

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra: Diritto delle Crisi d'impresa

**Doveri e responsabilità degli  
amministratori alla luce del nuovo Codice  
della Crisi d'impresa**

Prof. Vincenzo De Sensi

---

RELATORE

Prof. Stefano Ambrosini

---

CORRELATORE

Gianpaolo Pascone - 137943

---

CANDIDATO

Anno Accademico: 2019/2020



## SOMMARIO

INDICE.....	3
INTRODUZIONE.....	5
Capitolo I. Nuovo assetto organizzativo della governance.....	7
1. Nuovo art. 2086 comma 2 e disciplina previgente. Le modifiche al Codice civile .....	7
2. Le misure di allerta e la tempestiva rilevabilità dello stato di Crisi .....	13
2.1. Le misure di allerta nell'ordinamento francese: confronto con l'ordinamento nazionale.....	23
3. Doveri degli amministratori di società al crepuscolo .....	29
3.1. Doveri verso i creditori .....	34
3.2. Doveri verso la società.....	36
4. Azione di responsabilità contro gli amministratori e gli organi di controllo nelle società in liquidazione .....	40
5. Il riparto di competenze tra consiglio di amministrazione e collegio sindacale nel fallimento.....	45
Capitolo II: La responsabilità nella gestione degli amministratori .....	50
1. Il dovere organizzativo del consiglio di amministrazione: i criteri di diligenza generale.....	50
2. La responsabilità degli amministratori per assetti inadeguati o mancanti: <i>deficit</i> organizzativo .....	58
3. <i>Business Judgment Rule</i> : ambito di applicazione e limiti .....	65
3.1. La giurisprudenza delle Corti del <i>Delaware</i> .....	74
4. Il dovere conoscitivo-preliminare nella fase pre-insolvenza.....	76
5. La (ri-)pianificazione e il dovere di risanamento e continuazione dell'impresa .....	82
Capitolo III: Il problema a livello europeo tra applicazione del diritto fallimentare e societario .....	90
1. Il Regolamento n. 1346/2000: ambito di applicazione ed oggetto.....	90
2. Il Regolamento n. 848/2015: sviluppi comunitari sull'insolvenza.....	95
3. Criteri di collegamento per la giurisdizione interna .....	98

4. La Proposta di Direttiva della Commissione del 2016 e la Direttiva <i>Insolvency</i> del 2019 .....	104
5. La <i>rescue culture</i> nell'ordinamento statunitense ed europeo .....	109
6. Applicazione della responsabilità degli amministratori a società estere .....	111
CONCLUSIONE .....	117
Indice Bibliografico .....	122
Giurisprudenza.....	131

## INTRODUZIONE

Il presente elaborato ha come oggetto centrale la disamina dei doveri degli amministratori nel momento in cui si verifichi una causa di dissesto dell'impresa, alla luce della lettura del nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (di seguito CCII). La tesi, in particolare, vuole concentrarsi sui doveri che devono rispettare gli amministratori nella fase dell'impresa che anticipa l'insolvenza (c.d. *twilight zone*) i quali presentano dei caratteri del tutto innovativi rispetto a quanto previsto dalla previgente Riforma societaria del 2003, a partire da quanto ha introdotto il Disegno di Legge approvato dalla Camera dei Deputati il 1 febbraio 2017 n. 3671- *bis* (c.d. Riforma *Rordorf*). Nel primo capitolo verrà analizzato come si sono modificati i criteri sulla costituzione di un assetto amministrativo, organizzativo e contabile di cui all'art. 2086, comma 2 grazie alle modifiche apportate dal nuovo CCII, analizzando le intenzioni dei due legislatori, del 2003 e del 2017, nel modo di interpretare l'assetto come adeguato, ovvero il passaggio da un assetto "statico" ad uno "dinamico".

In detto nuovo contesto hanno assunto ruolo fondamentale i c.d. "strumenti di allerta" i quali vedono il coinvolgimento non soltanto dell'organo amministrativo ma anche del collegio sindacale e revisore legale dei conti, permettendo agli assetti di essere lo strumento attraverso il quale percepire una possibile crisi dell'impresa e allo stesso tempo, essere utilizzati al fine di attivare tempestivamente quei rimedi giuridici che permettono di superare la crisi e salvaguardare la continuità aziendale.

Il secondo capitolo dell'elaborato tratta nello specifico dell'evoluzione dei criteri di corretta amministrazione che nel tempo si sono consolidati come clausole di carattere generale al fine di tracciare il perimetro entro il quale chi amministrata una società deve muoversi e le conseguenti responsabilità che derivano dal mancato rispetto di detti criteri. Nel corso della trattazione verrà esaminata anche la regola nata dalla prassi aziendalistica della c.d. *business judgement rule* al fine di individuare quali condotte rientrino nel suo ambito applicativo e, nello specifico, quali siano le scelte gestionali di ri-pianificazione nella fase di pre-insolvenza che il giudice, invece, dovrà sindacare. Questa disamina è effettuata attraverso un esame comparatistico della giurisprudenza delle Corti *Deleware* al fine di comprendere

quali siano stati gli sviluppi di tale prassi prima che entrasse a far parte del nostro ordinamento.

Infine, verrà affrontata la questione delle responsabilità degli amministratori di società estere che hanno la residenza in Italia e viceversa, attraverso lo studio dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia e i criteri di collegamento previsti inizialmente dal Regolamento n. 1346/ 2000 e successivamente nella sua rifusione nel Regolamento n. 848/ 2015, sino alla recentissima Direttiva Europea 1023/2019 (c.d. Direttiva *Insolvency* ) al fine di comprendere quali siano le norme rientranti nell'ambito applicativo della *lex societatis* e quali nella *lex concursus* in base allo sviluppo della nuova cultura al risanamento che il Legislatore europeo ha voluto impartire nei vari Stati Membri.

## I. NUOVO ASSETTO ORGANIZZATIVO DELLA GOVERNANCE

**SOMMARIO:** 1. Nuovo art. 2086 comma 2 c.c. e disciplina previgente. Le modifiche al Codice civile – 2. Le misure di allerta e la tempestiva rilevabilità dello stato di crisi- 2.1. Le misure di allerta nell'ordinamento francese: confronto con l'ordinamento nazionale-3. Doveri e responsabilità di amministratori di società al crepuscolo- 3.1 Verso i creditori- 3.2 Verso la società- 4. Azione di responsabilità contro gli amministratori e gli organi di controllo di società in liquidazione- 5. Il riparto di competenze tra C.d.a. e Collegio sindacale nel fallimento

### **1. Nuovo art. 2086 comma 2 e disciplina previgente. Le modifiche al Codice civile**

L'art. 375 del nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza (D.lgs. n. 14/2019), ha aggiunto un secondo comma all'art. 2086 c.c.<sup>1</sup> - con il quale si dispone che *«L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, 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»*.

Si introduce quindi un vero e proprio obbligo dell'imprenditore di adottare adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili finalizzati a monitorare ed eventualmente rilevare situazioni che rientrano nella patologia dell'impresa, come sono le crisi di carattere reddituale o crisi di carattere patrimoniale, che potrebbero sfociare anche in una crisi finanziaria. Tale dovere ha quindi una valenza che si trasmette direttamente nei confronti dei soci, ovvero per garantire loro il miglior controllo dell'andamento societario e indirettamente nei confronti dei creditori al fine di preservare la continuità aziendale dalla quale, secondo la *ratio* del nuovo CCII, otterranno un miglior soddisfacimento.

Il legislatore, nel Codice della Crisi, ha stabilito anche l'ambito di applicazione della nuova disciplina dell'art. 2086 indicando come suscettibili di applicarla all'art. 3 CCII innanzitutto gli imprenditori individuali prevedendo che:

---

<sup>1</sup> Rubricato prima come *Direzione e gerarchia dell'impresa*, ora *Gestione dell'impresa*

*«l'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte»*, dall'altra parte, quello collettivo *«deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'art. 2086 del Codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione delle idonee iniziative»*.

Si può cogliere come vi sia una differenza sostanziale rispetto alla previgente disciplina del medesimo articolo, il cui ambito è più circoscritto alle ipotesi di imprenditore collettivo; tanto è vero che all'imprenditore individuale l'art. 3 CCII fa esclusivo riferimento allo stato di crisi e all'assunzione di idonee iniziative non specificandone il carattere sostanziale, mentre l'art. 2086 c.c. prevede l'adozione di un assetto organizzativo adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale.

La modifica dell'art.2086 c.c. ha influito sulla riforma di altri articoli del Codice civile indicati in una apposita sezione del nuovo Codice della Crisi e dell'insolvenza chiamata *«Modifiche al Codice civile»*, in particolare l'art. 377 ha modificato gli assetti organizzativi andando ad incidere in particolare su tutti i tipi societari previsti dai nuovi artt. 2257, 2380- bis, 2409-novies e 2475 c.c.

Una tesi interpretativa sostiene che sebbene adesso il legislatore abbia previsto che la "gestione" in tutti i tipi societari spetti agli amministratori, vada intesa come una forma di responsabilizzazione di questi ultimi nel predisporre adeguati assetti organizzativi ed alla pronta reazione ad una eventuale crisi.

Tale lettura collocherebbe quindi queste norme nella attività interna di modelli societari come le S.r.l. e le società di persone, ma non esplicherebbe alcun effetto sugli atti di gestione che continuerebbero ad essere disciplinati dalle norme previgenti a seconda del regime legale e modello statutario scelto.

Altri autori, invece, hanno sostenuto come uno degli obiettivi della prospettiva data dal CCII sia quella di adeguare la gestione interna non solo alle società con azionariato diffuso, ma anche a modelli societari come le S.r.l attraverso la scomposizione dell'organo amministrativo nell'agire in due momenti: quello dell'operatività della gestione attraverso i c.d. amministratori delegati e quello della

valutazione *ex post* in capo all'organo operativo, con la finalità di ottimizzare la struttura interna degli assetti ad ogni modello statutario scelto<sup>2</sup>.

Sembra doversi accogliere quest'ultima interpretazione in quanto tale nuova normativa ha anche ristabilito un avvicinamento delle S.r.l. alle S.p.a. attraverso sia la possibilità del Consiglio di amministrazione di esercitare il potere di delega - incentivando l'attività di governance interna e andando a colmare una delle lacune che caratterizzavano le scarse norme in tema di amministrazione poste dalla riforma del diritto societario nel 2003 (art. 2475 comma 5 c.c.) - e sia (re)introducendo l'azione di responsabilità dei creditori sociali (art. 2409 c.c.) ed incentivando il continuo scambio di informazioni tra gli organi di gestione e di controllo (art. 2409 *septies c.c.*).

Direttamente collegato all'art. 2086 c.c. è il nuovo art. 12 del Codice della crisi laddove si cristallizza l'interrelazione tra organizzazione interna dell'imprenditore e prevenzione della crisi, ponendo la prima a servizio della seconda. Gli obblighi (o presidi) organizzativi interni costituiscono infatti strumenti di allerta volti alla tempestiva emersione dello stato di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione. In particolare, secondo il Codice della crisi gli strumenti di allerta (c.d. *early warning tools* secondo la terminologia anglosassone) sono costituiti:

- 1) dagli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore di cui all'art. 2086 c.c.
- 2) dagli obblighi di segnalazione posti a carico degli organi di controllo societari, revisore contabile e società di revisione (c.d. allerta interna)
- 3) dagli obblighi di segnalazione, posti a carico dei creditori pubblici qualificati, intendendosi per tali ai sensi dell'art. 15 CCII l'Agenzia delle Entrate, l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale e l'agente della riscossione (c.d. allerta esterna).

L'inerzia nell'attivazione dei presidi organizzativi, per i quali si deve comunque ritenere imprescindibile il principio della proporzionalità alle dimensioni ed alla complessità dell'impresa, determina, non soltanto la conseguente assunzione

---

<sup>2</sup> P. BENAZZO, *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?* in *Riv. Rivista delle società*, 2019, pagg. 1 ss.

di responsabilità, ma anche il rischio dell'impercorribilità delle misure di composizione assistita della crisi con la conseguenza di un esito negativo delle medesime<sup>3</sup>.

Nella disciplina previgente vi erano già delle norme nel Codice civile, che seppure afferenti alla materia contabile, vertevano sul principio di prospettiva della continuità aziendale che sta alla base dell'istituzione degli assetti organizzativi.

A cominciare dall'art.2423-*bis* c.c. il quale impone agli amministratori, nel redigere il bilancio, di effettuare una valutazione delle voci «*secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività*» lasciando presupporre che questi, almeno al termine dell'esercizio, debbano essere a conoscenza di un eventuale stato di crisi dell'impresa. Lo stesso si deve dedurre dall'art.2428 c.c. il quale prevede che la relazione sulla gestione degli amministratori 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 ed incertezze a cui la società è esposta*»<sup>4</sup>. Ed ancora sulla funzione degli organi di gestione e controllo l'art. 2403 c.c. in tema di controlli da parte del Collegio Sindacale, indicava già nella disciplina previgente alla riforma che lo stesso «*vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento*» così come l'art. 2381 c.c. in tema di amministratori nel terzo comma, già precisava che «*Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni*

---

<sup>3</sup> FICO D., *Le modifiche del diritto Societario volte a favorire l'emersione anticipa della crisi*, in *Il Fallimentarista*, Focus del 8 maggio 2019, pagg 2-3.

