatico dello stato di salute dell'impresa, non ne consente un'adeguata diagnosi e soprattutto non consente di prevedere i possibili sviluppi della "malattia". Infatti, tali squilibri spesso non rappresentano la causa della crisi bensì la conseguenza dell'insostenibilità (originaria o sopravvenuta) del progetto imprenditoriale. Questa considerazione induce a rivalutare la prossimità

⁹¹ Il fondamento normativo della centralità della pianificazione ai fini della rilevazione dello stato di crisi dell'impresa è rinvenibile nell'art. 2381 c.c., 5° co., laddove prevede che gli organi delegati riferiscano al cda sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione. Si veda la posizione di D. GALLETTI, *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, in *Il Fallimentarista*, 27 settembre 2012.

degli organi sociali alle informazioni rilevanti ai fini della rilevazione della crisi: qualora la si voglia condividere, non sarà il revisore contabile, bensì l'amministratore, il soggetto che con maggiore probabilità si troverà nelle condizioni di avere contezza dei segnali di crisi. Ciò in ragione della titolarità dell'organo amministrativo della funzione pianificatoria, che gli consente di registrare gli scostamenti tra quanto pianificato e i risultati della gestione. Quest'impostazione presuppone che il fulcro dell'analisi dello stato di salute dell'impresa non siano gli indicatori numerici, bensì la fattibilità del piano. Di conseguenza la crisi verrebbe a configurarsi come "difetto programmatico" 92, derivante da una pianificazione che si dimostri carente sin dall'inizio, o che piuttosto venga superata dall'effettivo corso degli eventi. Si comprende, dunque, come oggetto del dovere di monitoraggio degli amministratori debba essere - non esclusivamente, ma soprattutto – l'implementazione del piano. Per questa ragione, oltre all'impiego di strumenti contabili – tra i quali la redazione di un bilancio infra-annuale potrebbe risultare particolarmente opportuna – sarebbe auspicabile un'intensificazione dell'attività di reporting tra i preposti alle principali funzioni aziendali – prima tra tutte quella di risk assessment – e il cda, che consenta di evidenziare eventuali varianze temporanee e/o permanenti.

Una volta individuata la minaccia o la presenza dello stato di crisi, il dovere conoscitivo-preliminare dovrà estendersi altresì all'individuazione delle cause della crisi, che sono più spesso soggettive-interne, piuttosto che oggettive-esterne. Soltanto questo passaggio ulteriore consentirà di procedere alle fasi successive di gestione della crisi: la pianificazione e il risanamento presuppongono, infatti, la conoscenza e conseguentemente l'eliminazione delle cause dello stato patologico. In quest'operazione, così

-

⁹² L'espressione è mutuata da A. LUCIANO, op. cit., I doveri degli amministratori dell'impresa azionaria in crisi pre-concorsuale, Sezione I, Milano, 2016.

come nelle attività valutative in genere che siano caratterizzate da un elevato grado di tecnicità, l'organo amministrativo può avvalersi dell'ausilio di consulenti esterni, purché ciò non implichi un'abdicazione di funzioni in favore di questi ultimi, i cui pareri in nessun caso possono attenuare le incombenze e relative responsabilità degli amministratori.

3.2 Il dovere di ri-pianificazione

Se è vero che lo stato di salute dell'impresa si misura in funzione dell'attuabilità della pianificazione aziendale - perché questo è il parametro rispetto al quale valutare la fattibilità del progetto imprenditoriale – ciò significa che qualora il piano si riveli sostanzialmente inadeguato, questo dovrà essere sostituito da uno nuovo, che tenga in debito conto i rilievi emersi dall'adempimento del dovere conoscitivo-preliminare, in primis le cause dello stato di crisi⁹³. Titolare di questo dovere di ri-pianificazione è senza dubbio l'organo gestorio della s.p.a., come si evince dall'art. 2381 c.c., il quale fornisce indicazioni univoche in tal senso. Di conseguenza, si può ragionevolmente ritenere che il cd. processo di turnaround – nonostante possa potenzialmente avere ripercussioni sull'intera struttura aziendale, ivi compresa quella proprietaria – dal momento che ricade interamente nell'alveo delle competenze dell'organo amministrativo, non necessiterà dell'intervento autorizzatorio dell'assemblea, salvo i casi espressamente previsti dalla legge.

D. GALLETTI, op cit., 2012; A. LUCIANO, op. cit., Dovere di (ri-)pianificazione e test di risanabilità, Milano, 2016; R. MARCELLO, L'accertamento della continuità aziendale nella crisi d'impresa: metodologie e prassi professionale, in Società e Contratti, Bilancio e Revisione, ottobre 2015; C. SOTTORIVA, Crisi e declino dell'impresa. Interventi di turnaround e modelli previsionali, 2012; M. FAZZINI e N. ABRIANI, Turnaround management: affrontare, gestire e risolvere la crisi d'impresa, Assago, 2011.

Tra la fase conoscitivo-preliminare e quella pianificatoria è, tuttavia, necessario interporre una fase istruttoria in senso stretto, la quale si sostanzia in un'operazione fondamentale: l'effettuazione del test di risanabilità. Si tratta di un passaggio necessario agli amministratori per ottenere tutte le informazioni di cui hanno bisogno ai fini dell'adozione di scelte gestorie della crisi che siano oculate e consapevoli. Il test consiste essenzialmente in due tipi di verifiche: la prima, propedeutica, riguarda la cd. risanabilità in senso stretto, ovvero la materiale possibilità, dal punto di vista tecnico, di riportare l'impresa ad operare in un contesto di "regolarità"; la seconda, riguarda invece l'opportunità di risanare, ovvero il rapporto costi/benefici che verrebbe a caratterizzare quello specifico processo di risanamento. Nell'espletamento di questa verifica – che evidentemente potrà essere effettuata soltanto qualora la prima abbia avuto esito positivo – l'organo amministrativo accerta che il valore della società a seguito degli interventi di ristrutturazione possa stimarsi superiore rispetto a quello che la stessa produrrebbe in caso di liquidazione⁹⁴.

I risultati del test di risanabilità sono necessari, ancor prima che per procedere alla redazione del piano di gestione della crisi, per assumere la cd. decisione pregiudiziale, consistente nell'alternativa tra la continuazione e la cessazione dell'attività. Si tratta di un momento ineludibile per l'organo amministrativo della società che versi in stato di crisi, come risulta altresì dal Rapporto "A modern regulatory framework for company law" (anche noto come Rapporto Winter) redatto nel 2002 dall'High Level Group of Company Law Experts, il quale nel suggerire l'introduzione a livello comunitario di una disciplina disegnata sul

⁹⁴ Si veda M. BELCREDI, Crisi d'impresa e ristrutturazione finanziaria, Milano, 1995. L'Autore ha efficacemente descritto l'ipotesi in cui si verifichi il contrario, come un "punto di non ritorno" per l'impresa, la quale in una tale evenienza "varrebbe più da morta che da viva".

modello del wrongful trading inglese, premette che "directors must make their own choice in case of – foreseeable, not yet imminent – insolvency whether to attempt to rescue the company or put it into liquidation". Pertanto, qualora il test di risanabilità in senso stretto dia esito negativo, ciò significa che l'impresa è priva di concrete prospettive di risanamento, dunque non resta agli amministratori che optare per la soluzione liquidatoria⁹⁵. La dottrina ha lungamente dibattuto sulla possibilità di qualificare la perdita della prospettiva di continuità aziendale quale presupposto per l'operare della causa di scioglimento ex art. 2484 c.c., n. 2. Tra le principali obiezioni mosse a questa tesi vi è la rimozione del fallimento dal novero delle cause di scioglimento delle società di capitali, la quale non consentirebbe di qualificare come tali situazioni patologiche meno gravi rispetto all'insolvenza. Senza dimenticare le perplessità relative alla presunta irreversibilità della perdita della prospettiva di continuità aziendale. A parere di chi scrive, tale nodo può essere sciolto semplicemente prestando maggiore attenzione al dato aziendalistico, piuttosto che giuridico. In altri termini, un test di risanabilità che riveli la

^{0,}

L'importanza della valutazione delle concrete prospettive di risanamento ai fini della legittimità della continuazione dell'attività imprenditoriale è stata riconosciuta anche da *Cass. Sez. V, 32899/2011* – seppure imputati nel caso di specie fossero soci-gestori di s.r.l. – la quale ha ritenuto integrata la fattispecie di reato di bancarotta fraudolenta per aggravamento del dissesto, avendo l'imprenditore continuato a finanziare con mezzi propri la società in perdita, fin dal primo anno di attività, senza valutare le reali prospettive dell'impresa. La stessa sentenza fornisce utili indicazioni mutuabili alla condotta dovuta dagli amministratori posti dinanzi alla decisione pregiudiziale, laddove prevede che "per dissesto deve intendersi, non tanto una condizione di generico disordine dell'attività della società, quanto una situazione di squilibrio economico patrimoniale progressivo ed ingravescente, che, se non fronteggiata con opportuni provvedimenti o con la presa d'atto dell'impossibilità di proseguire l'attività, può comportare l'aggravamento inarrestabile della situazione debitoria, con conseguente incremento del danno che l'inevitabile, e non evitata, insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditori".

concreta impossibilità per gli amministratori di innovare efficacemente il progetto imprenditoriale, al fine di garantirne la sopravvivenza, è sufficiente per porli di fronte a due possibilità: qualora a tale valutazione di infattibilità corrisponda una situazione finanziaria attuale qualificabile come insolvenza, è ragionevole ritenere doverosa l'apertura della procedura fallimentare⁹⁶; qualora il presupposto ex art. 5 l.f. non sussista, ma purtuttavia si prospetti una continuazione dell'attività priva di prospettive di recupero e dunque anche potenzialmente pregiudizievole per gli interessi sia della società che dei suoi stakeholders, allora si può ritenere ragionevole l'iscrizione della causa di scioglimento ex art. 2484 c.c., n. 2, ad opera degli amministratori. Eventualità quest'ultima che, diversamente dalla prima, richiederebbe il coinvolgimento dell'assemblea, stando al dato letterale per cui "le società per azioni [...] si sciolgono per la sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, salvo che l'assemblea, all'uopo convocata senza indugio, non deliberi le opportune modifiche statutarie".