<sup>4</sup> 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 interrompere 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*»

*ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione» ed ancora al quinto comma «Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e 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 operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate».<sup>5</sup>*

Quello che la riforma del Codice della crisi si propone non è più una cultura volta alla semplice liquidazione dei cespiti patrimoniali qualora venga dichiarato il fallimento, ma partendo da un principio già noto nell'ordinamento statunitense (c.d. *rescue culture*) incentivare il debitore, avvalendosi degli organi di cui dispone la società, a preservare la continuità aziendale e il valore di avviamento, nell'ottica di considerare tale come valore fondamentale di un'attività di impresa utilizzando la liquidazione come *extrema ratio* come metodo residuale per il soddisfacimento del ceto creditorio. Come si dirà nel prosieguo, quindi, la segnalazione di una probabile situazione patologica, che possa incidere sulla continuità, non spetterà esclusivamente agli amministratori, ma anche gli altri organi facenti parte della *governance* di impresa - organi di controllo societari, revisori contabili e società di revisione - attraverso un riparto di competenza prestabilito che individua quali operazioni rientrino nella funzione dei diversi organi, per cooperare in modo continuo sul buon andamento dell'impresa.

La riforma societaria del 2003 aveva già introdotto la nozione di "assetto organizzativi" nel Codice civile senza darne una definizione ma facendo un mero rinvio verso alcuni principi fondamentali della scienza aziendalistica, a volte da questi mutandola in norme, a volte da questi facendo un rinvio alle clausole generali.

---

<sup>5</sup> CECCHERINI E. *L'imprenditore deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi: riflessioni sul riformato art. 2086 c.c.*, in Riv. Il Fallimentarista, 18/10/2019

Tali assetti organizzativi si dividono in tre tipi: organizzativo, amministrativo e contabile. Tale suddivisione trova esplicito riferimento nelle norme del Codice in quanto il profilo organizzativo attiene al momento “funzionale”<sup>6</sup> riferendosi all’esercizio delle prerogative poste in capo ai vari soggetti e la definizione si trova all’art 2043 c.c. – come visto in precedenza- nelle norme di comportamento del collegio sindacale. Quanto all’assetto amministrativo esso «*identifica l’insieme delle procedure dirette a garantire l’ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi nelle quali le stesse si articolano*», mentre l’assetto contabile si riferisce «*al sistema di rilevazione dei fatti di gestione*».

Taluna dottrina ha efficacemente definito gli assetti organizzativi 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*»<sup>7</sup>.

Gli assetti organizzativi, infine, hanno una funzione statica e dinamica: la funzione statica è possibile riscontrarla negli organigrammi, manuali interni e mansionari e tutto ciò che attiene alla funzione estrinseca; la funzione dinamica invece dipende dal grado di flessibilità della struttura organizzativa ma anche dalla capacità degli organi di prevedere il mutamento e di saper quindi redigere piani aziendali prospettici idonei. Ne consegue che, quando l’art. 2086 c.c. impone di adottare ed attuare gli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale, funzione specifica ma non certo esclusiva dell’assetto organizzativo, amministrativo e contabile il riferimento va fatto non solo agli strumenti di allerta e agli indicatori della crisi, di cui agli artt. 12 ss., D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che saranno introdotti a partire da settembre

---

<sup>6</sup> ASSONIME, *Le nuove regole societarie sull’emersione anticipata della crisi di impresa e gli strumenti di allerta*, Circolare n. 19 del 2 agosto 2019, 2: «*Per assetti organizzativi si intende far riferimento agli aspetti statico-strutturali dell’organizzazione dell’impresa nel senso di configurazione di funzioni e competenze (funzionigramma), poteri e responsabilità (organigramma)*»

<sup>7</sup> DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in. *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, M. IRRERA (opera diretta da), Bologna, 2016.

2021, ma anche agli strumenti indicati nell'art. 2381<sup>8</sup> c.c. Quindi l'art. 2086 c.c. diventa norma di immediata e soprattutto di concreta applicazione senza dovere attendere l'introduzione dei su menzionati strumenti di allerta

Ne discende la conclusione secondo cui il fine ultimo dell'obbligo di istituzione di assetti adeguati deve essere ricercato non nell'efficiente esecuzione da parte dei gestori dell'incarico di conseguimento di un lucro, bensì nella protezione dell'affidamento del mercato nell'organizzazione d'impresa, affinché questa non assuma rischi superiori a quelli giustificati dall'attività svolta. In una parola, potrebbe dirsi che il valore protetto è la sostenibilità dell'impresa, là dove organizzata in termini formali: nell'ottica della tutela dei terzi investitori, dei finanziatori esterni, dei creditori e di tutti coloro cui viene richiesto di dare fiducia all'organizzazione e presso i quali questa intende approvvigionarsi, ottenendo risorse produttive.

Ed è verso tale categoria di soggetti che sembra dirigersi, più a monte, lo stesso generale dovere di correttezza degli amministratori, inteso ad assicurare che il rischio assunto sia sempre quello autorizzato, appunto, dalla sostenibilità dell'impresa gestita e prima ancora organizzata. Volendo usare il linguaggio economico, si può dire che la norma, allo scopo di garantire il mantenimento della fiducia del mercato verso le imprese, affronta i problemi di agenzia intercorrenti, non tra amministratori e soci, bensì tra imprenditore e soggetti esterni che a vario titolo investono nell'impresa stessa, riducendo il pericolo che il primo si ponga in una situazione di fatto implicante l'assunzione di comportamenti contaminati dal c.d. *moral hazard* a discapito dei secondi.<sup>9</sup>

## **2. Le misure di allerta e la tempestiva rilevabilità dello stato di Crisi**

Le procedure di allerta e di composizione della crisi<sup>10</sup> rappresentano la maggiore novità della riforma e la loro identificazione sarà strumentale per il

---

<sup>8</sup> L'art. 2381 - preesistente - indica che è essenziale rilevare il generale andamento della gestione e la sua prevedibile evoluzione, occorrendo attraverso piani strategici, industriali e finanziari della società, quindi elaborando progetti o programma di sviluppo di fattura contabile.

<sup>9</sup> E. GINEVRA / C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire adeguati assetti ex art.2086 c.c.* in Riv. Il Fallimentarista, 2019

<sup>10</sup> Art. 12-25 Codice della Crisi di impresa

prosiegua di questa trattazione essendo regolate dall'assetto di *governance* interno della società.

Si tratta di misure che sono finalizzate all'emersione anticipata della crisi sul presupposto che l'intervento nella sua fase prodromica (la c.d. *twilight zone*) possa più facilmente consentire condizioni di salvataggio dell'impresa prima dell'insorgere dell'insolvenza. Nello specifico è stata predisposta una disciplina che nel caso di specie si articola in due fasi: la prima di allerta vera e propria in cui sono indicati i soggetti coinvolti nelle procedure di *alerting* all'emergere di determinati indicatori della crisi e la seconda in cui sono disciplinate le procedure di composizione assistita della crisi attraverso l'assistenza di due specifici organismi, l'OCRI e l'OCC.

La nascita di una tale disciplina non è casuale, ma trova la sua origine a livello internazionale nelle indicazioni da parte Uncitral e Banca mondiale, nonché dell'Unione Europea a predisporre misure di «*early warning*» per l'anticipazione della crisi<sup>11</sup>. All'interno del nostro ordinamento l'introduzione di misure di allarme finalizzate a far emergere tempestivamente la crisi era già stata oggetto di attenzione e di studio da parte della Commissione presieduta dall'avvocato Trevisanato, insediatasi nel novembre 2001 presso il Ministero di Giustizia per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi, i cui lavori però non videro mai la luce.

Ciononostante, ai fini della presente indagine, appare senza dubbio utile e opportuno ripercorrerne, seppur brevemente, i contenuti in quanto il più recente progetto di riforma elaborato dalla Commissione Rordorf riprende per buona parte le soluzioni elaborate agli inizi degli anni duemila.

Al fine di «*favorire l'emersione tempestiva della crisi d'impresa e l'attivazione delle iniziative volte a porvi rimedio*», la Commissione Trevisanato aveva posto l'attenzione sul concetto di crisi d'impresa anziché su quello di imprenditore in crisi, da intendersi in senso oggettivo, ed era passata dalla tradizionale impostazione liquidatoria, tesa a disciplinare solo le conseguenze della

---

<sup>11</sup> Nello specifico a livello Europeo va segnalato il Reg. 848/2015, la Proposta di Dir. UE 2016/359 nonché la recentissima Dir. UE 2019/1023 del 26 giugno 2019 (c.d. *Direttiva Insolvency*)

crisi, alla sua prevenzione attraverso strumenti giuridici idonei a far emergere tempestivamente la crisi, con particolare attenzione rivolta alle soluzioni concordatarie, dirette alla conservazione e al risanamento dell'azienda. Nel testo di maggioranza, si imponevano agli organi di controllo precisi obblighi di attivazione al manifestarsi di uno stato di crisi, accompagnati da poteri di impulso dell'organo gestorio prevedendo, laddove tali poteri non avessero avuto seguito, il ricorso al Tribunale al quale veniva demandato il compito di convocare l'imprenditore per individuare le iniziative di risanamento, comprendente anche la procedura di composizione concordata della crisi<sup>12</sup>.

A seguito di un lungo percorso fatto di interventi legislativi, il 1° febbraio 2017 la Camera approva il disegno di legge n. 3671-bis-A, che delega il Governo a operare un'ampia riforma della disciplina delle crisi di impresa e dell'insolvenza, e l'11 ottobre dello stesso anno giunge infine il sì del Senato. Certamente l'interesse per la tutela della continuità d'impresa rappresenta il motore dell'intero disegno. All'art. 4 della Legge 19 ottobre 2017, n. 155, vengono disciplinate le anzidette «*procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*», le quali implicano la creazione di una sorta di fase preliminare e stragiudiziale attivabile volontariamente dal debitore, «*nell'ottica di responsabilizzare chi, prima di tutti, è in grado di cogliere i segnali della crisi*», e su segnalazione da parte di soggetti qualificati diversi dal debitore: gli organi di controllo societari, il revisore contabile, le società di revisione e i creditori pubblici.

La volontà del legislatore è quella quindi di “responsabilizzare” la figura dell'imprenditore-debitore, incentivandone l'attivazione volontaria attraverso una serie di agevolazioni e benefici qualora abbia tempestivamente rilevato la possibile situazione patologica della sua impresa. La Commissione Rordorf, con la tanto

---

<sup>12</sup> L'insuccesso della proposta della Commissione Trevisanato è plausibilmente riconducibile a ragioni di riservatezza di libertà di iniziativa economica dell'imprenditore, poiché le misure di allerta da molti erano viste come indebita ingerenza nella sfera dell'imprenditore per la gestione autonoma della crisi d'impresa. (vd. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, 2012, pag. 344).

Inoltre, non mancarono critiche verso questi sistemi ipotizzati di allerta, in quanto considerati “pericolosi” poiché avrebbero potuto generare un clima di allarmismo e “far precipitare semplici situazioni di temporanea difficoltà trasformandole immediatamente e necessariamente in fallimento, con conseguente distruzione di ricchezza e senza alcuna possibilità di risanamento” (così DE MATTEIS, S., *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-bis*, in *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, n. 3-4/2017, p. 754).

attesa introduzione delle «*Procedure d'allerta e di composizione assistita della crisi*», ha voluto puntare ad un «*momento di incontro, consulenza e confronto tra i soggetti interessati, che sia, e come tale appaia, del tutto esterno alla giurisdizione, individuato negli attuali Organismi di composizione della crisi previsti dalla Legge n. 3/2012, adeguatamente rivisti e valorizzati*».

Come detto nel paragrafo precedente vi è una strumentalità degli assetti che devono essere “adeguati” sul piano organizzativo, amministrativo e contabile per essere in grado di rilevare tempestivamente uno stato di crisi. Questo viene favorito tramite l’istituzione del D.lgs. 14/2019 degli strumenti di allerta regolati nella Prima parte -Titolo I- Capo I del Codice della Crisi<sup>13</sup>.

L’art. 12 definisce la nozione, gli effetti e l’ambito di applicazione degli strumenti di allerta: «*Gli strumenti di allerta sono gli oneri di segnalazione posti a carico di alcuni soggetti qualificati che, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore, concorrono al perseguimento dell'obiettivo di una precoce rilevazione della crisi dell'impresa, in vista della tempestiva adozione delle misure idonee a superarla o regolarla*». Tali strumenti hanno quindi la funzione di rilevare tempestivamente gli indici di una possibile crisi e sollecitare l’adozione delle misure più idonee alla composizione della crisi stessa la quale può dunque essere tempestivamente fermata qualora la società si sia predisposta con un modello organizzativo efficiente già in precedenza.

Per quanto concerne l’ambito di applicazione dalla lettura del combinato disposto dell’art. 2086 c.c. e dell’art. 3 della legge fallimentare emerge che tale disciplina si applichi all’imprenditore collettivo che abbia adottato un adeguato assetto organizzativo, mentre per l’imprenditore individuale sia sufficiente adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi ed assumere senza indugio le iniziative per farvi fronte<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Direttiva UE 26/6/2019

<sup>14</sup> Sono talora soggette all’ambito di applicazione dell’art. 12

- Imprese agricole
- Imprese minori
- Imprese soggette a liquidazione amministrativa

Non trova invece applicazione per:

- Grandi imprese
- gruppi di imprese di rilevante dimensione

La vigente Legge Fallimentare non fornisce una vera e propria definizione di “insolvenza” ma precisa che essa si manifesta con l’inadempimenti o altri fattori esteriori i quali dimostrano l’incapacità del debitore di soddisfare con regolarità le proprie obbligazioni. Per quanto concerne la nozione di “crisi” non viene offerta una definizione ma viene effettuato un mero rinvio all’art.160 secondo comma<sup>15</sup> limitandosi a stabilire che, ai fini della presentazione del ricorso al concordato preventivo «*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*». Ciò significa dunque che nella prospettiva concordataria l’insolvenza non è altro che una sottocategoria della crisi.

A livello europeo una definizione di “crisi” è stata data da diversi interventi: la Raccomandazione della Commissione UE 12 marzo 2014, n. 135, nel cui par. III, punto 6, lett. a), ove si legge che «*il debitore dovrebbe poter procedere alla ristrutturazione in una fase precoce, non appena sia evidente che sussiste soltanto la probabilità dell’insolvenza*»; con il Regolamento UE del 20 maggio 2015, nel cui art. 1 si legge che «*Laddove le procedure di cui al presente paragrafo possano essere avviate in situazioni in cui sussiste soltanto una probabilità di insolvenza, il loro scopo è quello di evitare l’insolvenza del debitore o la cessazione delle attività di quest’ultimo*» e infine con la proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio in materia di procedure di ristrutturazione e di insolvenza diffusa il 22 novembre 2016, il cui art. 4 precisa che «*gli Stati membri provvedono affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, il debitore in difficoltà finanziarie abbia accesso a un efficace quadro di ristrutturazione preventiva*».<sup>16</sup>

L’elaborazione giurisprudenziale domestica ha portato negli anni al consolidamento di una definizione ormai stabilizzata di insolvenza<sup>17</sup> che tradizionalmente si esprime nella «*situazione d’impotenza strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni*

- 
- società con azioni quotate in mercati regolamentati, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante

<sup>15</sup> R.D. n. 267/1942

<sup>16</sup> DE MATTEIS STANISLAO, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, pgg.1291-1309 in, *Diritto fallimentare e società e delle società commerciali*, 2017

<sup>17</sup> Cass.10.6.2019, n. 15572; App. Milano Sez. IV 29.10.2019; App. Venezia Sez. I 7.11.2019; App. Catania Sez. I 7.11.2019

*a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività»* ponendo in primo piano il carattere temporale che richiede il persistere dell'incapacità ad adempiere con regolarità, ma allo stesso tempo impone di individuare in prospettiva futura la definitività di una situazione così gravemente deteriorata<sup>18</sup>.

Da tale definizione è possibile quindi elaborare una serie di corollari in modo da orientare sulla delicata decisione rappresentata dalla declaratoria di fallimento: 1) il concetto di inadempimento può essere non necessario né sufficiente ad integrare la definizione di insolvenza, che può verificarsi anche con la presenza di «*altri fattori esteriori significativi*»<sup>19</sup>; 2) la prevalenza in bilancio delle passività sulle attività non può essere reputata idonea ad indicare un'insolvenza potendo la società recuperare l'attivo con ricapitalizzazioni o da un futuro andamento positivo degli affari<sup>20</sup>; 3) il debitore può essere dichiarato insolvente anche in presenza di un'eccedenza contabile dell'attivo sul passivo, ogniqualvolta essa derivi dal valore attribuito a cespiti patrimoniali non agevolmente liquidabili, o la cui alienazione risulterebbe incompatibile con la permanenza dell'impresa sul mercato e con il rispetto, da parte sua, delle obbligazioni già contratte ed in prossima scadenza<sup>21</sup>.

Infine l'esistenza di una situazione attuale è destinata a permanere in un lasso di tempo significativo che introduce il tema previsto nel CCII dell'insolvenza prospettica, ovvero di quella situazione che può far accedere l'imprenditore alle procedure concorsuali anche in assenza dei requisiti - come gli inadempimenti già sorti - ma sulla base di una valutazione prognostica negativa sull'andamento dovuta ad un'imminente evoluzione sia delle condizioni economico-finanziarie dell'imprenditore e sia da una stima negativa sull'andamento aziendale in un arco temporale di pochi mesi<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del Codice civile*, in *Giur. Comm.*, 2006

<sup>19</sup> Cass. 15.12.2017, n. 30209; Cass. 8.8.2013, n. 19027

<sup>20</sup> Cass. 20.11.2018, n. 29913; Cass. 1.12.2005, n. 26217

<sup>21</sup> Cass. 20.11.2018, n. 29913

<sup>22</sup> Trib. Roma 5.9.2008 nel caso Alitalia; Trib. Torino 14.11.2008, *Giur. it.* 2009; P.PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2013, pag. 57

Ciò che rileva quindi non sono solo i presupposti oggettivi passati e presenti che integrano la dichiarazione di fallimento, ma anche l'inidoneità dell'impresa di continuare ad operare proficuamente sul mercato in modo da acquisire le risorse per adempiere, nel breve periodo, alle proprie obbligazioni in un contesto di "normalità".

Nel testo del nuovo CCII (art. 2, comma 1, lett. b), la definizione dello stato di insolvenza riprende in modo pressoché testuale quella contenuta nel vigente art. 5 Legge Fallimentare, riaffermando così il principio per cui non è insolvente l'imprenditore che sia in grado di adempiere alle proprie obbligazioni alla scadenza, integralmente ed attraverso mezzi ordinari di pagamento.

Una delle novità contenute nel CCII è la definizione della crisi, sintetizzabile come "probabilità di futura insolvenza" e come tale concettualmente distinta dall'insolvenza stessa, in evidente discontinuità logica rispetto al vigente art. 160, secondo comma, che fa invece dell'insolvenza un sottoinsieme della crisi, e quindi una *species* del medesimo *genus*.

La crisi definita come «*lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*», nello scenario delineato dal CCII, non costituisce solo il presupposto per l'accesso alle varie procedure di sua regolazione, ma rappresenta il *trigger event* che fa scattare gli obblighi interni di segnalazione previsti dall'art. 14, e che in sintesi sta alla base del nuovo meccanismo dell'allerta.

Il fenomeno dell'insolvenza non è, quindi, istantaneo ma ad eziologia progressiva: tanto è vero che vi sono tre stadi che possono portare alla sua integrazione.

Il primo che si manifesta è la crisi di carattere reddituale, ovvero sia quando l'impresa non inizia a produrre un utile perché non cresce il margine operativo lordo e tuttavia è ancora in grado di adempiere alle proprie obbligazioni. Il secondo stadio in cui si può entrare è quello della crisi a carattere patrimoniale, dove il passivo è in eccedenza rispetto all'attivo: la differenza che va rilevata rispetto al sovraindebitamento è che quest'ultimo si tratta di un fenomeno statico al quale si può arrivare in un lasso di tempo breve, ad esempio alla chiusura di un esercizio,

mentre la crisi di carattere patrimoniale può accadere nella fase che porta all'insolvenza e rientra nell'ambito di varie fasi di progressione che l'impresa può avere per arrivarci; di conseguenza è un fenomeno che si evidenzia sul lungo periodo. Il terzo stadio è la crisi di carattere finanziario quando alla perdita di redditività si affianca la flessione dei flussi di cassa che impediscono di adempiere alle obbligazioni assunte presenti e future per l'insufficienza di liquidità rimasta per soddisfarle.

Tutti questi squilibri costituiscono degli indicatori della Crisi - art. 13 del Codice della Crisi<sup>23</sup> - che fanno scattare l'obbligo degli organi di controllo di comunicare agli amministratori l'adozione di idonee iniziative, nonché di vigilare che l'organo abbia predisposto l'adeguato assetto organizzativo.

Una volta ricevuta la notifica l'organo di gestione dovrà riferire le soluzioni adottate per iscritto entro 30 giorni agli organi di controllo. In caso di omissione o inadeguatezza del rispetto di tale obbligo – *in primis*- gli amministratori potrebbero rispondere per colpa solidalmente ed in secondo luogo si attiverà la procedura di coinvolgimento dell'OCRI, organo esterno all'impresa predisposto all'analisi della

---

<sup>23</sup> 1. Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio delle attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi.

2. Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, tenuto conto delle migliori prassi nazionali ed internazionali, elabora con cadenza almeno triennale, in riferimento ad ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni I.S.T.A.T., gli indici di cui al comma 1 che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa. Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili elabora indici specifici con riferimento alle start-up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n.179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, alle PMI innovative di cui al decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2015, n. 33, alle società in liquidazione, alle imprese costituite da meno di due anni. Gli indici elaborati sono approvati con decreto dal Ministro dell'Economia

3. L'impresa che non ritenga adeguati, in considerazione delle proprie caratteristiche, gli indici elaborati a norma del comma 2 ne specifica le ragioni nella nota integrativa al bilancio di esercizio e indica, nella medesima nota, gli indici idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi. Un professionista indipendente attesta l'adeguatezza di tali indici in rapporto alla specificità dell'impresa. L'attestazione è allegata alla nota integrativa al bilancio di esercizio e ne costituisce parte integrante. La dichiarazione, attestata in conformità al secondo periodo, produce effetti per l'esercizio successivo.

crisi ed alla prospettazione delle relative soluzioni al fine di far riprendere le attività imprenditoriali. Il suo coinvolgimento avviene mediante l'attivazione del sistema di allerta che può essere:

esterna: quando è effettuata da creditori pubblici della società - INPS, Agenzia dell'Entrate - i quali se non rispettano l'obbligo di comunicazione subiranno «*l'inefficacia dei privilegi accordati ai crediti di cui sono titolari o per i quali procedono*»<sup>24</sup>;

interna: qualora provenga dal sistema della *governance* aziendale, il quale per rilevare tempestivamente lo stato di allerta deve essere dotato di una solida organizzazione che permetta più facilmente la circolazione delle informazioni.

Con l'assistenza e la supervisione dell'organismo, il debitore procede quindi alla ricerca di una soluzione concordata della crisi che deve trovarsi entro un termine di tre mesi. In questo caso il debitore, tramite il patrocinio di un avvocato, potrà richiedere al Tribunale dell'Impresa territorialmente competente di ottenere un provvedimento che possa permettergli di portare a termine le trattative attraverso misure inibitorie delle azioni esecutive individuali, che potrebbero esperire i creditori, per un termine di tre mesi.

L'accordo a cui si arriva può essere di natura giudiziale o stragiudiziale; in quest'ultimo caso l'accordo dovrà essere depositato all'OCRI. Qualora invece il debitore non riesca a trovare l'accordo stragiudiziale, egli dovrà attivare il procedimento unitario di accesso alle procedure concorsuali, ovvero presentare domanda di concordato preventivo o di accordo della ristrutturazione dei debiti. In questo caso il procedimento sarà "assistito" dall' OCRI, che su richiesta dovrà procedere ad attestare la veridicità dei dati aziendali.

Al fine di "scongiurare" l'emersione di "falsi negativi" (c'è crisi, ma l'indice non lo dice) ovvero di "falsi positivi" (non c'è crisi, ma l'indice la segnala), sarà necessaria un'accurata analisi da parte dei soggetti deputati al controllo interno, sotto il profilo probatorio, onde valutare se, nella concretezza del caso, gli indizi della crisi siano "fondati" (presupposto per la segnalazione). Per consentire di

---

<sup>24</sup> Documento CNDCEC presentato nell'ambito del Convegno Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili tenutosi a Firenze nei giorni 25/26 ottobre 2019

verificare la sussistenza di tale requisito, il CNDCEC<sup>25</sup> ha individuato e delineato un percorso da seguire, il quale sostanzialmente assume valenza di processo di autodiagnosi della salute aziendale ai fini degli obblighi segnalatici. Esso si dipana verticalmente.

In cima, si pongono due accertamenti da effettuare. Il primo riguarda l'esame del patrimonio netto aziendale: assume a tali fini rilevanza il "patrimonio netto" ex art. 2424 c.c., al netto di eventuali crediti verso soci per versamenti dovuti, dividendi deliberati ma non contabilizzati, riserve a copertura di strumenti finanziari (ex art. 2426 c.c., comma 1, n. 11-*bis*). Il patrimonio netto deve rimanere ad un livello non inferiore ai minimi di legge.

Il secondo contestuale accertamento riguarda la verifica della presenza di reiterati/significativi ritardi nei pagamenti, attestato da fatti rilevanti come le non episodiche azioni esecutive da parte dei creditori o i ritardi nei pagamenti di tributi, contributi e retribuzioni.

Ove il patrimonio netto sia negativo, o comunque inferiore ai minimi di legge, ovvero vi siano rilevanti ritardi nei pagamenti, si è in presenza di una crisi "fondata" e ciò fa scattare l'obbligo di segnalazione ex art. 14 CCII.