Qualora la decisione pregiudiziale sia nel senso della continuazione dell'attività d'impresa, sarà allora necessario procedere alla redazione vera e propria del piano di gestione della crisi. Molteplici sono state le riflessioni della dottrina in materia di *turnaround*: taluna ha sottolineato la differenza tra il "fare cose diverse" e il "fare le stesse cose in maniera diversa", per distinguere rispettivamente un *turnaround* strategico da uno

Conformemente l'orientamento giurisprudenziale: *Cass. Civ., sez I 16 settembre 2009, n.19983* per cui "il ricorso per la dichiarazione di fallimento del debitore, nel caso in cui si tratti di una società, deve essere presentato dall'amministratore, dotato del potere di rappresentanza legale, senza necessità della preventiva autorizzazione dell'assemblea o dei soci, non trattandosi di un atto negoziale né di un atto di straordinaria amministrazione, ma di una dichiarazione di scienza, peraltro doverosa, in quanto l'omissione risulta penalmente sanzionata"; si veda anche *Cass. 27 febbraio 2002, n.2906* che qualifica l'aggravamento del dissesto, provocato dal ritardo dell'istanza di fallimento, condotta suscettibile di essere sanzionata *ex* art. 217 l.f..

operativo; talaltra ha evidenziato l'articolazione del piano di risanamento in due documenti tecnici, il piano industriale – che definisce il riposizionamento strategico dell'impresa - e quello finanziario - che riguarda l'afflusso di risorse necessarie alla realizzazione del primo⁹⁷. In ogni caso pare necessario, ai fini dell'adeguatezza del piano in questione, che questo venga elaborato sulla base e in ossequio delle risultanze del test di risanabilità. Rispetto a quest'ultimo, dunque, dovrà essere esperito con successo un test di coerenza logica, il cui esito positivo è condizione necessaria e sufficiente a garantire la correttezza dell'attività gestoria, se non altro per quanto riguarda la fase istruttoria e decisionale, restando da verificare soltanto quella attuativa. La summenzionata coerenza implica la sussistenza in capo all'organo amministrativo di una discrezionalità gradatamente vincolata proprio ai risultati del test di risanabilità, il quale inevitabilmente delinea il perimetro dei possibili interventi ristrutturativi: a seconda delle circostanze, infatti, gli amministratori godranno di un ventaglio più o meno ampio di soluzioni – ugualmente ragionevoli ai fini del risanamento – tra cui scegliere. Tra queste potrebbero benissimo rientrare le procedure formali di composizione della crisi disciplinate dalla Legge Fallimentare, quali il piano attestato di risanamento, gli accordi di ristrutturazione del debito e il concordato preventivo. Non a caso, comun denominatore di tutti questi istituti è proprio la centralità del piano, nella consapevolezza che "quando la percezione della crisi è estemporanea, non supportata da adeguate informazioni [...] e del tutto disancorata dalla programmazione degli interventi attuabili in tali

⁹⁷ Rispettivamente: C. W. HOFER e D. SHENDEL, Strategy formulation: Analytical Concepts, West Pub. Co., 1978; R. ROSSI, Insolvenza, crisi d'impresa e risanamento. Caratteri sistematici e funzionali del presupposto oggettivo dell'amministrazione straordinaria, Milano, 2003. Si veda per una disamina generale G. BIANCHI, Le procedure aziendali, in AA.VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016.

frangenti, qualunque strumento concorsuale si voglia approntare questo è tendenzialmente destinato all'insuccesso o comunque ad una scarsa rilevanza funzionale".

Una considerazione finale, relativa alla valutazione dei risultati del test di risanabilità e conseguente redazione del piano di gestione della crisi, riguarda la necessità di tenere in debito conto l'elemento temporale ai fini della "tenuta" delle previsioni. In questo senso, significativamente indicativa – se non addirittura esauriente – è la sentenza del Tribunale di Milano, II sez. civ. fall., del 10 novembre 2009, la quale sul punto prevede che "nel caso di accordi di ristrutturazione basati su piani industriali a sviluppo pluriennale, l'inevitabile aleatorietà che caratterizza alcuni aspetti prognostici su cui si vengono a basare i piani medesimi (spesso collegati a fluttuazioni di settore o di mercato, anche globale) rendono impossibile ed inesigibile una valutazione in termini di certezza o quasi certezza o elevata probabilità, con la conseguenza che il vaglio di attuabilità deve inevitabilmente essere operato rebus sic stantibus, e deve essere tanto più rigoroso quanto più prossimi sono gli sviluppi oggetto di valutazione, mentre diverrà progressivamente meno minuzioso e stringente quanto più remoti nel futuro sono gli eventi su cui si basa l'analisi". Ciò giustifica, pertanto, il fatto che la fase attuativa del piano di gestione della crisi dovrà consistere non solo nell'implementazione del medesimo, ma anche e soprattutto nel suo monitoraggio, in modo da consentire interventi correttivi laddove il corso della ristrutturazione aziendale produca un allontanamento dalle ipotesi iniziali.

⁹⁸ V. DE SENSI, Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria, in Rivista delle Società, 2017, p. 335.

CAPITOLO III

Il regime di responsabilità degli amministratori di s.p.a. in stato di crisi

1. Il fondamento codicistico della responsabilità degli amministratori di s.p.a.

La portata innovativa della riforma del diritto societario del 2003 è riscontrabile, in una certa misura, anche sul piano del regime di responsabilità degli amministratori di s.p.a., specialmente da una lettura in combinato disposto degli artt. 2381 e 2392 c.c., i quali dal d.lgs. 6/2003 sono stati modificati significativamente. Occorre premettere, tuttavia, che anche le profonde e numerose modifiche che si sono susseguite negli anni in ambito concorsuale hanno giocato il proprio ruolo e sono destinate a mutare gli scenari futuri delle azioni di responsabilità contro gli amministratori. Sino ad ora infatti, non si può ignorare come, "casisticamente" parlando, sia l'azione sociale ex art. 2392 c.c., che l'azione dei creditori sociali ex art. 2394 c.c., abbiano trovato il loro terreno d'elezione proprio nelle procedure concorsuali e, in particolare, in ambito fallimentare, quale mezzo di reintegrazione della massa attiva esperibile dal curatore ex art. 146 l.f.. Per quanto riguarda l'azione ex art. 2392 c.c., ciò si ritiene sia avvenuto in ragione di una frequente commistione di interessi tra coloro cui spetta deliberare l'esperimento dell'azione di responsabilità, ovvero la maggioranza dei soci, e i destinatari di tale azione, gli amministratori, che da tale maggioranza sono stati nominati⁹⁹. Profilo che appare particolarmente accentuato in un

⁹⁹ M. FABIANI, Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell'impresa, in Fallimenti e società, 2015. Si veda altresì S. SERAFINI, L'azione sociale di responsabilità e la responsabilità verso i creditori, in Riv. dir.

sistema capitalistico come quello italiano, tendenzialmente caratterizzato da una proprietà concentrata se non addirittura coincidente con l'organo gestorio. Il motivo invece per cui l'azione ex art. 2394 c.c. viene, altresì, più spesso esercitata dal curatore fallimentare piuttosto che dai creditori in proprio, è da rintracciarsi nel fatto che coincidendo il più delle volte – ma non necessariamente – il presupposto per l'esercizio di questa azione con uno stato d'insolvenza tale da legittimare l'apertura del fallimento, i creditori trovano solitamente più conveniente "rifugiarsi" nella procedura concorsuale piuttosto che assumersi i maggiori oneri e costi che l'autonoma promozione di un contenzioso contro gli amministratori comporterebbe¹⁰⁰. Oggi, tuttavia, le formule – giudiziali e stragiudiziali – di risoluzione dello stato di crisi, più o meno grave, in cui versa l'impresa si sono moltiplicate e parallelamente sono aumentate le chances degli amministratori di fronteggiare legittimamente questi stadi di difficoltà su fronti differenti, così da rendere sempre più probabile per gli attori in questione dover intraprendere il contenzioso in uno scenario diverso da quello fallimentare. Fermo restando che lo stato patologico del ciclo di vita dell'impresa, provocando l'emersione di maggiori tensioni tra gli interessi aggregati intorno alla stessa e palesando gli effetti pregiudizievoli delle condotte, è destinato a rimanere "l'habitat naturale" delle azioni di responsabilità contro gli amministratori.

1.1 La responsabilità ex art. 2392 c.c.

Tornando invece all'ambito "puramente societario", occorre premettere che, non essendo questa la sede opportuna per un'approfondita disamina

comm., 2011; L. SALVATO, Azioni sociali di responsabilità ed iniziative nei confronti dei terzi danneggianti, in Fallimento, 2009.

¹⁰⁰ A. TOFFOLETTO, Amministrazione e controlli, in AA.VV., Diritto delle società di capitali, Manuale breve, Milano, 2003.

delle azioni in parola, di seguito verranno trattati soltanto quei profili che maggiormente interessano ai fini della trattazione. Il primo dato da rilevare è la nuova impostazione che al regime di responsabilità degli amministratori ha voluto dare la riforma del 2003, la quale, secondo l'opinione maggioritaria in dottrina, avrebbe segnato il passaggio da una responsabilità da "posizione" a una da "funzione" 101. Ciò sarebbe avvenuto grazie all'abrogazione del previgente secondo comma dell'art. 2392 c.c., il quale poneva in capo agli amministratori un pervasivo dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, che gettava le basi per l'imputazione in capo agli stessi di una responsabilità per culpa in vigilando, la quale – come hanno dimostrato gli orientamenti giurisprudenziali ante riforma - rischiava di sfociare in una sorta di responsabilità oggettiva dei deleganti, fatta derivare dalla qualifica stessa di amministratore piuttosto che da un'effettiva condotta illecita. All'eliminazione del suddetto comma e alla contestuale specificazione dei doveri degli amministratori all'art. 2381 c.c., è conseguita, non un'abolizione del regime di solidarietà – considerato che l'art. 2392 c.c. tuttora prevede che "in ogni caso gli amministratori [...] sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose" - bensì un suo ridimensionamento, da taluno definito come parcellizzazione della

1

M. RABITTI, Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori, Milano, 2004. Si veda altresì P. MONTALENTI, L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario, in Giur. comm., 2003; dello stesso A., La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata, in Giur. comm., 2005; G. F. CAMPOBASSO, Diritto commerciale. Diritto delle società, Torino, 2014; G. PRESTI e M. RESCIGNO, Corso di diritto commerciale. Società, II, Bologna, 2011; C. CONFORTI, La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni, Milano, 2012; A. DE NICOLA, sub art. 2392, in Commentario alla riforma delle società, diretto da P. G. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, e M. Notari, Milano, 2005.

per cui questa deve essere imputata a responsabilità, ciascun amministratore solo ed esclusivamente in misura proprio inadempimento ai doveri lui imposti dalla legge e dallo statuto. Ed è proprio la valorizzazione di questi doveri, dimostrata dalla centralità dell'art. 2381 c.c. nella nuova configurazione della s.p.a., che confuta le preoccupazioni relative a una presunta deresponsabilizzazione degli amministratori deleganti. Parlare di "efficacia liberatoria" della delega gestoria sembrerebbe, infatti, fuorviante. Il dettato dell'art. 2392, 2° co. – ai sensi del quale "gli amministratori [...] sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite ad uno o più amministratori" – sta semplicemente a rendere evidente la presa di coscienza da parte del legislatore della concreta evoluzione della dinamica aziendale, la quale – soprattutto nelle imprese di medio-grande dimensione, nelle quali diffuso è il fenomeno del decentramento decisionale – appalesa l'irragionevolezza di richiedere agli amministratori non esecutivi la piena e precisa contezza dello svolgimento dei singoli affari. Più sensato è allora apparso sostituire questo generico e onnisciente adempimento con più realistici e puntuali doveri quali quelli sanciti dal novellato art. 2381 c.c., primo tra tutti il dovere di agire informato. Precisamente in questo senso si è espressa sia la giurisprudenza di merito che di legittimità. Si prenda ad esempio, tra tutte, la sentenza del 2 febbraio 2012 con cui il Tribunale di Udine ha esaurientemente affermato che: "Il dovere di vigilare sul generale andamento della società, posto a carico di tutti gli amministratori, non è stato integralmente soppresso dal nuovo testo dell'art. 2392, II° comma c.c., ma solamente attenuato; la nuova disposizione infatti, pur avendo l'eccessivo e quasi automatico coinvolgimento amministratori privi di deleghe operative nelle scelte gestionali degli

organi delegati e nelle conseguenti responsabilità, non ha ad ogni modo attribuito agli organi deleganti un ruolo meramente passivo. L'amministratore privo di deleghe ha infatti l'obbligo di agire in modo informato, conservando un compito di monitoraggio sull'andamento della gestione della società e sull'operato degli amministratori con deleghe operative, sì da impedirne il compimento di atti pregiudizievoli per la società e per i creditori sociali. Spetterà pertanto al tribunale, in tale prospettiva, valutare di volta in volta, secondo il parametro della diligenza professionale richiesta a tutti gli amministratori, l'eventuale carenza o insufficienza da parte del medesimo amministratore delegante nell'analisi e nella valutazione critica dei dati forniti dagli amministratori delegati nonché, in caso di "omissioni informative" da parte di questi ultimi, valutare l'operosità e la diligenza con cui il delegante ha provveduto ad attivarsi, se non con atti ispettivi individuali, quantomeno con specifiche richieste di informazioni inoltrate agli organi delegati, a fronte del compimento di fatti anomali o eclatanti"¹⁰². Questa pronuncia consente di introdurre, altresì, il tema della diligenza, che verrà più diffusamente trattato nei paragrafi successivi quale parametro che il giudice deve utilizzare nel valutare la condotta degli amministratori – sia delegati che deleganti - ma che viene qui in evidenza nella sua nuova veste, quale risultante dalla riforma del 2003.

Questa infatti è intervenuta sull'art. 2392 c.c., sostituendo il generico canone della diligenza del mandatario – che a sua volta richiamava, *ex* art.

_

Si veda, inoltre, Cass. civ., Sez. I, 27 aprile 2011, n. 9384; Trib. Prato, 14 settembre 2012; Trib. Milano, 27 settembre 2011; Trib. Napoli, 3 febbraio 2010. Si veda in dottrina A. COLAVOLPE, In tema di responsabilità individuale dell'amministratore di s.p.a. privo di delega, in Soc., 2011; VASSALLI, L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società, Milano, 2003.

1710 c.c., la diligenza del *bonus pater familias* – con quello più stringente della "diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze". Per quanto riguarda il criterio soggettivo, questo non va letto nel senso di dover ritenere la diligenza assorbente il canone della perizia. Nonostante le iniziali difficoltà incontrate dalla giurisprudenza nel delineare una linea di confine tra le due nozioni, questa ha infine ritenuto che all'amministratore non può essere riconosciuto anche l'obbligo di essere perito, ma semplicemente di possedere quelle conoscenze fondamentali ai fini della gestione "non improvvisata" dell'impresa. L'accettazione di un incarico per il quale si è consapevole di non possedere le competenze necessarie, violerebbe ab origine l'obbligo di agire diligentemente¹⁰³. Pertanto tale criterio soggettivo va inteso semplicemente come un richiamo alla necessità di prendere in considerazione il peculiare livello di professionalità del singolo amministratore, in modo da poterne derivare la corrispondente misura di diligenza esigibile dallo stesso. Ciò è coerente con l'impostazione generale che emerge dall'impianto codicistico *post* riforma, il quale ha per l'appunto optato per una "personalizzazione" della responsabilità, ovvero per una graduazione della stessa, anche in base a quelle che sono le specifiche connotazioni professionali di ciascun amministratore. Venendo invece al criterio oggettivo, si deve ritenere che nella "natura dell'incarico" si debba ricomprendere non solo il ruolo ricoperto in ambito gestorio – differente è, come anticipato, il grado di diligenza

Correttamente intende il senso che deve darsi al concetto di perizia, quale correlato a quello di diligenza – seppure ivi considerato nella sua vecchia accezione – nel rispetto del dato positivo, *Trib. Milano, 29 aprile 2004*, per il quale "nell'adempimento delle obbligazioni verso la società l'amministratore deve osservare la diligenza del mandatario, che non può prescindere da un connotato di adeguata "perizia" consistente nella prudenza e avvedutezza in relazione a quelle attività, negoziali e materiali, tipicamente implicate dalla gestione societaria-commerciale".

richiesto al delegato rispetto al delegante – ma anche le particolari caratteristiche dell'impresa della cui gestione si tratta. Sotto quest'aspetto dunque, considerato che il riferimento non è da farsi solo alle dimensioni aziendali, ma anche alla complessità dell'attività imprenditoriale, la quale dipende parimenti da fattori interni ed esterni caratterizzati da un certo grado di mutevolezza, questo criterio oggettivo dovrà essere continuamente attualizzato, registrando necessariamente anche quello che è lo stato di salute dell'impresa in quel momento. Sulla base di questa lettura dell'art. 2392 c.c., 1° co., è possibile configurare la gestione dell'impresa che versa in stato di crisi, quale "incarico di particolare natura" rispetto al quale la diligenza impiegata dagli amministratori dovrà essere valutata di conseguenza.

1.2 La responsabilità ex art. 2394 c.c.

Per quanto riguarda, invece, l'azione *ex* art. 2394 c.c., tralasciando in questa sede il dibattito relativo alla natura autonoma o surrogatoria della stessa, nonché quello inerente alla natura contrattuale o extra-contrattuale della relativa responsabilità, l'oggetto d'indagine della dottrina che più interessa ai fini di questa trattazione è l'individuazione degli "obblighi

_

A. LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016. La stessa logica è riscontrabile nell'orientamento giurisprudenziale il quale riconosce in capo agli amministratori non esecutivi di società bancarie un dovere "accentuato" di agire informati, considerato che gestiscono un *business* contrassegnato da fattori di rischio più marcati – il che potrebbe dirsi anche del *business* di società che versa in stato di crisi. Si veda, in particolare, *Cass. 5 febbraio 2013, n. 2737*, per cui "questo dovere della compagine dei consiglieri non esecutivi è particolarmente stringente in materia di organizzazione e governo societario delle banche, anche in ragione degli interessi protetti dall'art. 47 Cost., la cui rilevanza pubblicistica plasma l'interpretazione delle norme dettate dal codice civile. La diligenza richiesta agli amministratori risente, infatti, della "natura dell'incarico" ad essi affidato ed è commisurata alle "loro specifiche competenze" (art. 2392 c.c.)".

inerenti alla conservazione del patrimonio sociale", la cui inosservanza renderebbe tale azione esperibile¹⁰⁵. Nonostante tra le varie opinioni in materia si registri ancora un certo grado, se non proprio di discordanza, perlomeno di varietà, a parere di chi scrive, maggiormente condivisibile appare la tesi di quella dottrina che evidenzia la differenza tra la "conservazione" di cui agli artt. 2394 e 2486 c.c. 106. Solo in quest'ultimo caso, infatti, il legislatore riconduce al manifestarsi di una particolare fattispecie – il verificarsi della causa di scioglimento – un mutamento nello statuto normativo degli amministratori, tale per cui questi da quel momento in poi dovranno orientare la gestione secondo la prospettiva liquidatoria e dunque assumere una condotta essenzialmente conservativa, volta al perseguimento del massimo valore di realizzo per i creditori. Lo stesso avvicendarsi di doveri e di interessi non è rinvenibile invece nell'art. 2394 c.c., che impone agli amministratori una condotta esigibile in qualunque fase della vita dell'impresa, la quale ha come obbiettivo la redditività della stessa¹⁰⁷, nei limiti però del rispetto delle obbligazioni

¹⁰⁵ Si tenga presente che la "proposta di decreto legislativo recante modifiche al codice civile, in attuazione della legge delega 30 ottobre 2017, n.155" prevede l'aggiunta all'art. 2476 c.c. di un comma 5bis, il quale replica il contenuto dell'art. 2394 c.c., così disciplinando espressamente anche per le s.r.l. l'azione di responsabilità dei creditori sociali verso gli amministratori.

A. LUCIANO, op. cit.; F. BRIZZI, Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi, Torino, 2015; F. GUERRERA, Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi, in La governance nelle società di capitali, VIETTI (a cura di), Milano, 2013; B. LIBONATI, Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali, in Il nuovo diritto societario, ABBADESSA e PORTALE (a cura di), Torino 2007; A. DE NICOLA, sub art. 2394, in Commentario alla riforma delle società, diretto da P. G. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, e M. Notari, Milano, 2005.

Efficacemente descrive la condotta dovuta dagli amministratori al di fuori delle ipotesi di scioglimento della società – offrendo, peraltro, una pionieristica lettura del canone della diligenza degli amministratori – la sentenza del *Trib. Milano, 1 dicembre 1988*, secondo la quale

creditorie. In altri termini, la vera portata precettiva dell'articolo in questione consiste nel vietare agli amministratori di realizzare un'eccessiva traslazione del rischio d'impresa sul ceto creditorio. Rischio – come è stato evidenziato precedentemente in questa trattazione – che si fa tanto più concreto, quanto più si aggrava lo stato di salute dell'impresa, il che lascia supporre che in tali circostanze, ferma restando la lettura qui proposta della norma, gli amministratori non potranno esimersi, nel valutare l'opportunità delle proprie scelte, dal prodigare uno sforzo previsionale degli effetti combinati di tali scelte e dello stato patologico sugli interessi creditori.

In ultima analisi dunque, i doveri la cui violazione rende azionabile il rimedio in parola, sono essenzialmente gli stessi previsti dall'art. 2392 c.c., con la differenza però che tale violazione non basta in sé stessa, ma deve altresì essere idonea a provocare l'incapienza patrimoniale, presupposto necessario per l'esercizio dell'azione dei creditori. D'altra parte, solo un danno siffatto al patrimonio sociale, fa sorgere in capo a questi ultimi un interesse ad agire, in ragione della loro natura di *fixed claimants*, i quali non hanno a cuore la corretta gestione in quanto tale, ma solo nella misura in cui consenta l'esatto soddisfacimento delle loro pretese.

[&]quot;il grado di diligenza dell'amministratore non può essere semplicemente equiparato a quello tradizionale per il mandatario: la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata e, quindi, in caso di amministrazione di società di capitali, deve venire riferita alla particolare aspettativa della società e dei soci di conseguire un risultato economico positivo, sicché l'amministratore è tenuto a curare con ogni attenzione che questo risultato venga raggiunto, ponendo in essere gli atti gestionali che possono risultare, fra tutti quelli possibili, i più opportuni e utili".

2. Business judgement rule e responsabilità da inadeguatezza organizzativa

L'elaborazione della business judgement rule nasce dalla consapevolezza dell'estrema delicatezza dell'operazione di valutazione giudiziale della legittimità delle condotte degli amministratori, contro i quali venga promossa azione di responsabilità. Le principali difficoltà derivano dal fatto che il giudice è chiamato a pronunciarsi sulla correttezza di taluni comportamenti degli amministratori, che quasi sempre sottendono scelte caratterizzate da un margine più o meno ampio di discrezionalità, connaturato alla stessa funzione gestoria e derivante dall'ampio spettro fenomenico nell'ambito del quale questa viene esercitata. Ciò che la giurisprudenza ha avuto chiaro sin dal principio, dunque, è stata la necessità di evitare che il giudice si trasformasse in sede di contenzioso in una sorta di "manager in surroga" 108, ovvero che mediante la valutazione ex post delle scelte gestionali si andasse di fatto a sostituire agli amministratori nell'assunzione delle decisioni imprenditoriali. È evidente che, diversamente, qualora ciò avvenisse, ne risentirebbe la propensione al rischio degli amministratori non solo nell'assunzione delle decisioni rientranti nella propria funzione, ma finanche nell'accettazione stessa dell'incarico. L'amministrazione di società presenta, infatti, un margine ineludibile di incertezza il quale fa sì che, se da una parte sia possibile esigere dai gestori l'esercizio di un'attività di tipo previsionale, dall'altra non si può pretendere che gli esiti delle scelte conseguenti a quest'attività

-

L'espressione è mutuata da D. CESIANO, *L'applicazione della << Business Judgment Rule>> nella giurisprudenza italiana*, in *Giur. Comm.*, 2013. Lo stesso concetto era già espresso dalla giurisprudenza risalente, *Cass. 6 marzo 1970*, *n. 558*, secondo cui "il giudice investito dell'azione di responsabilità sociale contro gli amministratori non può contestare gli addebiti che rientrino nella categoria degli atti di gestione, sulla base di criteri discrezionali di opportunità e convenienza poiché in tal modo sostituirebbe *ex post* il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall'organo all'uopo legittimato".