Qualora il patrimonio netto non intacchi i minimi di legge, né vi siano reiterati e significativi ritardi nell'assolvimento delle obbligazioni aziendali, si dovrà comunque scendere ad un secondo livello di controlli. Occorrerà cioè verificare se l'impresa sia capace di sostenere i debiti aziendali per un arco temporale di almeno sei mesi.

Il Gruppo di lavoro all'interno del CNDCEC ha individuato, a tal fine, l'indice DSCR (*Deibt Service Coverage Ratio*) a 6 mesi, con valore pari ad 1: al numeratore vi sono i flussi finanziari al servizio del debito, al denominatore l'entità del debito da "servire".

Il documento individua due diversi approcci metodologici, rimettendone la scelta agli operatori. Entrambi gli approcci sono basati su flussi prospettici. Secondo il primo approccio, il DSCR trae fondamento dal *budget* di tesoreria, e dunque dal rapporto fra entrate ed uscite, in termini di liquidità, rispetto ad un arco temporale di sei mesi. In base al secondo approccio, il DSCR è determinato

attraverso il rapporto – sempre in una prospettiva semestrale – tra flussi di cassa destinabili al servizio del debito ed entità del debito non operativo da rimborsare. Il *Debit Service Coverage Ratio* funziona nella misura in cui siano disponibili i dati prognostici aziendali. Si richiama, sul punto, quanto già rilevato circa la necessità che l’assetto amministrativo/contabile interno sia capace di produrre flussi informativi precisi ed affidabili (adeguatezza degli assetti d’impresa). Ove il DSCR a sei mesi segni un valore inferiore all’unità, si è in presenza di una condizione di fondatezza della crisi, ciò che farà ancora scattare l’obbligo di segnalazione ex art. 14 CCII.

Qualora il DSCR non sia disponibile per carenze interne o per altri motivi, ovvero qualora i dati prognostici aziendali non siano ritenuti affidabili dagli organi di controllo interni, la verifica dello stato dell’impresa in funzione segnaletica dovrà accedere ad un livello ulteriore di controlli attraverso la costruzione combinata di 5 indici settoriali basati su dati consuntivi<sup>26</sup>. Il CNDCEC, nell’assumere e definire gli indici di cui sopra, ha fatto riferimento agli schemi generali di bilancio, ex artt. 2424-2425 c.c.; ha poi fatto presente che le imprese che adottino i principi contabili internazionali sono tenute a calcolare gli indici in esame avendo riguardo alle equivalenti voci di bilancio, con la precisazione che nel calcolo del patrimonio netto sono escluse le riserve specifiche derivanti dall’applicazione degli IAS/IFRS (riserve di *fair value*, riserve attuariali, stock option, ecc.)<sup>27</sup>.

## **2.1. Le misure di allerta nell’ordinamento francese: confronto con l’ordinamento nazionale**

L’introduzione delle misure di allerta nel nostro ordinamento elaborate dalla Commissione Rordorf e consolidate dalla formulazione risultante dalla legge 19 ottobre 2017 n. 155 recante «*Delega al Governo per la disciplina della riforma delle discipline della crisi d’impresa e dell’insolvenza*», sollecita a compiere un’indagine comparatistica con l’ordinamento francese essendo stato il primo a

---

<sup>26</sup> 1. oneri finanziari/fatturato (sostenibilità oneri indebitamento) 2. patrimonio netto/debiti totali (leverage) 3. cash flow/attivo (ritorno liquido dell’attivo) 4. attività a breve/passivo a breve (liquidità) 5. debito previdenziale-tributario/attivo.

<sup>27</sup> GAMBIL. “*Gli indici di allerta e la fondatezza della crisi.*” In Riv. “*Il Fallimentarista*”, feb. 2020

dare origine al sistema di allerta ove rappresenta un meccanismo ben noto e consolidato, indicato con la locuzione *procedures d'alerte*, che si sostanzia in un complesso di regole intese a favorire la tempestiva adozione di misure atte al superamento della crisi che costituiscono l'archetipo in materia. La Commissione Rordorf - come fatto precedentemente dalla Commissione Trevisanato - ha certamente tratto spunto dal modello francese, caratterizzato dal *favor legis* verso il profilo di prevenzione della crisi, realizzato attraverso una tempestiva rilevazione delle difficoltà<sup>28</sup>.

Partendo da un *excursus* della disciplina dell'allerta nell'ordinamento francese, si vedrà che si tratta di un sistema molto articolato che negli anni ha subito numerose e pregnanti modifiche, incentrate dapprima sull'obiettivo centrale del risanamento delle imprese e del loro salvataggio "*ad ogni costo*", anche a scapito dei creditori con una forte ingerenza dell'autorità giudiziaria; si è poi passati alla valorizzazione degli accordi con i creditori, attribuendo rilevanza al profilo di prevenzione della crisi, con l'obiettivo della continuità d'impresa e la preservazione del complesso aziendale.

Tale ultimo sistema adottato prende spunto dall'ordinamento statunitense che accoglie il concetto di "crisi" non come un fattore negativo che possa incidere sulla reputazione imprenditoriale, ma come un'opportunità di valorizzare il margine residuo di valore produttivo e dare nuova linfa sul mercato alle imprese. Questo concetto che abbraccia in pieno il principio di continuità aziendale è stato ripreso in pieno prima dall'ordinamento francese e successivamente dal nostro, ove l'aspetto della prevenzione all'insolvenza assume carattere centrale, in specie per quanto concerne il carattere di accesso volontario alle procedure anche qualora non siano integrati i requisiti per l'accesso, ma per la prospettiva della continuità aziendale qualora fattori interni ed esterni riscontrino una probabile crisi in un

---

<sup>28</sup> La scelta di volgere lo sguardo all'ordinamento francese deriva anche dalla motivazione che la Francia ha storicamente una tradizione giuridica molto vicina alla nostra (basti pensare al diritto sviluppatosi in epoca medievale, alle codificazioni dell'800), nonché istituti simili; è noto che si tratta di uno degli ordinamenti a cui il legislatore domestico si è (più o meno apertamente) ispirato nel corso delle diverse riforme portate a termine negli ultimi anni, anche se il diritto concorsuale francese si è sviluppato in una direzione parzialmente diversa dal nostro, innovando prima di noi su molti fronti e anticipando quelle che sarebbero state le linee guida dettate dall'Unione Europea, nonché dagli organismi sovranazionali quali l'Unidroit e l'Unicital.

medio-lungo periodo<sup>29</sup>. Ciò nel 2005 ha favorito la nascita della procedura di *conciliation* di carattere non giudiziale caratterizzata dall'accordo<sup>30</sup>. L'imprenditore non può tuttavia sempre accedere a tale istituto: quando l'insolvenza ancora non si sia manifestata ed in caso soltanto di aggravamento del dissesto si può accedere alle procedure collettive con l'intervento giudiziario il quale, a seconda della gravità, è caratterizzato da regole diverse.

Da ciò deriva che nel complesso ordinamento transalpino, l'obiettivo della *prévention* si accompagna all'adozione di misure che favoriscano la *détencion*, ovvero la tempestiva rilevazione dei segnali di crisi, per poterne impedire la degenerazione; da qui la predisposizione delle *procédures d'alerte*, ove la locuzione indica l'insieme eterogeneo di disposizioni che attribuiscono a soggetti interni ed esterni mediante sequenze procedimentali diverse il potere di segnalare ai dirigenti d'impresa i rischi che minacciano la continuità aziendale<sup>31</sup>.

Anzitutto, le procedure di allerta possono essere attivate da soggetti interni all'impresa: i *commissaires aux comptes, les associés des actionnaires*, il *comité d'entreprise*. La procedura d'allerta attivabile dai *commissaires aux comptes*, si presenta più articolata rispetto a quella prevista per gli altri soggetti; ciò in virtù della posizione che occupano all'interno dell'impresa, che rende possibile una conoscenza più approfondita delle dinamiche finanziarie e reddituali derivante dal possesso dell'informazione contabile, tale da poter cogliere prima di altri quei segnali che preludono all'insorgere della crisi. Gli art. L. 612-1 e L. 612-4 code com. prevedono che i *commissaires aux comptes* siano tenuti a segnalare ai dirigenti (*rectius*, al presidente del consiglio di amministrazione o al direttore generale)

---

<sup>29</sup> F. INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2018, pagg. 971 ss.

<sup>30</sup> Sull'influenza dell'ordinamento francese nel complesso delle riforme del diritto concorsuale avutesi in Italia a partire dagli anni 2005-2007 all'oggi, nonché per altri approfondimenti di ordine comparatistico: JORIO A., *Introduzione generale alla disciplina delle crisi d'impresa*, in JORIO-SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 2014, Milano, pagg 3 ss.

<sup>31</sup> Vi è anzitutto da rilevare che i meccanismi di allerta, prima di essere formalizzati dalla normativa del 1984, originavano dalla prassi del *Tribunal de Commerce* delle grandi città, come Parigi e Lione, sviluppatasi a partire dagli anni 70 dello scorso secolo, ove i magistrati erano soliti svolgere un'opera di *moral suasion* verso l'imprenditore affinché prendesse coscienza della situazione di crisi e si adoperasse per porvi rimedio, anche fornendo consigli pratici su come superare la crisi.

nell'esercizio delle proprie funzioni, i fatti che possano compromettere la *continuité de l'exploitation*

Tale nozione, che chiaramente richiama il concetto anglosassone del *going concern*, pur essendo di matrice contabile, evoca tutta una serie di circostanze idonee a compromettere la continuità aziendale e a indebolire l'equilibrio finanziario; la formula è volutamente vaga, in modo da consentire ai *commissaires aux comptes* di valutare, anche in relazione alla specifica impresa in cui operano, le circostanze idonee a provocare una minaccia per la continuità dell'attività tale da condurre in prospettiva alla cessazione dei pagamenti<sup>32</sup>.

Al riguardo occorre osservare che la scelta del legislatore francese di non agganciare l'attivazione dell'allerta interna a *clignotants bien identifiés*, ma di utilizzare una certa *souplesse*, introducendo una fattispecie aperta, quale la minaccia alla "continuità aziendale", se da un lato ha posto rimedio alle criticità denunciate da prassi e dottrina, dall'altro impone un'attenta valutazione da parte dei *commissaires aux comptes* nell'attivare il procedimento stesso, anche se le scienze contabili ed aziendalistiche hanno negli anni ridotto il grado di discrezionalità nell'accertare la ricorrenza di tale fattispecie. In modo particolare le "Norme di esercizio professionale" (NEP), individuano tra i fatti potenzialmente idonei a costituire una minaccia una serie di indicatori tenuto conto del contesto di ogni impresa che sono stati mutati anche nel nostro ordinamento (es. patrimonio netto negativo, insufficiente capacità di autofinanziamento, inadempimenti di contributi previdenziali) che quindi riducono i margini di discrezionalità dei soggetti legittimati ad attivare l'allerta<sup>33</sup>.

Rientrando nella disciplina procedimentale, si nota come in maniera facoltativa possa essere coinvolto il Tribunale che attuerà un dialogo con carattere di riservatezza con l'imprenditore, il quale viene invitato a prendere coscienza dei

---

<sup>32</sup> Per la nozione di «*continuité de l'exploitation*» v. MÉLÉDO-BRIAND, *Notions comparatives de continuation de l'entreprise*, in *Rev. intern. dr. éco.*, 1995, pagg. 269 ss. il quale rileva che si tratta di una nozione ispirata al concetto anglosassone di *going-concern* che viene richiamato in più parti del Code de commerce e comprende al suo interno tutta una serie di fattori idonei a compromettere la continuità e ad indebolire l'equilibrio finanziario. Ragion per cui, pur essendo di matrice contabile, tale nozione ingloba al suo interno anche circostanze idonee ad incidere sulla situazione finanziaria dell'impresa, quali il fallimento di un cliente strategico o un rilevante calo della produzione

<sup>33</sup> F. INNOCENTI, *op cit.*, pagg. 981- 982

fatti e delle difficoltà in cui versa l'impresa e a adoperarsi per porvi rimedio. Nel caso in cui dovesse, invece, prospettarsi una situazione di “cessazione dei pagamenti», il presidente del Tribunale informerà il pubblico ministero al fine dell'apertura di una procedura collettiva<sup>34</sup>. L'allerta può essere attivata anche da soggetti esterni all'impresa: il presidente del *Tribunal de Commerce* e i *groupements de prévention agréés*.

Come anticipato, tale sistema di attivazione dell'allerta d'ufficio da parte del Tribunale è stato prima sviluppato dalla prassi (1984) dei magistrati di fornire assistenza e consulenza economico-giuridica agli imprenditori in difficoltà; successivamente tale prassi è stata legiferata all'art. 611-2, code comm., che prevede che il Tribunale abbia potere autonomo di convocare l'imprenditore o i dirigenti al fine di suscitare una presa di coscienza delle difficoltà, nonché di suscitare l'adozione delle misure più idonee al superamento di tale stato; tuttavia il ricorso a tale procedura è di tipo volontario: se l'imprenditore non dovesse rispondere alla convocazione non risponderebbe di alcuna violazione e non sono previste sanzioni. La *ratio* è quella di instaurare un colloquio da parte del Presidente del Tribunale dove si individueranno le strategie migliori per il superamento della crisi, prima che intervenga lo stato di “cessazione dei pagamenti” da cui deriva l'apertura della procedura giudiziale.