siano sempre noti né tantomeno certi. Se dunque non si impedisse al giudice di giudicare della validità di tali scelte "col senno di poi", gli amministratori si troverebbero esposti a una valutazione arbitraria della propria condotta e presumibilmente destinati ad essere riconosciuti colpevoli¹⁰⁹. Motivo per cui è presto intervenuta anche nell'ordinamento italiano la regola per cui se gli amministratori adottano le proprie decisioni con *honest business judgement*, tali decisioni sono poste al riparo del sindacato del giudice. Questa affermazione, ormai unanimemente condivisa in giurisprudenza, della insindacabilità del merito gestorio non ha fatto altro che spostare cronologicamente il piano di valutazione del giudice dal momento in cui viene assunta la decisione,

1.0

 $^{^{109}}$ Ha efficacemente descritto questo rischio, in dottrina, D. GALLETTI, L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso d'insolvenza, in Il Fallimentarista, 27 settembre 2012, il quale ha evidenziato come "la business judgement rule [...] risponde semplicemente alla ratio della impossibilità per il Giudice, e della inopportunità in generale, di sindacare concrete scelte di gestione, elevatamente discrezionali, per la loro natura fortemente opinabile e "soggettiva", ciò che potrebbe risolversi in un forte disincentivo all'adozione delle determinazioni imprenditoriali del management. Il Giudice pertanto non può confrontare la condotta specifica dell'amministratore con un proprio ideale astratto di "buon amministratore", non può cioè immaginarsi manager nella stessa situazione, e assumere quale sarebbe stato il comportamento più opportuno. Questo non perché il Giudice non "sappia", perché alle inevitabili lacune cognitive del Giudice rimedia la c.t.u., ma piuttosto perché la natura elevatamente discrezionale e "relativa" del giudizio imprenditoriale renderebbe assai pericoloso il sindacato a posteriori sull'atto, il quale si risolverebbe probabilmente in una "delega" di fatto del potere sanzionatorio al consulente tecnico d'ufficio, con forti e non auspicabili conseguenze disincentivanti ex ante". Si veda, altresì, in dottrina G. DONGIACOMO, Insindacabilità delle scelte di gestione, adeguatezza degli assetti ed onere della prova, in AMATUCCI (a cura di), Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della business judgment rule, Milano, 2014; P. PISCITELLO, La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e <
business judgment rule>>, in Riv. soc., 2012.

a quello prodromico all'assunzione della stessa, ovvero alla fase istruttoria che è forse quella fase del processo decisionale in cui gli amministratori sono più chiamati ad agire in modo diligente, raccogliendo tutte le informazioni ed effettuando tutte le ponderazioni necessarie all'adozione di una scelta meditata e consapevole.

Ecco dunque che il canone di diligenza si viene a delineare in sede giudiziale quale parametro sulla base del quale misurare la legittimità delle condotte degli amministratori. Il giudizio di responsabilità, non a caso, può considerarsi articolato in due momenti: quello della ricostruzione da parte del giudice della fattispecie astratta – in questo caso il comportamento o l'insieme di comportamenti che possono ritenersi diligenti – e quello della verifica di conformità, rispetto a questa, della fattispecie concreta. È evidente che le maggiori difficoltà si annidano nella prima di queste due operazioni. La diligenza è infatti una clausola generale, di conseguenza questa dovrà necessariamente essere riempita di contenuto dal giudice, aspetto che rende ineliminabile un certo grado di discrezionalità di quest'ultimo. Si tratta, tuttavia, di una discrezionalità cd. guidata, ovvero che non viene esercitata sulla base di una propria astratta e personale concezione di comportamento diligente, bensì rinviando a quelle che sono le indicazioni provenienti dalla scienza aziendalistica, dalla normativa di settore, dalla soft law e dalle best practices sul mercato, ovvero quello stesso insieme di norme cui l'amministratore, parimenti, deve parametrare la propria condotta se vuole che questa, in un secondo momento, venga per l'appunto valutata come diligente. Non bisogna inoltre dimenticare che il giudice esercita il suo sindacato, sì ex post, ma non secondo gli schemi della prognosi postuma, bensì di un vero e proprio giudizio prognostico, ovvero condotto secondo la cd. razionalità ex ante. In altri termini il giudice deve valutare il grado di diligenza dell'amministratore sulla base delle circostanze oggettive e soggettive

esistenti al momento in cui questi ha assunto la decisione o ha realizzato l'omissione contestata.

Si consenta di sintetizzare la suesposta disamina della business judgement rule, riportando, tra le innumerevoli pronunce giurisprudenziali in materia, una di quelle che meglio ne descrive le fattezze. Così si è pronunciata la Corte di Cassazione, il 23 marzo 2004, con sentenza n. 5718: "Come è noto, vige il principio dell'insindacabilità dell'opportunità e convenienza delle scelte gestionali. Tale principio muove dalla distinzione tra controllo di legittimità e controllo di merito e conduce ad escludere che gli amministratori possano essere chiamati a rispondere degli errori di gestione. In questa prospettiva, si è sottolineato che discrezionalità vuol dire libertà di identificare le scelte, senza esonerare l'amministratore dall'osservanza del dovere di diligenza. Pertanto, se anche il giudice non può sindacare la scelta in sé, deve però controllare il percorso attraverso il quale essa è stata preferita. Pertanto il discrimine va individuato nel fatto che mentre la scelta tra il compiere o meno 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 cautele¹¹⁰, di quelle verifiche o di quelle informazioni preventive normalmente richieste prima di procedere a quel tipo di scelta: in altre

-

Si veda altresì, per quanto riguarda la particolare declinazione dell'agire diligente che consiste nel prudente apprezzamento dei fattori di rischio, Cass. 12 agosto 2009, n. 18231, per cui "in tema di responsabilità degli amministratori, se è vero che non sono sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali, anche se presentano profili di alea economica superiori alla norma, resta invece valutabile la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente – se necessario, con adeguata istruttoria – i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, così da non esporre l'impresa a perdite, altrimenti prevenibili". Dello stesso parere la più recente Cass. 10 febbraio 2013, n. 3409.

parole, il giudizio sulla diligenza non può investire le scelte di gestione, ma il modo in cui sono compiute". Contributo che getta le basi per procedere con l'analisi dei riflessi della *business judgement rule* sulla responsabilità da inadeguatezza organizzativa.

2.1 La responsabilità da inadeguatezza organizzativa

È opportuno che questa analisi muova dalla considerazione che l'introduzione all'art. 2381 c.c. del principio di adeguatezza degli assetti e, in misura ancora maggiore, la sua declinazione in chiave finalistica per la prevenzione e gestione della crisi, realizzata dalla l. 155/2017, sono senz'altro suscettibili di specificare il generale dovere di adeguata istruttoria cui gli amministratori devono adempiere nell'adozione delle scelte di gestione, affinché queste possano usufruire del safe harbour della business judgement rule. Tuttavia, ciò avviene mediante l'imposizione di un dovere in capo all'organo gestorio, quello di dotare l'impresa di assetti organizzativi adeguati, che conserva un contenuto aperto ed elastico, non puntualmente definito dal legislatore e che pertanto lascia agli amministratori un certo margine di discrezionalità in punto di organizzazione aziendale. Quest'aspetto non può considerarsi privo di conseguenze sul piano della responsabilità.

Questa precisazione è giustificata dal fatto che sul tema dell'applicabilità o meno della *business judgement rule* alle decisioni degli amministratori relative agli assetti della società, si riscontrano ancora opinioni contrapposte in dottrina. Questa infatti si trova uniformemente d'accordo sul ritenere non coperta dalla regola giurisprudenziale in questione la condotta degli amministratori che abbiano totalmente omesso di curare o di valutare – a seconda che siano i comportamenti dei delegati o dei deleganti, rispettivamente, a venire in rilievo – l'adeguatezza degli assetti, in quanto in questo caso, in cui si dovrebbe parlare di assetti mancanti,

sarebbe incontrovertibile l'inadempimento di un dovere imposto dalla legge. Si divide, invece, quando la fattispecie che rileva non è la carenza bensì l'inadeguatezza degli assetti. Sotto questo profilo, è possibile individuare due distinti orientamenti, i quali divergono per il fatto che l'uno valorizza la natura di *presidio* degli adeguati assetti rispetto alle scelte gestionali, mentre l'altro valorizza la natura degli adeguati assetti quali *oggetto* delle stesse¹¹¹. Alla base di questa distinzione sta la dicotomia tra scelte organizzative e scelte d'impresa: a seconda se si ritenga di ricomprendere le scelte relative agli assetti nella prima o nella seconda categoria, si ottengono risultati diversi sul piano dell'applicabilità della *business judgement rule*.

Il primo orientamento, il quale qualifica le decisioni degli amministratori in tema di assetti come mere scelte organizzative, prodromiche all'assunzione di quelle che debbono, invece, essere considerate vere e proprie decisioni imprenditoriali, argomenta la non applicabilità della business judgement rule, in primis, sulla base del fatto che la cura e valutazione di assetti adeguati – dopo la riforma di diritto societario del 2003 – è oggetto di un dovere specifico imposto dalla legge. Si ritiene, in altri termini, che laddove gli amministratori siano chiamati a tenere una certa condotta a seguito di una precisa prescrizione normativa, tale condotta mancherebbe di quel carattere discrezionale necessario a caratterizzarla come "imprenditoriale". Un altro argomento a favore di questa tesi attiene, invece, alla necessità che a fronte di determinate scelte

V. DE SENSI, Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria, in Rivista delle Società, 2017. Si veda, altresì, M. RABITTI, Responsabilità da deficit organizzativo, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016; I. KUTUFA', Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria, in AA.VV., Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras, Torino 2010; M. DE MARI, Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali, in Nuovo dir. soc., 2009.

gestionali, nonché di determinati livelli di rischio, la società sia adeguatamente "equipaggiata" per l'implementazione di quelle scelte e per la gestione dei rischi conseguenti, non essendone l'assunzione altrimenti legittima. Un esempio può essere tratto dalla critica mossa da taluna dottrina alla nota sentenza emanata in tema di responsabilità da inadeguatezza organizzativa dalla Corte del Delaware, in chiusura del caso Citigroup, nel 2009. Nel caso di specie, gli attori imputavano agli amministratori di "non aver assicurato l'esistenza di un adeguato sistema informativo e di *reporting* in grado di consentire loro di essere pienamente informati circa i rischi di Citigroup nel mercato dei mutui subprime". Tralasciando il fatto che i giudici avevano infine ritenuto non sufficientemente dimostrata la suddetta inadeguatezza, questi hanno avuto cura di precisare che "la percezione di indici di allarme, circa il deterioramento del mercato dei *subprime* immobiliari, non avrebbe potuto superare la presunzione della business judgement rule e far ritenere gli amministratori responsabili per non aver valutato i margini di rischio in maniera appropriata". In sostanza il giudice Chandler ha confermato quell'orientamento della giurisprudenza statunitense per cui il sistema di controllo e gestione dei rischi – che è stato più volte, in questa trattazione, definito come species del genus degli assetti organizzativi - ricadrebbe senz'altro nella categoria delle scelte gestionali e, in quanto tale, risulterebbe protetto dalla business judgement rule. Tuttavia, la dottrina a commento della suddetta sentenza ha criticato l'avvenuta equiparazione tra risk taking e risk management, da un lato, e adeguatezza degli assetti, dall'altro, ritenendo che solo la prima – la quale, in realtà, segue la seconda dal punto di vista logico – di queste due fasi del processo decisionale possa considerarsi appannaggio della discrezionalità degli amministratori. È stato dunque sostenuto che "un conto è effettuare le scelte di politica del rischio sulla base del relativo profilo che l'impresa ha

inteso assumere e darvi, di volta in volta, attuazione con la gestione del medesimo. Altro è dotarsi di un sistema (*organizzativo*) e concepirlo in modo che sia adeguato al profilo prescelto"¹¹².