I membri del Tribunale del Commercio sono magistrati onorari, nominati tra gli amministratori e dirigenti delle società, quindi oltre che dotati di autorevolezza, sono particolarmente attrezzati a fornire pareri sul piano sia economico sia giuridico, dal quale deriva che qualora l'imprenditore non abbia fornito nel dialogo le necessarie informazioni per la pianificazione oppure l'imprenditore abbia omesso di presentarsi, il magistrato può procurarsi gli atti e i documenti presso i revisori dei conti, i membri e rappresentanti del personale e dalle amministrazioni pubbliche per ottenere tutte le informazioni necessarie a comprendere l'esatta situazione economico-finanziaria dell'imprenditore.

Venendo al raffronto che si presenta con il nostro ordinamento si nota come le misure di allerta seguano - con l'introduzione del nuovo CCII - l'impostazione data dall'ordinamento statunitense e adottata da quello francese, caratterizzata dalla

---

<sup>34</sup> artt. L. 234-1, al. 4; L. 234-2, code comm.

filosofia della prevenzione, da realizzarsi attraverso la tempestiva emersione della crisi tale da consentire la continuità aziendale. Deriva dal sistema d'oltralpe l'articolazione delle procedure in varie fasi, con sequenze procedimentali diverse, con presupposti oggettivi differenziati e variabili a seconda del bagaglio conoscitivo dei soggetti legittimati a darvi impulso. Tuttavia il legislatore domestico non fornisce una definizione chiara nei cui parametri è possibile attivare il sistema di allerta (*"fondati indizi di crisi"*), lasciando una certa discrezionalità agli organi competenti per individuare i presupposti, mentre nell'ordinamento francese come detto in precedenza, soprattutto per l'allerta interna, i margini di discrezionalità sono ridotti essendo rilevante il momento in cui si verifichi una fattispecie che possa minare la continuità aziendale segnando con la *"cessazione dei pagamenti"* il termine ultimo per non rientrare nella disciplina delle procedure concorsuali.

La differenza principale che si può invece riscontrare con l'ordinamento francese è sull'autorità competente a fornire assistenza e consulenza sugli indizi di crisi: nel nostro ordinamento sarà introdotto con il CCII un organo a carattere amministrativo, l'OCRI, che fornisce assistenza di stampo amministrativo mancando quindi di quella autorevolezza e competenza che potrebbe diminuire il potere persuasivo sull'imprenditore.

Come vedremo nel proseguo, il Tribunale in materia fallimentare viene utilizzato principalmente come strumento di difesa innanzi al quale è esperibile, ad esempio, l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, o come organo di prevenzione al quale può essere richiesta una inibitoria sulle azioni individuali dei creditori, ma non viene mai garantito il suo coinvolgimento nella gestione della crisi d'impresa.

Questo perché a differenza di quello francese i magistrati sono "ordinari" e non "onorari" il che significa che hanno comunque un grado di autorevolezza, ma difettano delle adeguate conoscenze in materia di fallimento che possono essere fornite all'imprenditore durante la fase di allerta. L'OCRI svolge appieno il suo compito di consulenza e assistenza articolandosi in più sezioni in modo da garantire l'efficienza del proprio operato, ma essendo un organo a carattere amministrativo

non potrà mai garantire il potere persuasivo che sarebbe fornito da un organo giudiziale.

### **3. Doveri degli amministratori di società al crepuscolo**

Una volta effettuata questa panoramica generale sulle modifiche apportate dalla riforma sull'assetto interno che deve adottare ogni società e avendo inquadrato la disciplina delle misure di allerta come strumento predisposto alla emersione di una probabile insolvenza della società, si andrà ad analizzare nel prosieguo della trattazione come tali misure possano essere fonte di responsabilità nei confronti degli organi societari tenuti *ex ante* a predisporre tali rilevatori di uno stato di crisi in modo adeguato, partendo da un raffronto delle norme di governo societario previste dalla disciplina civilistica, proprie di ogni impresa organizzata in forma societaria, con il mutamento dei doveri in capo agli amministratori nel momento della fase di crepuscolo.

L'art 2380-*bis* del Codice civile fornisce una definizione sulle funzioni che gli amministratori hanno all'interno della società. Tali funzioni consistono nel «*compiere tutte le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*» quindi porre in essere tutte quelle attività idonee alla gestione della salvaguardia, ma anche progressione, dell'impresa per il conseguimento dell'oggetto sociale.

Bisogna dunque chiedersi fino a che punto restino applicabili tali norme di governo societario per gli amministratori: fino alla durata massima della società, ovvero fino a quando si verifichi una causa di scioglimento, oppure vi sia un mutamento di tali norme al verificarsi di una situazione patologica che possa quindi spostare l'attenzione su di essa piuttosto che sul conseguimento dell'oggetto sociale. Partendo subito nell'affermare un dovere generale degli amministratori di non agire in conflitto d'interessi, sembrerebbe tale disciplina collocarsi sia nella fase *in bonis* della società, che in quella patologica.

L'amministratore per non entrare in conflitto dovrà anticipatamente verificare che le condizioni di un'operazione societaria siano in contrasto con i requisiti di onorabilità e professionalità e, successivamente, comunicarlo al consiglio con una motivazione adeguata prima della riunione prodromica alla delibera.

Tale dovere nella fase patologica dell'impresa assume ancora più rilevanza, in quanto tale "lievitazione" dei doveri civilistici, accresce in maniera proporzionale la responsabilizzazione nelle azioni degli amministratori, al fine di attenuare le conseguenze dannose che potrebbero ledere gli interessi ancora più accentuati dei creditori sulle operazioni<sup>35</sup>.

L'art 2381 c.c. prevede come possa essere delegato ad un comitato esecutivo composto da alcuni membri del consiglio di amministrazione, la possibilità di curare l'assetto organizzativo e contabile in modo che sia idoneo alle dimensioni dell'impresa e ad informare periodicamente gli amministratori sull'andamento della gestione della società. Con tale disposizione il legislatore ha voluto istituire una forma *ex ante* di prevenzione, attraverso flussi di informazioni continui tra un organo principale ed uno delegato esecutivo, per impedire il verificarsi di una situazione di crisi o una responsabilità del c.d.a. nel non aver agito in modo informato.

Da ciò si può notare subito come il codice prevede una stretta strumentalità tra le regole di governo societario e quelle del fallimento, accrescendo la responsabilità degli amministratori nel dovere di prendere le decisioni più adeguate nelle operazioni che compiono non solo per il presente, ma soprattutto con un'ottica futura, in modo da attenuare il rischio di una situazione patologica. Tale previsione ha avuto, però, una concezione più che altro idealistica sino all'introduzione del nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza dove ha trovato una disciplina definita grazie alla creazione di istituti, come l'insolvenza prospettica, che permettono all'imprenditore di utilizzare strumenti alternativi impattando precocemente sul verificarsi di una causa dell'insolvenza senza anticiparne, in ogni caso, gli effetti<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Una volta dichiarato il fallimento con sentenza, verrà nominato il comitato dei Creditori che potrà esprimere un parere su determinate operazioni nell'ottica di prevenire il loro interesse sulla massa fallimentare, monitorando costantemente il rischio d'impresa

<sup>36</sup> Trib. Sez. 2 Benevento 18/12/2019: *"L'indagine sullo stato di insolvenza, finalizzata alla richiesta di fallimento di un imprenditore o di una società, non si identifica in modo necessario ed automatico con il mero dato contabile, ma deve compiersi in una prospettiva dinamica, volta a valutare le condizioni economiche dell'impresa in un lasso di tempo futuro, ancorché contenuto, la c.d. insolvenza prospettica. Deve, pertanto, escludersi, l'insolvenza di un imprenditore che si trovi in uno stato di difficoltà solo temporanea, quando emerga che detto stato è superabile attraverso la ordinaria prosecuzione dell'attività di impresa. Nel nuovo Codice della Crisi e dell'insolvenza, peraltro, l'insolvenza prospettica assume rilevanza come situazione di pericolo che giustifica la segnalazione interna affidata all'organo di controllo o quella esterna affidata ai creditori*

Tuttavia, molto frequentemente la crisi può verificarsi anche se gli amministratori abbiano agito nel rispetto di tutti quei doveri previsti dalla natura del loro incarico. Per tale ragione la legge fallimentare fissa dei paletti superati i quali si giunge nella fase patologica, essendo probabile che nel corso della “vita”, una società possa rientrare in tale contesto. Nei confronti degli amministratori tali norme vengono valutate affinché possa essere configurata una responsabilità nei loro confronti che può derivare da vari fattori: uno di questi è la mancata diligenza configurata nella *mala gestio* societaria che viene valutata dal giudice alla stregua di parametri come la perizia o l’aver agito in modo non informato a causa dei mancati o inappropriati flussi informativi con il comitato di gestione<sup>37</sup> nonché in base alla riforma adottata dal Codice della Crisi nel non aver predisposto gli assetti adeguati.<sup>38</sup>

Al verificarsi di una condizione di crisi, dunque, cambia anche la prospettiva per l’attività amministrativa data dall’inversione di tendenza sulle operazioni per il conseguimento dell’oggetto sociale che saranno improntate ad una logica di conservazione del patrimonio, compiendo solo quelle attività di ordinaria

---

*istituzionali, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 14 e 15 c.c.i., per l'adozione di quelle misure di allerta finalizzate proprio alla prevenzione dell'insolvenza e non a consentire una indiscriminata declaratoria di fallimento.”*

<sup>37</sup> In tale senso: G. BOZZA, *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, in *Rivista delle società*, 2014, pagg. 1098- 1099.

<sup>38</sup> Art. 377 d.lgs n.14 2019: “1. All'articolo 2257 del codice civile, il primo comma e' sostituito dal seguente: «La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società' spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri.».

2. All'articolo 2380-bis del codice civile, il primo comma e' sostituito dal seguente: «La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale.»

3. All'articolo 2409-novies, primo comma, del codice civile, il primo periodo e' sostituito dal seguente: «La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente al consiglio di gestione, il quale compie le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale.».

4. All'articolo 2475 del codice civile, il primo comma è sostituito dal seguente: «La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società' e' affidata a uno o piu' soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479.».

5. All'articolo 2475 del codice civile, dopo il quinto comma e' aggiunto il seguente: «Si applica, in quanto compatibile, l'articolo 2381.».

amministrazione per non aggravare il dissesto (c.d. *duty of loyalty*). Da tale obbligo può quindi derivare un'ulteriore causa di responsabilità ricondotta essenzialmente a comportamenti consistenti nell'aver *a)* cagionato un danno o aggravato la crisi; *b)* tardivamente percepito i sintomi di una crisi; *c)* fatto un cattivo uso degli strumenti per fronteggiare o limitare gli effetti della crisi<sup>39</sup>.

La responsabilità degli amministratori infine si può configurare anche nei confronti di singoli soci o terzi che siano direttamente danneggiati da un atto del C.d.A. Tale responsabilità come anche quella nei confronti dei creditori, come vedremo, è extracontrattuale in quanto si fonda su un rapporto diretto tra due parti e, a differenza di quanto accade per l'azione *ex art.* 2392, dovrà essere dimostrato l'elemento soggettivo del dolo o della colpa dell'amministratore, unitamente al nesso di causalità tra la condotta e il danno direttamente provocato al patrimonio del singolo<sup>40</sup>.

Alla luce di quanto previsto dal nuovo *Decreto Liquidità* (D..L. 8 aprile 2020, n. 23) che prevede una disciplina transitoria ed eccezionale per le imprese insolventi, o con una elevata probabilità di arrivare a questo stadio della crisi, emerge una particolare attenzione e sensibilità alle ricadute in ottica concorsuale delle difficile situazione dovuta alla nota pandemia. In particolare, viene disposta:

- 1) l'improcedibilità di tutte le istanze di fallimento presentate tra il 9 marzo 2020 (data di entrata in vigore del decreto) e il 30 giugno 2020., fatta eccezione per le istanze presentate dal PM;
- 2) proroga dei termini di adempimento dei concordati preventivi e degli accordi di ristrutturazione omologati; eventuale proroga, su istanza di parte, dei termini per il

---

<sup>39</sup> Sono questi i tre possibili scenari prefigurati da: R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori di società di capitali in crisi*, cit., 669 ss.

<sup>40</sup> In tal senso la Corte di Cassazione Civile, Sez. I, con la sentenza n. 22573 del 23 ottobre 2014, si esprime in questo modo: "*L'azione che compete al singolo socio danneggiato da atti degli amministratori si distingue dalle altre azioni di responsabilità in quanto il presupposto è costituito da un pregiudizio diretto sul patrimonio del singolo provocato da comportamenti dell'amministratore e non dall'eventuale riflesso derivante dal danno incidente sul patrimonio della società; la mancata percezione degli utili e la diminuzione di valore della quota di partecipazione dovuta ad una condotta posta in essere in violazione dei doveri di gestione da parte degli amministratori, non costituiscono danno diretto del singolo socio poiché gli utili fanno parte del patrimonio sociale fino all'eventuale delibera assembleare di redistribuzione e la quota di partecipazione è un bene distinto dal patrimonio sociale*".

deposito di nuovo piano o proposta di concordato; possibile differimento dei termini di esecuzione della procedura, su istanza motivata;

3) Sospensione delle cause di scioglimento dovute a perdite di capitale sociale verificatesi nel periodo tra l'entrata in vigore del decreto e il 31 dicembre 2020<sup>41</sup>;

4) All'articolo 5, rubricato "*Differimento dell'entrata in vigore del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14,*" stabilisce: «*1. All'articolo 389 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, il comma 1 è sostituito dal seguente: «1. Il presente decreto entra in vigore il 1 settembre 2021, salvo quanto previsto al comma 2.»*».

Ciò significa che fatta eccezione per alcune disposizioni già entrate in vigore dal 16 marzo 2019<sup>42</sup>, il Decreto Liquidità ha rinviato di più di un anno l'entrata in vigore del Codice della Crisi d'impresa: se è vero che tale rinvio ha portato delle incertezze nell'esatta applicazione delle norme del nuovo Testo normativo, dall'altra permetterà ai membri di *governance* interna a sfruttare questo maggior lasso di tempo per organizzare i sistemi interni di allerta nelle rispettive società.

Da tale condizione transitoria, si accentua ancora di più il dovere per gli amministratori di garantire la continuità preservando il valore di avviamento (c.d. *going concern*) sino al termine di efficacia del Decreto, in modo da non aggravare il dissesto patrimoniale e recare pregiudizio ai creditori in questo lasso tempo seppur transitorio. Tale dovere viene previsto anche per i criteri di redazione del bilancio sempre rivolto alla prospettiva della continuità quando tale presupposto risultava dall'ultimo bilancio d'esercizio chiuso, anteriore al 23 febbraio 2020. La sospensione dell'applicazioni di tali disposizioni costituisce quindi una deroga alla responsabilità degli amministratori per i danni derivanti ai soci e agli amministratori dalla prosecuzione dell'attività d'impresa nonostante si verifica una perdita; l'organo di gestione ha il solo compito di gestire l'impresa ai soli fini della conservazione patrimoniale *ex art. 2486*.

---

<sup>41</sup> L'obiettivo è realizzato con la sospensione dell'applicazione delle disposizioni in materia di riduzione di capitale per perdite di cui agli articoli 2446 c.c., commi secondo e terzo, all'art. 2447 c.c., all'art. 2482 bis c.c., commi quarto, quinto e sesto, all'art. 2482 ter. Non si applicano altresì le disposizioni concernenti le cause di scioglimento di cui all'art. 2484 cod.civ., all'art. 2484 primo comma, numero 4 all'art. 2545c.c.

<sup>42</sup> Trattasi in particolare del comma primo dell'art. 27, art. 350, art. 356, art. 357, art. 363, art. 364, art. 366, art. 375, art. 377, art. 378, art. 379, art. 385, art. 386, art. 387 e art. 388.

### 3.1. Doveri verso i creditori

Alla necessità di tutela dei creditori dell'impresa consegue l'esigenza di limitare il potere degli amministratori, soprattutto nella fase di liquidazione, attraverso il dovere di agire secondo prudenza per evitare di realizzare un'eccessiva traslazione del rischio d'impresa sul ceto creditorio; tale dovere si estrinseca nel compimento di operazioni finalizzate unicamente alla conservazione dell'integrità del patrimonio<sup>43</sup> onde evitare depauperamenti in danno della massa dei creditori. La violazione di siffatto dovere diventa una fonte di responsabilità degli amministratori qualora vi sia un nesso di causalità tra la condotta illecita degli stessi e la pregiudizievole diminuzione patrimoniale che reca un danno ai creditori.

Il dovere degli amministratori di agire "correttamente" verso i creditori si esplica, soprattutto nelle società di capitali, anche attraverso il conferimento di deleghe e alla suddivisione in amministratori "operativi" e non; tali rappresentano lo strumento più idoneo a garantire una maggiore sofisticatezza decisoria e allo stesso tempo ad offrire una tutela maggiore dei creditori, attraverso la conservazione della garanzia patrimoniale.

In giurisprudenza si è discusso circa la responsabilità degli amministratori c.d. indipendenti dato che, non agendo direttamente nelle operazioni sociali, la colpa o il dolo non potevano risultare accertate nei loro confronti, restando solo nei confronti di chi poneva in essere le operazioni; tuttavia da un'interpretazione dell'art. 2381 c.c. 6 comma il quale impone a tutti gli amministratori di «*agire in modo informato*» e di acquisire i necessari flussi informativi, potendo «*ciascun amministratore ... chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società*» si può notare come anche nei loro confronti possa verificarsi un'ipotesi di responsabilità dal dovere generale - che appartiene a tutti gli organi della *governance* - di scambiarsi le informazioni necessarie per il compimento di qualsiasi atto di gestione<sup>44</sup>, nonché della *culpa in vigilando* quando gli amministratori non esecutivi siano comunque venuti a conoscenza di fatti pregiudizievoli e non abbiano fatto quanto potuto per evitarne

---

<sup>43</sup> cfr. art 2394, co.1 c.c: "Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale."

<sup>44</sup> Corte d'appello Milano Sez.1 10/6/2019

gli effetti avendo compiuto, ad esempio, un'erronea valutazione delle scelte gestionali rimesse in capo agli amministratori delegati. Tutto questo può essere disciplinato anche liberamente all'interno dello statuto dove possono essere riportate norme al dettaglio su situazioni specifiche che si verificano nel corso della vita societaria e che possono configurare ipotesi idonee all'accertamento della responsabilità degli amministratori.

La scelta di come operare all'interno di una fase patologica antecedente la dichiarazione di fallimento è rimessa alla discrezionalità del Consiglio di amministrazione e quindi le scelte di merito saranno insindacabili dal Tribunale sez. specializzata in materia d'impresa territorialmente competente; la *ratio* accolta dalla giurisprudenza è lasciare margine agli amministratori di operare la scelta migliore per la società avendo avuto un flusso continuo di informazioni tra di loro e avendo, quindi, una presunta piena conoscenza delle necessità al fine di ottenere le risorse finanziarie che saranno utili ad una ripartenza: il tutto calibrato in base alla dimensione e tipologia dell'impresa gestita<sup>45</sup>. Detto in altri termini, il Giudice potrà valutare *ex post* l'operato degli amministratori ripercorrendo il percorso logico-cognitivo da essi compiuto ed eventualmente accertare un mancato o incompleto corredo informativo che abbia portato ad una decisione, influente negativamente sull'andamento economico dell'impresa, oppure una scelta operata in contrasto con la prudenza o perizia richiesta dalla natura dell'incarico (c.d. diligenza professionale).

Non tutte le scelte sono insindacabili: l'omessa o inadeguata costituzione di adeguati assetti, ad esempio, costituisce fonte di responsabilità qualora il Giudice dimostri che la loro corretta costituzione avrebbe portato ad un risultato economicamente migliore rispetto quello effettivamente conseguito.

L'art. 2394 c.c. non fornisce una nozione di dovere generale, ma menziona solamente gli obblighi per non diminuire la capienza patrimoniale; pertanto nell'inadempimento delle ordinarie obbligazioni di mezzi è sufficiente al creditore fornire la prova della inosservanza da parte del debitore delle regole della buona tecnica o di massime di esperienza che governano il tipo di attività interessata.

---

<sup>45</sup> Sentenza Trib. Roma 15 maggio 2019 n.10212/2019

Per la responsabilità dell'amministratore, il creditore deve dimostrare che la condotta dello stesso non è stata conforme alla specifica diligenza che può richiedersi ad un soggetto preposto alla gestione di una impresa commerciale, tenendo conto, per un verso, della peculiarità dell'incarico assunto, delle caratteristiche della società amministrata e del ruolo concretamente svolto nell'ambito dell'organo collegiale e, per altro verso, delle specifiche competenze tecniche possedute. Il creditore dovrà prima riempire di contenuti il concetto di diligenza, per stabilire il comportamento che un amministratore medio di normale diligenza avrebbe dovuto tenere nelle circostanze date, per poi provare che la condotta censurata non corrisponda a quella che, nelle stesse circostanze, avrebbe dovuto tenere.

### **3.2. Doveri verso la società**

I doveri verso la società trovano il loro inquadramento normativo all'art. 2392 c.c. il quale prevede che «*Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*». Da tale disposizione emerge subito come, a differenza dei doveri previsti verso i creditori, il dovere degli amministratori verso la società risulti direttamente previsto in maniera preesistente dalla legge e, una volta costituita la società, dallo Statuto, il quale può colmare le lacune lasciate dalla normativa, prevedendo e disciplinando direttamente al suo interno delle fattispecie concrete che si possono verificare nel corso dell'attività d'impresa che possono integrare ipotesi di responsabilità<sup>46</sup>.

Come rilevato in precedenza, invece, nei doveri verso i creditori, gli amministratori nelle società *in bonis* rispondono «*per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale*»; tali obblighi non risultano essere espressamente disciplinati e quindi dovranno compiere operazioni volte a non aggravare la capienza patrimoniale, sia con operazioni di investimento,

---

<sup>46</sup> Si ricorda come l'art. 1176 c.c. prevede che nell'adempimento delle obbligazioni il debitore debba agire secondo il principio generale della diligenza del buon padre di famiglia e che tale disposizione per l'attività professionale debba intendersi ora con il più specifico dovere di agire con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico.

distribuzione di utili ecc., sia con operazioni volte a conservare la capacità economica.

Con il verificarsi di una situazione di crisi tali obblighi risultano più stringenti potendo i creditori avviare un'azione di responsabilità quando risulti diminuita drasticamente la massa creditoria idonea al loro soddisfacimento.

In questa situazione, l'attività di gestione è finalizzata alla realizzazione dell'interesse sociale, che è concetto abbastanza vago perché «*le società sono un crocevia di interessi diversi, variamente tra loro calibrati e in diverso modo considerati dalle norme disciplinanti la materia*». <sup>47</sup>

Venendo alla possibilità di istaurare un'azione di responsabilità per non aver ottemperato ai propri doveri, tale legittimazione viene riconosciuta anche ai soci in forza dalla consolidata giurisprudenza e dottrina che riconosce agli amministratori un rapporto contrattuale con la società qualificato come rapporto di mandato<sup>48</sup>, contratto di amministrazione o rapporto di immedesimazione organica. Nella fase di crisi tale legittimazione spetterà al curatore il quale agirà come successore del contratto sociale agendo in nome e per conto dei soci qualora venga ad imbattersi in una situazione in cui sia ragionevole esperire l'azione.

Il curatore quando agisce fa valere indistintamente sia l'azione contrattuale che spetterebbe alla società in quanto gestore del patrimonio del fallito, sia l'azione extracontrattuale considerata però azioni di massa dei creditori legittimata *ex art* 146 l.f.<sup>49</sup> fermo restando la possibilità di agire individualmente lasciata ad ogni creditore per danno individuale anche durante l'insolvenza.

La valutazione della diligenza dell'amministratore nello specifico potrà tenere conto sia della particolare specializzazione tecnica, scientifica e culturale del medesimo che della funzione effettivamente svolta dallo stesso, ma non dovrà mai prescindere dal fatto che in ogni caso l'assunzione della funzione di amministratore richiede il possesso delle generali nozioni tecnico-economiche che appaiono indispensabili alla cura di affari di carattere imprenditoriale. Un simile risultato

---

<sup>47</sup> R. Rordorf, *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Società*, 1993, pag.617.

<sup>48</sup> Art. 2260 c.c. comma 1 "i diritti e gli obblighi degli amministratori sono regolati dalle norme sul mandato"

<sup>49</sup> Cass., sez. I, 3 giugno 2010, n. 13465

interpretativo pare imposto dal testo della Relazione ministeriale, che contiene un esplicito riferimento all'intento del legislatore di sanzionare i comportamenti caratterizzati da *“irresponsabile o negligente improvvisazione”*. Tale soluzione sembra peraltro imposta anche dalla logica e dalla necessità di interpretare la disciplina del diritto societario secondo canoni di efficienza<sup>50</sup>.

In definitiva compito dell'amministrazione è operare in modo che il risultato economicamente positivo voluto dalla società per il conseguimento dell'oggetto sociale, sia ottenuto grazie alla massimizzazione dei profitti attraverso le azioni più utili ed opportune *secundum legem*, per cui la gestione venga incontro all'interesse dei soci in un contesto di regolare attività d'impresa. Durante la fase di crisi, invece, la norma da prendere come inquadramento della disciplina è l'art. 2486 c.c. il quale prevede che *«al verificarsi di una causa di scioglimento e fino alla nomina dei liquidatori, gli amministratori conservano il potere di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale»* e questi *“sono responsabili personalmente e solidalmente dei danni arrecati alla società, ai soci ecc. per atti e omissioni compiuti in violazione del precedente comma”*.