Il secondo orientamento, invece, pur riconoscendo che il dovere prescritto dall'art. 2381 c.c. ha contribuito a riempire di contenuto sia il canone di diligenza che il principio di corretta amministrazione, ne evidenzia la perdurante genericità, consistente nel fatto che da tale norma non è possibile evincere con precisione né cosa debba intendersi per assetti né quando questi possano dirsi adeguati. In altri termini, dalla impossibilità di definire un assetto organizzativo universalmente valido, conseguirebbe la permanenza in capo agli amministratori di un certo grado di discrezionalità nel decidere di *quale* assetto nello specifico sia più opportuno dotare la società. È evidente, sotto questa prospettiva, la presenza di un margine di errore, che lungi dal poter essere definitivamente eliminato, si potrà solo tentare di evitare con la dovuta diligenza¹¹³. Ciò implica che qualora in contenzioso si denunci la presenza

C. AMATUCCI, Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule, in AA.VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016, corsivo aggiunto. Il commento è alla sentenza Citigroup Inc. Shareholder Litig., 2009, WL 481906, Del. Ch..

ai fini del contenimento del rischio si veda la divergenza di opinioni tra la dottrina – MAUGERI,
Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria), in
rivistaodc.eu, 2014 – e la giurisprudenza – Trib. Milano, 21 novembre 2013. La prima, non
irragionevolmente, ha sostenuto che "gli amministratori nel selezionare i progetti cui dare corso
e, più in generale, nel definire il complessivo grado di rischio nell'attività, sono tenuti a
considerare puntualmente il livello di patrimonializzazione della società, cioè il "cuscinetto" di
valori destinato ad essere immediatamente eroso ove quel rischio si materializzasse". La
seconda, in maniera altrettanto lucida, ha invece ritenuto che "contrarre debiti superiori al
capitale non costituisce attività vietata né negligente, poiché i debiti sono funzionali all'attività
produttiva e trovano riscontro nei ricavi in vista dei quali sono contratti".

di assetti organizzativi inadeguati, il giudice dovrà verificare se questi possano *oggettivamente* considerarsi tali – in quanto gli amministratori non hanno seguito le cautele e non si sono procurati le informazioni necessarie a determinarsi correttamente sull'opzione organizzativa – o se, invece, questi apparivano adeguati nel momento in cui gli amministratori li hanno implementati/approvati e l'inadeguatezza contestata non sia piuttosto stata dedotta dagli esiti nefasti della gestione aziendale, secondo l'opinabile tecnica della prognosi postuma.

Chi scrive ritiene questa seconda ricostruzione del regime responsabilità da inadeguatezza organizzativa – oltre che da integrare con l'opinione di quella dottrina che ha evidenziato la natura *sui generis* delle decisioni in tema di assetti¹¹⁴ – non solo maggiormente condivisibile, ma anche più auspicabile. Senz'altro il dovere di predisporre assetti adeguati è strumentale rispetto all'adempimento di altri doveri e, più in generale, rispetto ai principi di corretta amministrazione. Ciò implica che raramente la violazione del dovere in questione sarà idonea ad arrecare direttamente pregiudizio, essendo più probabile che ciò avvenga soltanto in via mediata, mediante una condotta illecita che - in taluni casi, ma non necessariamente – avrebbe potuto evitarsi, se la società fosse stata dotata di assetti adeguati. Tuttavia, né la pregiudizialità logica né la strumentalità di quest'obbligo sono sufficienti ad escludere il dovere del giudice di verificare se questo sia stato adempiuto con la dovuta diligenza, al pari di quanto è chiamato a fare con la condotta illecita derivata. Sembra, infatti, che quest'operazione renderebbe più difficile un uso "avventato" delle

-

M. SPIOTTA, Continuità aziendale e doveri degli organi sociali, Giuffré, 2017, per cui alla natura sui generis delle decisioni degli amministratori in tema di assetti organizzativi corrisponderebbe una "discrezionalità limitata o tecnica, atteso che pur essendo liberi di preferire un percorso ad un altro, rimangono comunque vincolati al perseguimento dell'adeguatezza degli assetti".

presunzioni che talvolta tendono ad avere ad oggetto il nesso causale tra il danno subito e l'inadeguatezza organizzativa¹¹⁵, in quanto la ricostruzione non solo dell'iter che ha condotto all'atto illecito, ma anche di quello che ha prodotto la scelta organizzativa prodromica allo stesso, consente una scomposizione del processo decisionale ancora più precisa e idonea ad evidenziare le relazioni di causa-effetto. Ciò considerato anche il fatto che non ogni inadempimento in materia di assetti organizzativi è suscettibile di arrecare danno, ben potendo tale violazione restare priva di effetti o addirittura generare un utile, in termini di risparmio dei costi di gestione. Si aggiunga, infine, che le medesime conclusioni si ritengono valide anche in previsione dell'attuazione della l. 155/2017, la quale rendendo (più) specifico il dovere generico di predisporre assetti adeguati, avrà come conseguenza quella di ridurre ulteriormente il margine di discrezionalità degli amministratori – e di conseguenza anche la zona di operatività della *business judgement rule* – senza, tuttavia, eliminarlo.

3. La responsabilità degli amministratori nella e per la crisi

Se si cala il tema della responsabilità degli amministratori di s.p.a. nella dimensione specifica della crisi, numerose sono le fattispecie che vengono in rilievo ed ognuna di queste è potenzialmente suscettibile di essere accompagnata dall'imputazione di una responsabilità da inadeguatezza

Taluna giurisprudenza ha dimostrato una certa sensibilità sul punto e ha avuto cura di riaffermare in materia i principi generali valevoli per la responsabilità civile, si veda *Trib. Milano*, 2 novembre 2004, per cui "in sede di azione sociale di responsabilità incombe sull'attore la prova articolata su tre elementi: l'inadempimento dell'amministratore ad uno o più degli obblighi imposti dalla legge o dall'atto costitutivo; il nesso causale tra condotta e conseguenze pregiudizievoli; il danno, riconducibile in via immediata e diretta alla condotta colposa o dolosa dell'amministratore, inteso sia come danno emergente sia come lucro cessante, in concreto commisurato al pregiudizio che la società non avrebbe subito se un determinato comportamento illegittimo non fosse stato compiuto".

organizzativa. Storicamente, il contesto in cui più spesso nella casistica è stata addebitata una responsabilità agli amministratori è quello del verificarsi di una causa di scioglimento della società. Prima della riforma di diritto societario del 2003, ciò avveniva nel caso in cui gli amministratori avessero violato il previgente divieto di compiere nuove operazioni. Con il d.lgs. 6/2003 questa prescrizione è stata abrogata e sostituita con due obblighi precisati agli artt. 2485 e 2486 c.c.: il dovere di accertare senza indugio il verificarsi di una causa di scioglimento e procedere ai relativi adempimenti previsti dalla legge; e il dovere di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale. A seguito dell'intervento riformatore, dunque, gli amministratori incorrono solitamente in due tipi di violazioni: a causa della carenza o dell'inadeguatezza degli assetti – si deve ritenere, perlopiù, contabili – della società, omettono di rilevare tempestivamente che una causa di scioglimento si sia verificata, mancando altresì di adempiere i conseguenti obblighi di legge; a seguito del verificarsi della causa di scioglimento, non orientano la propria gestione a fini conservativi e liquidatori, così aggravando le condizioni di dissesto della società, mediante l'assunzione di nuovo rischio imprenditoriale¹¹⁶. Per quanto riguarda quest'ultima ipotesi la giurisprudenza è stata chiara nell'evidenziare come "la mera prosecuzione dell'attività gestoria in

1

l'in Si ricordi quanto previsto dall'art. 182-*sexies* l.f., il quale prevede la sospensione dell'operatività degli effetti del verificarsi della causa di scioglimento della società per perdita del capitale, per il periodo che va dal deposito di una domanda di concordato o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti sino alla relativa omologazione. In questo lasso di tempo, dunque, gli amministratori non sono tenuti ad una gestione conservativa. Ciò è dimostrato altresì dal fatto che l'art. 217-*bis* l.f. esenta dal reato di bancarotta gli atti compiuti in esecuzione di concordati preventivi, accordi di ristrutturazione dei debiti e piani di risanamento attestati, nonché i finanziamenti e i pagamenti autorizzati dal giudice a norma dell'art. 182-*quinquies*, ciò evidentemente al fine di evitare disincentivi al ricorso di strumenti volti al recupero dell'impresa.

presenza di una causa di scioglimento della società, non può di per sé essere considerata quale causa di aggravamento del dissesto finanziario della società poi fallita, poiché le condotte compiute dagli amministratori potrebbero, in base ad un giudizio *ex ante*, essere del tutto neutre, se non addirittura positive per evitare alla società perdite ancora più gravi: il curatore, quindi, che, anche in base alla norma prevista all'art. 2486 c.c., intende far valere la responsabilità dell'amministratore per avere proseguito l'attività sociale dopo la verificazione di una causa di scioglimento per la perdita del capitale sociale o la sua riduzione al di sotto del minimo legale, ha l'onere di dimostrare che, secondo un giudizio ex ante, e quindi alla luce dei dati a disposizione degli amministratori in quel momento, l'attività era dannosa o comunque non utile per la conservazione del patrimonio sociale"¹¹⁷. E ciò si deve ritenere valido non solo per il curatore nell'ipotesi in cui al verificarsi della causa di scioglimento segua l'apertura della procedura fallimentare, con conseguente applicazione dell'art. 217 l.f., ma anche per i creditori, nel caso in cui invece si accompagni semplicemente un'incapienza patrimoniale. Peraltro, una delle modifiche al codice civile proposte nella recente bozza di decreto attuativo della 1. 155/2017 riguarda proprio l'art. 2486 c.c., e recepisce l'orientamento giurisprudenziale formatosi negli anni relativamente alla quantificazione del danno cagionato dagli amministratori con le condotte tenute a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento della società. Inizialmente, le difficoltà incontrate dalla giurisprudenza nell'individuare la precisa portata lesiva di ciascun atto posto in essere dall'organo gestorio, l'avevano indotta a determinare l'ammontare del risarcimento dovuto nella differenza tra i valori patrimoniali, o, nel caso in cui fosse seguita l'apertura del fallimento,

¹¹⁷ Trib. Ivrea, 10 maggio 2006. Si veda in dottrina L. ABETE, *La responsabilità ex art. 2486 c.c.: brevi spunti*, in *Soc.*, 2014.

nella differenza tra l'attivo e il passivo fallimentare. In un secondo momento, i giudici si sono invece resi conto dell'inopportunità di una tale deroga alle regole generali in tema di responsabilità civile e hanno stabilito che, in ogni caso, l'ammontare del danno risarcibile doveva essere parametrato alle conseguenze immediate e dirette delle singole violazioni contestate. Solo nel caso in cui risultasse impossibile, o estremamente difficile, fornire la prova del pregiudizio arrecato dai singoli comportamenti, si ammetteva che la differenza tra i valori patrimoniali trovasse applicazione quale regola residuale e mezzo di liquidazione del danno in via equitativa¹¹⁸. Oggi l'art. 4 della suddetta proposta di decreto attuativo prevede l'introduzione di un 3° comma all'art. 2486 c.c., che così recherebbe: "Il danno risarcibile è determinato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1225, 1226 e 1227, in quanto compatibili con la natura della responsabilità, in relazione al pregiudizio arrecato al patrimonio sociale dai singoli atti compiuti in violazione del