In questo quadro, gli amministratori non solo non hanno più un divieto di compiere nuove operazioni, ma hanno l'obbligo di continuare nella gestione della società, ancorché il loro spettro di azione rimanga confinato entro l'ambito più ristretto di una gestione coerente alle finalità conservative postulate dal legislatore, e non possa dunque più spaziare nei trecentosessanta gradi della gestione diligente e funzionale al conseguimento dell'oggetto sociale. È, dunque, sul monitoraggio in ordine allo stato di squilibrio patrimoniale, da un lato, e sulla compatibilità della gestione successiva rispetto alle finalità conservative del valore dell'azienda, che si impernia la regola normativa.

Tale disciplina si pone in esatta armonia con ciò che afferma la Riforma: viene posto come principio generale la tutela dei valori sottesi alla continuità aziendale. La perdita del capitale sociale, di qualsiasi entità essa sia, già determina

---

<sup>50</sup> Il richiamo della giurisprudenza all'efficienza come criterio di interpretazione delle norme del diritto societario è per esempio evidente nelle decisioni che affermano l'invalidità delle clausole statutarie che fissino quorum costitutivi per l'assemblea di seconda convocazione (v. ad esempio *Cass., in Giust. civ., 1990, I, 2608; in Dir. fall., 1990, II, 986; in Riv. not., 1992, 672.* che richiama in motivazione *“esigenza di assicurare quanto più possibile il funzionamento dell'assemblea”*)

il divieto di distribuzione degli utili e delle riserve disponibili per la parte necessaria a coprirle, al divieto di aumento del capitale, ecc., ma quando la perdita è rilevante in quanto raggiunge un importo superiore al terzo rispetto al capitale nominale sottoscritto, scatta l'obbligo per gli amministratori o per il consiglio di gestione, ed, in caso di loro inerzia, del collegio sindacale ovvero del consiglio di sorveglianza, di convocare, senza indugio, l'assemblea della società, alla quale sottoporre una relazione sulla situazione patrimoniale con le osservazioni del collegio sindacale o del comitato per il controllo sulla gestione, per gli opportuni provvedimenti<sup>51</sup>.

In questo caso l'organo amministrativo ha un obbligo specifico di adoperarsi nel modo indicato dalla legge per rappresentare all'assemblea le ragioni della crisi, l'entità della perdita e le prospettive di risanamento, così da porre i soci in condizione di adottare i provvedimenti opportuni (utilizzo di riserve, ricapitalizzazione, ecc.) ad evitare lo scioglimento della società, previsto dall'art. 2448 c.c.; tale relazione, avendo lo scopo di offrire all'assemblea la reale situazione patrimoniale della società, ai fini di una regolare formazione della volontà sociale in una materia così delicata che tocca la sopravvivenza stessa della società, deve essere dettagliata, redatta con i medesimi criteri di chiarezza, correttezza e veridicità imposti per il bilancio d'esercizio dagli artt. 2423 e ss. c.c. e dev'essere il più possibile aggiornata. La violazione di tali obblighi costituisce potenziale fonte di danno per la società ed i terzi e giustifica l'adozione di una azione di responsabilità. Di conseguenza in questa fase l'amministrazione continua la ordinaria gestione funzionale al conseguimento dell'oggetto sociale, seppur il suo ambito discrezionale di scelta è limitato solo a quelle operazioni utili alla conservazione del patrimonio<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Art 2485 c.c. *“Gli amministratori devono senza indugio accertare il verificarsi di una causa di scioglimento e procedere ai relativi adempimenti. Essi in caso di ritardo od omissione, sono personalmente e solidalmente responsabili per i danni subiti dai soci, dalla società, dai creditori sociali e dai terzi.*

*Quando gli amministratori omettono tali adempimenti, il tribunale su istanza di parte accerta il verificarsi di una causa di scioglimento.”*

<sup>52</sup> Trib. Milano, 1 dicembre 1988: *“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”.*

Da quanto detto fino ad ora discende che la *mala gestio* degli amministratori che non hanno ottemperato al dovere di dotare la società di un adeguato assetto organizzativo e contabile, in una fase di crisi determina la loro responsabilità per aver recato danno al principio generale della continuità; allo stesso tempo tale inottemperanza di doveri va ricercata nell'aver omesso ogni attività quando lo stato di insolvenza era ormai divenuto certo o di non aver tenuto conto che una determinata operazione avrebbe aumentato il c.d. rischio di impresa ponendo in essere un'operazione di *moral hazard* andando in contrasto con gli interessi delle parti in gioco che sono rivolti ad una gestione patrimoniale semplice.<sup>53</sup>

Per quanto attiene alla prescrizione dell'azione di responsabilità, il termine è di cinque anni per i diritti che derivano da rapporti sociali ed inizia a decorrere dal momento della cessazione della carica di amministratore (in deroga alla disciplina ordinaria che prevede che il termine decorre dal momento in cui il diritto può essere fatto valere) in coerenza con il principio generale che durante la carica tale diritto resta sospeso.

#### **4. Azione di responsabilità contro gli amministratori e gli organi di controllo nelle società in liquidazione**

L'azione di responsabilità contro gli amministratori trova il suo presupposto, come visto nel paragrafo precedente, nel mancato rispetto dei doveri di diligenza che avviene sia durante la fase *in bonis* dell'impresa sia durante la fase di crisi. Durante le fasi antecedenti ad una crisi ci deve essere un costante monitoraggio delle condizioni dell'impresa in modo che qualora un adeguato assetto rilevi un probabile indice di crisi, tale organo si attivi preventivamente con il sistema di allerta per contrastarlo.

Le norme di diritto societario prevedono agli art. 2485 e 2486 c.c. che l'accertamento di una causa di scioglimento comporta un dovere per gli amministratori di preservare il patrimonio della società tramite una gestione

---

<sup>53</sup> C.d. *agency problem*: in tale situazione dove gli amministratori (*agent*) detengono il possesso del patrimonio e sono legittimati a compiere operazioni, devono tener conto degli interessi di un'altra parte (*principal*) come ad es. i creditori i quali quindi devono essere adeguatamente informati di tali operazioni.

conservativa, che a sua volta comporta sul piano economico una ponderazione delle scelte per mantenere la continuità aziendale. Da tale affermazione deriva quindi il confine entro il quale può esperirsi l'azione di responsabilità per aver recato un danno alla società nella c.d. *twilight zone*, ovvero quell'arco temporale antecedente ad una situazione di crisi in senso tecnico, situato in un momento tra il rischio di insolvenza e le prospettive di risanamento. La mera prosecuzione dell'attività d'impresa non è idonea di per sé a configurare una responsabilità, potendo essere strumentale ad evitare un dissesto più grave, ma deve essere affiancata dalla condotta con la quale viene ad integrarsi la prosecuzione: deve essere accompagnata dalla colpa quando per negligenza, imprudenza o imperizia abbiano colposamente proseguito l'attività in presenza di una causa di scioglimento, o dolosa quando con artifici abbiano celato la causa di scioglimento, proseguendo l'attività e recando delle perdite più gravi di quelle nel momento in cui si è verificata. Una volta accertata tale condotta spetterà al curatore agire in nome e per conto dei creditori e soci con un'azione di responsabilità, ferma restando la possibilità di agire singolarmente quando si verifica un danno individuale.

Il giudizio di responsabilità è affidato al giudice il quale avrà il compito di delineare prima di tutto la fattispecie astratta, ovvero l'insieme di comportamenti che possono ritenersi diligenti in base alle indicazioni provenienti dalla normativa di settore, *soft law* e *best practices* che l'amministratore avrebbe dovuto tenere per rientrare nel canone della corretta amministrazione, e verificare successivamente se tali indicazioni siano conformi alla fattispecie concreta.

Deriva, da quanto appena espresso, che vi è un limite al sindacato del giudice sulle scelte di merito fatte dall'amministrazione. Egli dovrà eseguire un giudizio prognostico su quelle informazioni che hanno determinato la scelta dell'organo o la sua omissione – la c.d. *business judgement rule*<sup>54</sup>-, ma non potrà

---

<sup>54</sup> 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”  
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”.

valutare se siano state le più opportune per la società a livello imprenditoriale<sup>55</sup>. Queste ultime, invece, saranno rilevanti solo ai fini della revoca del titolo di amministratore.

Da tale giudizio può emergere anche un mancato rispetto dell'adeguato assetto il quale dovrà essere verificato caso per caso in base al tipo di attività esercitata e la forma societaria adottata, non essendoci un prototipo di assetto organizzativo universalmente valido, verificando anche se l'assetto adottato per gli amministratori all'inizio dell'attività risultava il più idoneo e l'inadeguatezza sia emersa successivamente a causa dell'andamento negativo della gestione aziendale<sup>56</sup>.

Una volta accertato il danno da risarcimento, esso andrà quantificato e la giurisprudenza ha elaborato tre criteri:

1) la contestazione di fatti specifici a cui sia riconducibile un danno specifico. In questo caso l'attore avrà l'onere di dimostrare in giudizio il compimento dell'azione/omissione da parte dell'organo amministrativo, nonché il nesso di causalità tra l'evento e il danno arrecato. Il risarcimento verrà quantificato in base all'entità del danno. Questo criterio viene perlopiù utilizzato dai singoli creditori o soci per un danno specifico<sup>57</sup> ma anche dalle curatele fallimentari in quanto risulta il criterio migliore per ottenere la liquidazione del danno da parte del giudice.

2) la differenza tra patrimoni netti, ovverosia tra il patrimonio netto al momento in cui si è verificata la causa di scioglimento - e non si è provveduto ai sensi di legge, proseguendo invece illecitamente l'attività d'impresa - e il patrimonio netto alla dichiarazione dell'apertura della procedura liquidatoria. La differenza è oggetto di risarcimento per tutti quei soggetti che avrebbero dovuto

---

<sup>55</sup> Ad es. non potrà essere sindacato la decisione di non provvedere allo scioglimento della società qualora se ne verifichino i presupposti, ma il percorso che è stato intrapreso dagli organi di *governance* attraverso il flusso informativo, che ha portato a tale decisione.

<sup>55</sup> Secondo la giurisprudenza si tratta della responsabilità di natura contrattuale propria degli amministratori per avere recato un danno per non aver rispettato la diligenza richiesta dalla natura del loro incarico e dalle loro specifiche competenze, essendo l'interesse nel patrimonio fallimentare coincidente tra creditori e soci.

<sup>56</sup> CABRAS, *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002

beneficiare della garanzia patrimoniale alla data in cui gli amministratori non hanno provveduto, artificiosamente o colpevolmente, allo scioglimento della società.<sup>58</sup> Tale criterio è stato poi rinominato dalla giurisprudenza con il termine «*patrimoni netti rettificati*», vale a dire con l'extrapolazione del danno imputato agli amministratori di quei costi che la società avrebbe dovuto comunque sostenere se la liquidazione fosse stata aperta tempestivamente;

3) differenza tra attivo e passivo fallimentare. Solitamente il curatore lo utilizza come criterio residuale rispetto ai primi due, soprattutto nei casi in cui non abbia avuto accesso alle scritture contabili e sociali della società.

A seguito dell'intervento della riforma del d.lgs. 6/2003 gli amministratori, dunque, incorrono in due tipi di violazioni: o in maniera anticipata a causa della carenza degli assetti della società omettono di rilevare tempestivamente che una causa di scioglimento si sia verificata; oppure a seguito di una causa di scioglimento quando dolosamente o colpevolmente non orientano la propria gestione ai fini conservativi e liquidatori, aggravando la situazione della società mediante un nuovo rischio imprenditoriale la cui inidoneità andrà accertata con un giudizio *ex ante* dimostrando che, alla luce dei dati a disposizione in quel momento dagli amministratori, l'attività è andata a diminuire notevolmente la capienza patrimoniale<sup>59</sup>. In molti casi, tuttavia, lo stato di patologia suggerisce cautela su tale responsabilità la quale può rientrare nel nesso di causalità insieme ad un ulteriore numero indefinito di concause che impediscono di rilevare il fattore che ha

---

<sup>58</sup> L'art 378 comma 2 D.lgs. 14/2019 ha aggiunto dopo il comma 2 dell'articolo 2486 cod. civ. il seguente “*quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo. E salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione*”.

<sup>59</sup> Tale ulteriore dovere previsto per gli amministratori nel fallimento di non aggravare il dissesto è previsto in via generale dall'art. 217 Legge Fallimentare comma 1 n. 4 il quale prevede che “*il debitore è punito con il reato di bancarotta semplice quando ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi di richiedere la dichiarazione del proprio fallimento, o per altra colpa grave*” e tale dovere viene esteso anche agli amministratori *ex art 224 L. F. comma 1 n.2* quando “*hanno concorso a cagionare od ad aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge.*”

scatenato l'insolvenza; in questo caso spetterà al giudice accertare quali fra queste abbia un grado maggiore di incidenza sulle altre caso per caso.