¹

¹¹⁸ Cass. 15 febbraio 2005, n. 3032; Cass. civ., sez. I, 20 aprile 2017, per cui "in ipotesi di azione ex art. 146 l.fall. nei confronti dell'amministratore, ed ai fini della liquidazione del danno cagionato da quest'ultimo per aver proseguito l'attività ricorrendo abusivamente al credito pur in presenza di una causa di scioglimento della società, così violando l'obbligo di cui all'art. 2486 c.c., il giudice può avvalersi in via equitativa, nel caso di impossibilità di una ricostruzione analitica dovuta all'incompletezza dei dati contabili ovvero alla notevole anteriorità della perdita del capitale sociale rispetto alla dichiarazione di fallimento, del criterio presuntivo della differenza dei netti patrimoniali, a condizione che tale utilizzo sia congruente con le circostanze del caso concreto e che, quindi, l'attore abbia allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato ed abbia specificato le ragioni impeditive di un rigoroso distinto accertamento degli effetti dannosi concretamente riconducibili alla sua condotta". Si veda in dottrina A. PATTI, La determinazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità per la perdita del capitale sociale: quale criterio?, in Fall., 2013; A. PALAZZOLO, Responsabilità degli amministratori per errata programmazione finanziaria e per la prosecuzione dell'attività dopo il verificarsi di una causa di scioglimento; criteri di quantificazione del danno risarcibile, in Dir. fall., 2012.

dovere previsto dal comma primo. Tuttavia, in caso di scritture contabili mancanti o comunque inattendibili, il danno risarcibile corrisponde alla differenza tra il netto patrimoniale al momento in cui si è verificata la causa di scioglimento della società e il netto patrimoniale al momento in cui è cessata la prosecuzione indebita dell'attività oppure è aperta la procedura di liquidazione della società, con salvezza della prova contraria e, in ogni caso, del potere di liquidazione equitativa del danno da parte del giudice".

Una fattispecie diversa di responsabilità è, invece, quella ex art. 2394 c.c. che abbiamo detto esprimere un concetto di "conservazione dell'integrità del patrimonio sociale" differente da quello ex art. 2486 c.c. - il quale deve essere letto nel senso che i creditori potranno ottenere il soddisfacimento delle proprie pretese risarcitorie, solo a fronte di quelle condotte degli amministratori che, sulla base di un giudizio ex ante e informato al canone di diligenza, apparivano manifestamente suscettibili di arrecare un danno al patrimonio sociale tale da renderlo incapiente. È evidente che, nel caso di specie, il margine di discrezionalità degli amministratori è significativamente più ampio rispetto a quello sussistente ex art. 2486 c.c.: è chiaro che una società in procinto di sciogliersi offre un ventaglio di opzioni di gestione decisamente più limitato. È da riconfermare, dunque, l'opinione dottrinale per cui l'art. 2394 c.c. non vada letto nel senso di imporre condotte conservative in capo agli amministratori, in quanto – al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate dalla legge - la gestione sociale deve essere orientata all'incremento e alla valorizzazione del patrimonio sociale. Diversamente, sarebbe possibile configurare una particolare fattispecie di responsabilità, che è quella del cd. amministratore conservatore. In altri termini, qualora l'underinvestment degli amministratori, ovvero la tendenziale riduzione della loro propensione al rischio, abbia pregiudicato sia in termini di

danno emergente, che di lucro cessante, la società, questa potrà legittimamente esperire l'azione ex art. 2392 c.c.. Lo stesso deve dirsi dei creditori – fermo restando il rispetto dei presupposti ex art. 2394 c.c. – i quali abbiano ricevuto un danno dalla mancata valorizzazione del patrimonio sociale, in termini di maggiore soddisfazione della pretesa creditoria che avrebbero ottenuto se l'organo gestorio non avesse orientato la sua gestione in chiave conservativa. Queste considerazioni sono di cruciale importanza nel caso in cui l'impresa si trovi in una fase di turnaround. In questo caso, infatti, gli amministratori, impegnati nel tentativo di risanamento della società, sono chiamati ad adottare le cd. decisioni non strutturate di cambiamento¹¹⁹, le quali implicano per loro natura una certa alea di rischio e non sono, pertanto, compatibili con una di tipo conservativo. Fermo restando che anche gestione summenzionate decisioni, affinché possano in un secondo momento reputarsi legittime, dovranno essere adottate secondo le regole proprie dell'agire diligente: questo implicherà – oltre che l'espletamento di un test di risanabilità con esito positivo – non solo un corretto utilizzo in fase di ri-pianificazione degli assetti organizzativi preesistenti, ma anche, presumibilmente, un aggiornamento degli stessi in vista dei risultati della fase di ristrutturazione.

Riassumendo, è possibile ricostruire in via interpretativa, sia sulla base del dato positivo attualmente vigente, ma soprattutto alla luce delle novità che verranno introdotte in attuazione della l. 155/2017, tre fattispecie di responsabilità degli amministratori rispetto alla crisi¹²⁰:

A. LUCIANO, La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale, Milano, 2016. Si veda, altresì, P. DORIGATO e F. ALDRIGHETTI, Gestione della crisi e valutazione d'azienda in ipotesi di risanamento e di liquidazione, in Working paper SMEFIN, 2009.

¹²⁰ R. RORDORF, Doveri e responsabilità degli amministratori delle società di capitali in crisi, in Società, 2013; S. SANZO, La responsabilità nella (e per la) crisi, in AA. VV., Assetti adeguati e

- a) per averla provocata o aggravata;
- b) per non averne tempestivamente percepito i segnali o non avervi prontamente reagito;
- c) per aver erroneamente utilizzato gli strumenti necessari o utili a fronteggiarla.

È evidente che in ciascuna di queste ipotesi, l'adeguatezza degli assetti gioca un ruolo fondamentale ai fini della correttezza delle decisioni in tema di prevenzione e gestione della crisi, ben potendo ciascuna di queste fattispecie essere logicamente correlata ad una responsabilità da organizzativa. Tuttavia, proprio il inadeguatezza contesto "patologia" d'impresa suggerisce particolare cautela nell'imputazione di questo peculiare titolo di responsabilità, in quanto lo stato di crisi o d'insolvenza non è di per sé sufficiente a dimostrare la carenza di assetti organizzativi adeguati e, anche qualora un'inadeguatezza di tal genere possa ravvisarsi, questa non può automaticamente porsi in correlazione causale con lo stato di difficoltà in cui versa la società, anche in considerazione del fatto che tali situazioni sono spesso il risultato di una pluralità di concause che non rende agevole l'individuazione del "fattore scatenante".

Per quanto riguarda il punto di cui alla lettera a), un profilo emergente di particolare interesse, oggetto di recente attenzione giurisprudenziale¹²¹,

modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016; A. MAZZONI, La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale, in AA. VV., Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010; R. SACCHI, La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria, in Diritto societario e crisi d'impresa, U. TOMBARI (a cura di), Torino, 2014.

¹²¹ Trib. Milano, 26 febbraio 2016; Trib. Prato, 15 febbraio 2017, per cui "in tema di concorso della banca nei fatti dell'amministratore che danno luogo a responsabilità per concessione abusiva di credito, non è necessaria la prova che la banca fosse consapevole dello scopo perseguito

riguarda la configurabilità di una responsabilità delle banche – e, più in generale, dei finanziatori – in concorso con gli amministratori, per aver concesso del credito a una società priva della prospettiva di continuità aziendale, poi fallita, così aggravandone il dissesto. Una condotta di questo tipo andrebbe, infatti, a ledere il legittimo affidamento dei creditori sociali che dall'avvenuto finanziamento, potrebbero essere indotti a credere, erroneamente, che la società si trovi ancora in una situazione di continuità, così venendo il finanziatore ad integrare una vera e propria fattispecie di abusiva concessione di credito. La tendenza è, dunque, quella di riconoscere sempre più in capo ai creditori maggiormente qualificati - anche nell'interesse di quelli più deboli - il dovere di contribuire, nell'ordinario svolgimento della loro attività professionale, alla rilevazione di uno stato di difficoltà dell'impresa. Ciò è confermato dall'art. 17, 4° co., della bozza di codice della crisi e dell'insolvenza, laddove prevede che "al fine di contribuire alla tempestività delle segnalazioni prescritte dal presente articolo, gli istituti di credito e gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni negli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti".

Venendo, invece, al punto di cui alla lettera b), è importante non trascurare la portata del rinnovato ruolo degli organi di controllo, così come emerge dalla nuova disciplina delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi¹²². Le nuove attribuzioni del collegio

dell'amministratore; trattandosi di concorso a titolo di responsabilità extracontrattuale *ex* art. 2043 c.c., è, infatti, sufficiente che la condotta della banca sia connotata da colpa".

G. BERTOLOTTI, Responsabilità e poteri da allerta: uno scenario possibile per amministratori, sindaci e revisori contabili (anche alla luce del progetto Rordorf di riforma delle procedure concorsuali), in Crisi d'impresa e insolvenza, 2017; G. BUFFELLI, Il nuovo ruolo

sindacale – così come degli organi di controllo dei sistemi alternativi – avranno senz'altro delle implicazioni sul piano della responsabilità dei sindaci, non essendo questi più soltanto chiamati al monitoraggio della gestione, ma altresì a rendersi proattivi. Lo dimostra il dovere di verificare la sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario, di valutare il prevedibile andamento della gestione e, soprattutto, di segnalare immediatamente all'organo gestorio l'esistenza di fondati indizi della crisi. Anche per gli organi di controllo, così come è avvenuto per gli amministratori, al riconoscimento di maggiori poteri corrisponderà una maggiore responsabilizzazione. Sicuramente, in sede di contenzioso, la condotta dei sindaci dovrà ancora essere valutata alla luce del canone di diligenza ex art. 2407 c.c., tuttavia la bozza di codice della crisi e dell'insolvenza all'art. 17, 3° co., offre un'indicazione ulteriore laddove prevede che, una volta che sia inutilmente decorso il termine di 60 giorni che gli amministratori hanno a disposizione per intervenire dopo l'avvenuta segnalazione degli indici di allarme, "ferma restando la prosecuzione dell'esercizio delle loro funzioni, la tempestiva segnalazione all'organismo di composizione della crisi (da parte degli organi di controllo) costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dall'organo amministrativo in difformità dalle prescrizioni ricevute, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione". Bisogna inoltre considerare che l'esplicitazione degli indicatori di crisi, di cui all'art. 16 della suddetta bozza, agevolerà senz'altro il giudice nell'accertamento della legittimità dell'operato degli organi di controllo, così come dell'organo amministrativo, restando però

degli organi di controllo nel contesto delle procedure di allerta, in Il Fallimentarista, 25 ottobre 2017; SALAFIA, I sindaci e le relative responsabilità, in Soc., 2014; R. ROSAPEPE, La responsabilità degli organi di controllo nella crisi d'impresa, in Giur. comm., 2013.

da verificare se adeguati assetti organizzativi siano stati predisposti per consentirne la tempestiva rilevazione.

Relativamente al punto di cui alla lettera c)¹²³, infine, è evidente che questa fattispecie di responsabilità può configurarsi a fronte di un uso scorretto, tra gli altri, degli strumenti di risoluzione della crisi alternativi al fallimento. A ben vedere, tuttavia, sarà censurabile dal giudice non solo la condotta dell'organo gestorio che abbia ritardato il fallimento, aggravando il dissesto, mediante il ricorso ad un'opzione alternativa, quando ne difettavano manifestamente i presupposti, ma sarà possibile, altresì, contestare agli amministratori di aver lasciato fallire la società quando invece avrebbero potuto efficacemente fare ricorso a tali soluzioni alternative, così meglio salvaguardando il valore del patrimonio sociale e meglio soddisfacendo, di conseguenza, gli interessi dei creditori.

_

F. GUERRERA, Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi, in Fallimenti e società, 2013; F. NIEDDU ARRICA, Riorganizzazione societaria, risanamento dell'impresa e tutela dei creditori, in Fallimenti e società, 2012; G. LOMBARDI e P. D. BELTRAMI, I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi, in Giur. comm., 2011.

CONCLUSIONI

Il risultato più immediato di questa ricerca è senz'altro il riconoscimento dell'idoneità dell'organizzazione aziendale a configurarsi quale efficace strumento, tra quelli possibili, per la prevenzione e gestione della crisi d'impresa. Ciò, evidentemente, perché predisporre e verificare il funzionamento degli assetti organizzativi di una società, significa sottoporre il suo stato di salute a un continuo e costante monitoraggio, che è il primo passo per individuare i segnali di uno stato di sofferenza, o ancora meglio, per prevenirli, intercettando quelle aree in cui maggiore è la probabilità che si apra una falla nel sistema. L'informazione non solo è potere, ma deve accompagnarlo se si vuole che questo venga esercitato non solo efficacemente, ma anche legittimamente. Non può più essere tollerato l'esercizio d'impresa secondo quella "tecnica" che taluna dottrina ha definito "navigazione a vista", perché ciò implicherebbe giocare d'azzardo non solo con i valori della proprietà, ma con quelli di tutti coloro i cui interessi ruotano intorno all'iniziativa imprenditoriale. Di qui la particolare enfasi posta sulla pianificazione strategica, quale assetto organizzativo principe, sull'attuabilità del piano quale misura non solo del successo, ma, ancor prima, della sopravvivenza della società. Perché se è vero che i numeri non mentono, è pur vero che non possono dire tutta la verità. Proprio la nozione di crisi, ormai comune alla scienza aziendalistica e a quella giuridica, quale incapacità prospettica dei flussi di cassa a fronteggiare le obbligazioni assunte e pianificate, mediante l'ordinaria amministrazione, rende evidente come quando i conti non tornano, potrebbe già essere troppo tardi. I dati contabili, in primis quelli finanziari, possono essere un utile campanello di allarme, ma sono l'effetto e non la causa della crisi, da individuarsi, piuttosto, nell'insostenibilità di una determinata operazione o, peggio, del progetto imprenditoriale. Affinché questi vengano resi nuovamente sostenibili, onde evitare danno e, soprattutto, onde consentire la continuità dell'impresa nel prevedibile futuro, è necessario riallineare gli scostamenti sopravvenuti nella pianificazione aziendale, attraverso interventi correttivi mirati o, se serve, ripensando gli indirizzi strategici.

I protagonisti di questa attività cruciale per la vita dell'impresa sono, indiscutibilmente, gli amministratori, cui proprio gli assetti organizzativi di dedicarsi prevalentemente, addirittura consentono se non esclusivamente, all'esercizio delle funzioni di alta amministrazione. È un'adeguata organizzazione aziendale, infatti. che consente decentramento decisionale, sempre più frequente nelle società di mediegrandi dimensioni. Gli assetti, insieme ai flussi informativi di cui consentono la trasmissione, sono il "sistema circolatorio" dell'organismo societario, quello che consente la comunicazione tra i vari livelli decisionali e tra questi e il livello operativo.

Da non trascurare è, in ogni caso, il ruolo degli organi di controllo, cui la l. 155/2017 ha infuso nuova linfa, riconoscendogli un ruolo attivo nella prevenzione e nella gestione della crisi. Scelta quanto mai opportuna, soprattutto in un sistema capitalistico come quello italiano, frequentemente caratterizzato da una proprietà forte e concentrata, particolarmente influente sulle scelte degli amministratori.

Resta un terreno insidioso quello della responsabilità dell'organo gestorio. La presente trattazione condivide una qualificazione degli assetti organizzativi che ne esprima la duplice natura, contestualmente di presidio e oggetto delle scelte gestionali. La direzione in cui sta andando il nostro ordinamento, dopo la riforma Rordorf, è quella di una sempre maggiore specificazione del principio di adeguatezza degli assetti, che ha come risultato una riduzione dell'area di discrezionalità dell'amministratore e un ampliamento di quella del sindacato del giudice.

Tanto più l'attività imprenditoriale viene procedimentalizzata e le relative condotte tracciate, tanto meno le verifiche del giudice investiranno il merito della gestione, per investire invece la procedura, il modus operandi, con buona pace della business judgement rule. Il messaggio che, tuttavia, si è cercato di trasmettere nella presente trattazione è che il giudice, nel valutare la legittimità delle condotte, dovrebbe non perdere mai di vista l'impianto normativo così come il legislatore lo ha pensato e predisposto in materia di amministrazione delle società di capitali. A ben vedere, è un sistema le cui prescrizioni più significative vengono espresse per mezzo di clausole generali. Ciò lascia un certo margine di discrezionalità sia in capo al giudice che all'amministratore. Al primo perché è chiamato ad una necessaria operazione d'integrazione del loro contenuto mediante la tecnica del "rinvio a"; al secondo perché non specifica ex ante tutti i comportamenti dovuti, ivi compresi quelli relativi all'organizzazione aziendale. È evidente che non si tratta di una lacuna, bensì della presa di coscienza, da parte del legislatore, dell'ineliminabile alea di incertezza connaturata all'attività imprenditoriale, nonché della concreta specificità di ciascuna realtà d'impresa.

La complessità interna alla società è riflesso della complessità dell'ambiente esterno e inevitabilmente ne conseguono "patologie" aziendali che sono quasi sempre frutto di concause, per le quali non c'è quasi mai un rimedio univoco. Dunque, se non esiste un modello di condotta universalmente valido, né rispetto all'opzione organizzativa né rispetto alla gestione della crisi, allora deve essere garantito all'amministratore che, in sede di contenzioso, non verrà privato del suo "diritto a sbagliare", purché si dimostri che questi abbia diligentemente tentato di evitare l'errore.

Non è possibile per l'organo gestorio avere esatta contezza di come la sua condotta verrà valutata dal giudice, ma è opportuno che abbia almeno garanzia del fatto che questi effettui le verifiche del caso, avendo sempre presenti le circostanze che hanno determinato una certa decisione. Solo così sarà possibile conciliare l'obiettivo, da un lato, di disincentivare comportamenti gestori speculativi o negligenti, dall'altro, di consentire il libero esercizio dell'iniziativa imprenditoriale, con libera assunzione del relativo rischio (fisiologico).

BIBLIOGRAFIA

Monografie

AMADUZZI A., Il controllo integrato del sistema aziendale: budget integrato e modelli di pianificazione, Bari, 1970

BARACHINI, La gestione delegata nella società per azioni, Torino, 2008 BELCREDI M., Crisi d'impresa e ristrutturazione finanziaria, Milano, 1995

BRIZZI F., Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi, Torino, 2015

CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2014

CHIAPPETTA F., Diritto del governo societario, Assago, 2017 CONFORTI C., La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni, Milano, 2012

FAZZINI M. e ABRIANI N., Turnaround management: affrontare, gestire e risolvere la crisi d'impresa, Assago, 2011

FERRO C., Metodi e tecniche per la pianificazione aziendale, Roma, 1990

FLOREANI A., *Introduzione al risk management*, Milano 2005 FONTANA F. e CAROLI M., *Economia e gestione delle imprese*, Milano, 2013

FONTANA F., I meccanismi operativi aziendali, Roma, 1988
FUSA E., Budget e pianificazione aziendale, Milano, 2005
GUATRI L., Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore, Milano, 1995
GUATRI L. e BINI M., La valutazione delle aziende, Milano, 2007
HOFER C. W. e SHENDEL D., Strategy formulation: Analytical
Concepts, West Pub. Co., 1978

IRRERA M., Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali, Milano, 2005

LUCIANO A., La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale, Milano, 2016

MARCHI L., Revisione aziendale e sistemi di controllo interno, Milano, 2012

MELLA P., Lineamenti di economia aziendale, Pavia, 1987

MERNA T. e AL-THANI F., *Corporate risk management*, Chichester, 2005

PIEROTTI M., Il sistema di controllo integrato: esigenze strategiche delle moderne realtà aziendali, Milano, 2008

PRESTI G. e RESCIGNO M., *Corso di diritto commerciale. Società, II*, Bologna, 2011

RABITTI M., Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori, Milano, 2004

RAHL L., Risk budgeting: risk appetite and governance in the wake of the financial crisis, Londra, 2012

RICCIUTI C., Organizzazione aziendale, Padova, 2003

ROSSI R., Insolvenza, crisi d'impresa e risanamento. Caratteri sistematici e funzionali del presupposto oggettivo dell'amministrazione straordinaria, Milano, 2003

SIRLEO G., La crisi d'impresa e i piani di ristrutturazione, Profili economico-aziendali, Roma, 2009

SOTTORIVA C., Crisi e declino dell'impresa. Interventi di turnaround e modelli previsionali, 2012

SPIOTTA M., Continuità aziendale e doveri degli organi sociali, Giuffré, 2017

STANGHELLINI L., *La crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Bologna, 2007

TERRANOVA G., Stato di crisi e stato d'insolvenza, Torino, 2007 ZAMPERETTI G. M., Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni, Milano, 2005

Capitoli di monografie

ABBADESSA P., Profili topici della nuova disciplina della delega amministrativa, in ABBADESSA e PORTALE (diretto da), Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gianfranco Campobasso, II, Torino 2006

AMATUCCI C., Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule, in AA.VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016 BARAVELLI M., L'internal audit nella banca: profili critici e adeguatezza del sistema dei controlli interni, in L'internal audit nelle banche, a cura di M. Baravelli e A. Viganò, Roma, 2000 BIANCHI G., I flussi informativi, in AA.VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016 BIANCHI G., Le procedure aziendali, in AA.VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016 BRUNETTI G., Le crisi d'impresa tra prevenzione e superamento. Un punto di vista aziendale, in AA.VV., Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali: atti del convegno, Milano, 2006 DE NICOLA A., sub art. 2392, in Commentario alla riforma delle società, diretto da P. G. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, e M. Notari, Milano, 2005

DE NICOLA A., sub art. 2394, in Commentario alla riforma delle società, diretto da P. G. Marchetti, L. A. Bianchi, F. Ghezzi, e M. Notari, Milano, 2005

DE MARI M., Gli assetti organizzativi societari, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016

DENOZZA F., L'interesse sociale tra "coordinamento" e "cooperazione", in AA.VV., L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders, in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Atti del convegno, Milano, 2009

DONGIACOMO G., Insindacabilità delle scelte di gestione, adeguatezza degli assetti ed onere della prova, in AMATUCCI (a cura di),

Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice.

Un'analisi comparatistica della business judgment rule, Milano, 2014

FOIS C., L'interesse sociale tra teorie dello sviluppo dell'impresa e teoria del rischio, in AA.VV., L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders, in ricordo di Pier Giusto Jaeger, Atti del convegno, Milano, 2009

FORTUNATO S., Commento all'art. 2409-septies, in G. NICCOLINI – A. STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), Società di capitali, Commentario, Napoli, Jovene, 2004

GUERRERA F., Compiti e responsabilità degli amministratori nella gestione dell'impresa in crisi, in La governance nelle società di capitali, VIETTI (a cura di), Milano, 2013

KUTUFA' I., Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria, in AA.VV., Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber amicorum Antonio Piras, Torino 2010

LIBONATI B., Creditori sociali e responsabilità degli amministratori nelle società di capitali, in Il nuovo diritto societario, ABBADESSA e PORTALE (a cura di), Torino 2007

MAZZONI A., La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale, in AA. VV.,

Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010

MERUZZI G., L'adeguatezza degli assetti, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016

MERUZZI G., Rilievi parasistematici sul fondamento e sui limiti di costituzionalità delle clausole generali nel diritto societario, in Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero, volume I, I diritti fondamentali fra concetti e tutele, Napoli, 2014

MIGLIETTA A., La pianificazione quale strumento di controllo economico e finanziario della gestione aziendale, in Economia aziendale, A. AMADUZZI (a cura di), Bari, 1988

MIOLA M., Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza, in AA.VV., Studi in onore di U. Belviso, I, Bari, 2011 MONTALENTI P., I doveri degli amministratori, degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi, in Diritto societario e crisi d'impresa, U. TOMBARI (a cura di), Torino, 2014

MONTALENTI P., Corporate governance e "sistema dei controlli", in AA.VV., Corporate governance e "sistema dei controlli" nella s.p.a., U. TOMBARI (a cura di), Torino, 2013

MONTALENTI P., I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016

MOZZARELLI M., Appunti in tema di rischio organizzativo e procedimentalizzazione dell'attività imprenditoriale, in AA. VV., Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010

POLICARO G. A., *Il collegio sindacale*, in AA. VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016

RABITTI M., Responsabilità da deficit organizzativo, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016

RIOLFO G., Assetti e modelli organizzativi della società per azioni: il ruolo degli organi societari nei sistemi alternativi di amministrazione e controllo, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016

RIOLFO G., Assetti e modelli organizzativi della società per azioni: i flussi informativi, in AA.VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016

SACCHI R., La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria, in Diritto societario e crisi d'impresa, U. TOMBARI (a cura di), Torino, 2014

SANZO S., La responsabilità nella (e per la) crisi, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016

SOTTORIVA C., Lo stato di crisi dell'impresa: lineamenti della fattispecie, in AA.VV., Crisi d'impresa e ristrutturazione del debito, L. F. FRANCESCHI e D. TEDESCHI (a cura di), Milano, 2014 TOFFOLETTO A., Amministrazione e controlli, in AA.VV., Diritto delle società di capitali, Manuale breve, Milano, 2003

VASSALLI F., L'art. 2392 novellato e la valutazione della diligenza degli amministratori, in SCOGNAMIGLIO (a cura di), Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società, Milano, 2003 ZANARDO A., La ripartizione delle competenze in materia di assetti organizzativi in seno al consiglio di amministrazione, in AA. VV., Assetti adeguati e modelli organizzativi, M. Irrera (opera diretta da), Bologna, 2016

ZOPPINI A., Emersione della crisi e interesse sociale, in Diritto societario e crisi d'impresa, U. TOMBARI (a cura di), Torino, 2014

Articoli di periodici

ABETE L., La responsabilità ex art. 2486 c.c.: brevi spunti, in Soc., 2014 BACCETTI N., La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento, in Rivista delle società, 2016

BAINBRIDGE S. M., Much ado about little? Directors' fiduciary duties in the vicinity of insolvency, in Journal of Business and Technology Law, 2006

BERTOLOTTI G., Responsabilità e poteri da allerta: uno scenario possibile per amministratori, sindaci e revisori contabili (anche alla luce del progetto Rordorf di riforma delle procedure concorsuali), in Crisi d'impresa e insolvenza, 2017

BIANCHI G., IANNACONE A., PARADISO C., SILVA G., VERNIA G., Controllo dei sindaci sull'amministrazione e, in particolare, sull'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sulla gestione dei rischi aziendali, in Rivista dei Dottori Commercialisti, 2015

BRIZZI F., Responsabilità gestorie in prossimità dello stato d'insolvenza e tutela dei creditori, in Riv. dir. comm., 2008

BUFFELLI G., Il nuovo ruolo degli organi di controllo nel contesto delle procedure di allerta, in Il Fallimentarista, 25 ottobre 2017

BUONOCORE V., Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile, in Giur. Comm., 2006

CAGNASSO O., Brevi note in tema di delega di potere gestorio nelle società di capitali, in Soc., 2003

CESIANO D., L'applicazione della << Business Judgment Rule>> nella giurisprudenza italiana, in Giur. Comm., 2013

COLAVOLPE A., In tema di responsabilità individuale dell'amministratore di s.p.a. privo di delega, in Soc., 2011 CORSI F., Crisi, insolvenza, reversibilità, temporanea difficoltà,

risanamento: un nodo irrisolto?, in Fall., 2002

D'ATTORRE G., Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in Rivista delle società, 2017

DE CESARI P., La proposta di direttiva sulla ristrutturazione preventiva: principi e obiettivi, in Fall., ottobre 2017

DE MARI M., Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali, in Nuovo dir. soc., 2009

DE SENSI V., Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria, in Rivista delle Società, 2017

DORINI L., *Crisi d'impresa, vi spiego perché la parola fallimento non mi mancherà*, in *Il Sole 24ore*, 28 ottobre 2017

FABIANI M., Fondamento e azione per la responsabilità degli amministratori di s.p.a. verso i creditori sociali nella crisi dell'impresa, in Fallimenti e società, 2015

FAUCEGLIA G., L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future, in Il Fallimento, 2009

FERRI G., L'amministrazione delegata nella riforma, in Riv. dir. Comm., 2003

FITTANTE A., Il ddl delega della Commissione Rordorf: una riforma organica della crisi d'impresa, in Il Fallimentarista, 2016
FORTUNATO S., Il «sistema dei controlli» e la gestione dei rischi (a quindici anni dal T.U.F.), in Rivista delle Società, 2015

GALLETTI D., L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso d'insolvenza, in Il Fallimentarista, 27 settembre 2012

GUERRERA F., Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi, in Fallimenti e società, 2013

IRRERA M., Gli obblighi degli amministratori di società per azioni tra vecchie e nuove clausole generali, in Riv. dir. Soc., 2011

IRRERA M., L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati, in Nuovo dir. soc., 2009

KEAY A. e ZHANG H., Incomplete contracts, contingent fiduciaries and a director's duty to creditors, in Melbourne University Law Review, 32.1, 2008

KEAY A., Directors' duties to creditors: contractarian concerns relating to efficiency and over-protection of creditors, in The Modern Law Review, 66.5, 2003

LAMANNA F., La riforma concorsuale in progress: dalla legge delega alla sua (rapida) attuazione, in Il Fallimentarista, 2017

LO CASCIO G., La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia, in Fall., dicembre 2017

LOMBARDI G. e BELTRAMI P. D., I criteri di selezione della procedura più adatta al risanamento di un'impresa in crisi, in Giur. comm., 2011 LUCIANO A., Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo delle società bancarie e non, in Riv. dir. comm., 2017

MARCELLO R., L'accertamento della continuità aziendale nella crisi d'impresa: metodologie e prassi professionale, in Società e Contratti, Bilancio e Revisione, ottobre 2015

MAUGERI, Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria), in rivistaodc.eu, 2014

MENARDO N., La responsabilità penale omissiva degli amministratori privi di delega, in Diritto penale contemporaneo, 2015

MONDINI P. F., Il ruolo dell'organo di controllo nelle nuove regole sulla corporate governance e sul sistema dei controlli interni, in Banca impresa società, 2015

MONTALENTI P., La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale, in Rivista di diritto societario, Torino, 2011

MONTALENTI P., Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law, in Il Mulino – Rivisteweb, 2015

MONTALENTI P., Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma, in Riv. soc., 2013

MONTALENTI P., L'amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario, in Giur. comm., 2003

MONTALENTI P., La responsabilità degli amministratori nell'impresa globalizzata, in Giur. comm., 2005

MONTELLA G., Ristrutturazione preventiva e doveri dei dirigenti nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016, in Fall., ottobre 2017 NIEDDU ARRICA F., Riorganizzazione societaria, risanamento dell'impresa e tutela dei creditori, in Fallimenti e società, 2012 NIGRO A., "Principio" di ragionevolezza e regime degli obblighi e della responsabilità degli amministratori di s.p.a., in Giur. Comm., 2013 PALAZZOLO A., Responsabilità degli amministratori per errata programmazione finanziaria e per la prosecuzione dell'attività dopo il

PATTI A., La determinazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità per la perdita del capitale sociale: quale criterio?, in Fall., 2013

verificarsi di una causa di scioglimento; criteri di quantificazione del

danno risarcibile, in Dir. fall., 2012

PEROTTA R. e BERTOLI L., Assetti organizzativi, piani strategici, sistema di controllo interno e gestione dei rischi. La corporate governance a dieci anni dalla riforma del diritto societario, in Rivista dei Dottori Commercialisti, 2013

PISCITELLO P., La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e <
business judgment rule>>, in Riv. soc., 2012

PURSEY H., VAN OOSTERHOUT J. and KAPTEIN M., Foundation and applications for contractualist business ethics, in Journal of Business Ethics, 2006

QUAGLI A., Il concetto di crisi di impresa come incontro tra la prospettiva aziendale e quella giuridica, in Crisi d'impresa e fallimento, 2 febbraio 2016

ROMEO F., Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale: dalle clausole generali alla procedimentalizzazione dell'informazione, in Resp. civ., 2012

RORDORF R., Doveri e responsabilità degli amministratori delle società di capitali in crisi, in Società, 2013

ROSAPEPE R., La responsabilità degli organi di controllo nella crisi d'impresa, in Giur. comm., 2013

SACCHI R., Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato, in Giur. Comm., 2008

SALAFIA V., Gli organi delegati nell'amministrazione delle s.p.a., in Soc., 2004

SALAFIA V., I sindaci e le relative responsabilità, in Soc., 2014 SALVATO L., Azioni sociali di responsabilità ed iniziative nei confronti dei terzi danneggianti, in Fall., 2009

SANDULLI M., I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa, in Fall. 2009

SCOGNAMIGLIO G., Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo), in Banca Borsa e Titoli di Credito, 2010

SERAFINI S., L'azione sociale di responsabilità e la responsabilità verso i creditori, in Riv. dir. comm., 2011

VICARI A., I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa, in Giur. Comm., 2013

ZARDKOOHI A., HARRISON J.S. and JOSEPHY M.A., Conflict and confluence: the multidimensionality of opportunism in principal—agent relationships, in Journal of Business Ethics, 2017

Letteratura grigia

Guida Operativa del CNDCEC, Attività di vigilanza del collegio sindacale delle società non quotate nell'ambito dei controlli sull'assetto organizzativo, maggio 2015

Documento 570 approvato dalla Commissione per la Statuizione dei Principi di Revisione e ratificato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e dal Consiglio Nazionale dei Ragionieri rispettivamente il 24/10/2007 ed il 17/10/2007, nonché adottato dalla Consob con delibera n. 16231 del 21/11/2007

Fondazione Nazionale dei Commercialisti, *Crisi d'impresa e insolvenza* nella prospettiva aziendale e giuridica alla luce delle riforme in itinere, Roma, 2017

Norme di comportamento del collegio sindacale, *Principi di* comportamento del collegio sindacale di società non quotate, settembre 2015, CNDCEC

Legislative Guide on Insolvency Law, Part Four, UNCITRAL, 2013

Documenti in rete

DORIGATO P. e ALDRIGHETTI F., Gestione della crisi e valutazione d'azienda in ipotesi di risanamento e di liquidazione, in Working paper SMEFIN, 2009

TREZZI S., *La pianificazione aziendale*, Tesi di Dottorato di ricerca in Economia e Strategia Aziendale Ciclo XXII, presso la facoltà di Economia dell'Università degli Studi di Milano Bicocca, relatore prof. M. SAITA, Anno Accademico 2008 – 2009

I processi di gestione del rischio, sito Borsa Italiana, 4 giugno 2010