Un profilo molto spesso attenzionato dalla giurisprudenza riguarda la configurabilità di una responsabilità per gli enti creditizi in concorso con gli amministratori per avere concesso credito ad una società già priva di continuità aziendale, aggravandone il dissesto. In questi casi vale la regola generale secondo cui i creditori, che detengono una maggiore qualificazione, devono fornire adeguata collaborazione agli amministratori a rilevare uno stato di crisi.<sup>60</sup>

In virtù di quanto detto, la Corte di Cassazione nella sentenza n. 7030/2006 ha individuato gli estremi per valutare l'abusività della concessione creditizia ritenendo che sia sufficiente una situazione finanziaria instabile e precaria, e non già che il debitore versi in uno stato di insolvenza. Nei confronti delle imprese e dei creditori questa situazione crea un affidamento circa la favorevole situazione dell'imprenditore occultando il reale stato di insolvenza. I soggetti lesi al verificarsi della fattispecie illecita hanno il diritto di esercitare l'azione di responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c. e dovranno dimostrare non solo il nesso di causalità tra il danno patrimoniale verificatosi e la concessione abusiva dell'ente, ma anche l'elemento soggettivo del dolo se viene fornita la prova che la banca era pienamente a conoscenza della reale situazione finanziaria dell'impresa e la colpa quando non abbia raccolto le adeguate informazioni della situazione economico-finanziaria, oppure non abbia accuratamente valutato le conseguenze della concessione creditizia.

La giurisprudenza afferma che tale elemento soggettivo non sussiste quando la banca dimostri di aver erogato il finanziamento ai sensi dell'art. 182 c.c. *quinquies* comma 1 e 3.

---

<sup>60</sup> Si ricorda che l'art. 182 *quinquies* prevede che il debitore che abbia presentato una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti può chiedere di contrarre un finanziamento o per il miglior soddisfacimento dei propri creditori o se in mancanza di tali deriverebbe un pregiudizio imminente o irreparabile per la sua impresa. La *ratio* di tale disciplina è nel rendere prededucibili solo quei finanziamenti strumentali all'impresa e non quelli che potrebbero invece aggravare il dissesto costituendo un ostacolo alla continuità aziendale.

## **5. Il riparto di competenze tra consiglio di amministrazione e collegio sindacale nel fallimento**

Le competenze ripartite tra collegio sindacale e C.d.A. rientrano in quella disciplina di *corporate governance* interna che con l'introduzione del Codice della Crisi ha acquisito una mappatura più definita di quei soggetti che operano internamente all'impresa, dei loro principali ruoli e delle relative funzioni.

L'art. 2403 c.c. indica come il Collegio sindacale abbia la funzione principale di vigliare sull'osservanza della legge e dello Statuto attraverso atti individuali come le ispezioni; da tale lettura si riconosce *in primis* la qualificazione del principio di corretta gestione societaria come clausola generale e del principio di vigilare sul processo di valutazione che compie l'amministrazione nell'individuare l'assetto organizzativo più adeguato all'attività d'impresa esercitata.

È stato discusso a lungo in giurisprudenza se la funzione di vigilanza svolta dal Collegio Sindacale possa essere svolta anche in una fase di quiescenza degli altri organi, come nel fallimento o nell'amministrazione straordinaria, essendoci una nuova gestione in queste procedure. La risposta sembrerebbe positiva in quanto i sindaci svolgono un potere di vigilanza che, come emerge dall'art 2403 c.c., viene svolto principalmente sull'osservanza della legge e dello Statuto, configurandosi dunque come un dovere generale di controllo della legalità.

Pertanto, non sembrerebbe in contrasto con le finalità delle procedure fallimentari, ove vi è una sostituzione degli organi a causa della perdita di legittimità del debitore e una quiescenza assembleare consistente nel divieto di manifestare la volontà della società, sul presupposto che l'attenzione si sposta non più sul prevalente interesse dei soci, ma sia rivolta al miglior soddisfacimento dei creditori<sup>61</sup>.

Il comma 3 dell'articolo 2403 c.c. sembra essere già una lampante dimostrazione di come la *governance* interna della società debba collaborare sull'andamento aziendale, coordinandosi attraverso una fitta rete di informazioni

---

<sup>61</sup> Cassazione civile sez. I - 29/12/2017, n. 31204: "L'obbligo di vigilanza di cui all'art. 2392, comma 2, c.c., testo previgente, e l'obbligo di controllo di cui all'art. 2403 c.c., testo previgente, impongono agli amministratori deleganti e ai sindaci di ricercare adeguate informazioni, non potendosi ritenere esonerati da responsabilità verso i creditori sociali gli amministratori e i sindaci che abbiano accolto passivamente il deficit informativo".

che possa riferirsi anche nei confronti degli organi di società controllate. Allo stesso tempo l'art 2405 c.c. prevede come tali poteri di vigilanza siano non solo concomitanti, ma anche preventivi estendendosi al punto di permettere ai sindaci di assistere alle adunanze di altri organi in modo da essere costantemente informati non solo dell'andamento societario, ma anche delle eventuali future operazioni che rientrano nella funzione di rischio propria di ogni impresa.

Fatta questa premessa generale notiamo come il Collegio sindacale assuma un ruolo di monitoraggio di alto grado e implicitamente stia significare come i soggetti che ne facciano parte debbano possedere elevati requisiti di professionalità e onorabilità maturati con il tempo: tanto è vero che non è neanche considerata degna di rilievo per tale organo la disciplina del conflitto di interessi in quanto si presuppone che i membri riescano a mantenere per la durata del loro mandato l'indipendenza necessaria per garantire il controllo della gestione sociale.

Questa funzione di ininterrotto monitoraggio si differenzia quindi dall'attività svolta dal C.d.a. *una tantum* circa la valutazione dell'operato degli organi delegati, ed è giustificata per due ragioni: la prima è che il Collegio rappresenta il fulcro dei flussi informativi essendo - come si evince nella parte del Codice civile *Del collegio sindacale* (artt. 2397-2409) - il destinatario delle informazioni di tutti gli organi interni della società ma anche esterni, come il revisore legale dei conti; la seconda è che la *culpa in vigilando* scaturisce quando viene dimostrato che il danno prodotto dai sindaci non si sarebbe verificato se essi avessero vigilato sull'operato degli amministratori ( e sugli organi da essi delegati) in conformità degli obblighi della loro carica, rispondendo in questo caso solidalmente con gli amministratori.

In seguito agli interventi normativi a livello europeo degli ultimi anni si è sviluppata fra coloro che operano nella gestione e nel controllo dell'impresa una c.d. *rescue culture*, armonizzata attraverso provvedimenti interni nei vari ordinamenti europei, rendendo prevalente l'interesse di preservare la continuità aziendale vista come un valore maggiormente rilevante rispetto all'utile o fatturato prodotto da una società, avendo efficacia in un arco temporale medio-lungo e costituendo la vera fonte di soddisfazione ultima dei creditori. Si è quindi spostato

l'epicentro da una cultura in precedenza predisposta alla miglior liquidazione dei beni ai creditori, ad un uso di tale concetto come *extrema ratio*<sup>62</sup>.

Da quanto esaminato bisogna distinguere quali funzioni siano ripartite tra collegio sindacale e amministratori in questa fase di crepuscolo della società per perseguire l'obiettivo di rilevare in anticipo gli indizi della crisi. Come visto in precedenza<sup>63</sup> gli amministratori hanno il dovere di individuare quale sia l'assetto organizzativo più efficiente, avvalendosi anche di organi da loro delegati dotati di maggior competenza sulla scelta, fermo restando il dovere di tutto l'apparato di effettuare una valutazione sull'operato e sulle scelte intraprese. Una volta effettuata tale valutazione spetterà ai sindaci effettuare un controllo successivo sulla valutazione fatta dagli amministratori dei delegati, ma anche eventualmente adire l'organismo di composizione assistita per la crisi (OCRI), che verrà obbligatoriamente costituito entro il 15 agosto 2020 presso ciascuna camera di commercio, quando non vi sia stata una adeguata o totale mancanza di risposta degli amministratori alla segnalazione nel termine di trenta giorni<sup>64</sup>.

Se interpretiamo quanto detto sul Collegio sindacale, si può affermare come tale organo nella fase di crepuscolo della società svolga non solo le funzioni previste dal Codice civile di vigilanza *ex post* e concomitante, ma anche un ruolo attivo per rilevare indizi di crisi con una valutazione prognostica, permettendo quindi all'organo di ricoprire un ruolo "in prima linea" che normalmente spetterebbe agli amministratori. Tale novità, a livello funzionale, costituisce un chiaro esempio di come la prospettiva sia completamente ribaltata nelle regole del fallimento rispetto a quanto previsto nelle norme di governo societario, e tale cambio di rotta trova la sua giustificazione nell'ottica di permettere all'imprenditore un recupero di quella

---

<sup>62</sup> Tale considerazione viene anche giustificata dalla disciplina del concordato con continuità aziendale prevista dall'art 186 *bis* nell'ottica di considerare tale procedura come strumento per impedire l'interruzione dell'attività, attraverso un piano industriale di risanamento idoneo.

<sup>63</sup> Si rimanda al paragrafo §1.2

<sup>64</sup> Si utilizzi come riferimento normativo la l 155/2017 art. 4 e 14

continuità aziendale che altrimenti in assenza di tale nuova prospettiva sarebbe irrecuperabile<sup>65</sup>.

Per quanto concerne il profilo della responsabilità sembra potersi affermare come vi sia una stretta corrispondenza tra quella degli amministratori e quella dei sindaci. Suddetta solidarietà è stata confermata dalla giurisprudenza di legittimità<sup>66</sup> che, seguendo un ormai consolidato orientamento, ha anche riconosciuto la possibilità che qualora in seguito all'accertamento emerga che non vi sia responsabilità del consiglio di amministrazione, tale accertamento sia esteso anche nei confronti dei sindaci in quanto la *culpa in vigilando* non viene integrata se l'organo verso cui è diretta non pone in essere nessuna condotta sanzionabile.

La Suprema Corte si è pronunciata anche sulle dimissioni dei sindaci prima che sia stata emanata la sentenza dichiarativa di fallimento, affermando che tale atto non costituisce esonero dall'azione di responsabilità del curatore nei loro confronti, applicandosi per analogia il regime di *prorogatio* previsto per gli amministratori *ex art. 2385 c.c.*<sup>67</sup>, potendo anche costituire in fase di accertamento un ulteriore motivo per l'incremento del danno da essi provocato e rientrando anche nella giurisdizione del Tribunale Penale qualora si siano verificati i presupposti di bancarotta fraudolenta o semplice<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Bisogna segnalare come l'interesse dell'impresa in una crisi non è più nella prospettiva di operare al fine di soddisfare l'interesse dei soci ma inversamente dovrà essere nei confronti dei creditori secondo il principio generale di dover garantire loro il miglior soddisfacimento.

<sup>66</sup> Cassazione civile sez. I - 14/12/2015, n. 25178: *“La responsabilità dei sindaci di una società, prevista dall'art. 2407, comma 2, c.c., per omessa vigilanza sull'operato degli amministratori, ha carattere solidale tanto nei rapporti con questi ultimi, quanto in quelli fra i primi, sicché l'azione rivolta a farla valere non va proposta necessariamente contro tutti i sindaci e gli amministratori, ma può essere intrapresa contro uno solo od alcuni di essi, senza che insorga l'esigenza di integrare il contraddittorio nei confronti degli altri, in considerazione dell'autonomia e scindibilità dei rapporti con ciascuno dei coobbligati in solido”*.

<sup>67</sup> Cassazione civile sez. I - 12/04/2017, n. 9416

<sup>68</sup> Art 223 L.f. Bancarotta fraudolenta: *“Si applicano le pene stabilite dall'art. 216 agli amministratori, ai direttori generali e sindaci di società dichiarate fallite che hanno commesso alcuni dei fatti preveduti dal suddetto articolo”*

Art. 224 L.f. Bancarotta semplice: *“Si applicano le pene stabilite dall'art. 217 agli amministratori, ai direttori generali e sindaci di società dichiarate fallite i quali: 1) hanno commesso alcuno dei fatti preveduti da suddetto articolo 2) hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge.”*

Parte della Dottrina si è interrogata, relativamente alla fase di pre-insolvenza, su fino a che punto fosse integrata la responsabilità dell'organo di controllo, potendo tale organo essere esonerato da responsabilità solo quando gli amministratori abbiano manifestamente violato con comportamenti illegittimi una prescrizione data precedentemente dall'organo di controllo nel corso di una procedura di allerta e di composizione assistita originata da adeguata segnalazione<sup>69</sup>. Il testo dell'art. 14 comma 3 d. lgs 14/2019 richiama tale formulazione, già effettuata dalla Commissione Rordorf nella l. 155/2017. Da una interpretazione della *ratio* normativa si può comprendere, dunque, come tale esonero sussista solo nei casi di comportamenti degli amministratori in violazione di una prescrizione correttamente data dal collegio precedentemente.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> La Commissione ministeriale a seguito della legge delega n.155 del 2017 si era espressa in tale modo: *“Ferma restando la prosecuzione dell'esercizio delle loro funzioni, la tempestiva segnalazione all'organismo di composizione della crisi da parte degli organi di cui al primo comma 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”*.

<sup>70</sup> RORDORF R. pag. 929 in *“Rivista delle Società”*, Dic. 2019

## II. LA RESPONSABILITÀ NELLA GESTIONE DEGLI AMMINISTRATORI

**SOMMARIO:** 1. Il dovere organizzativo del consiglio di amministrazione: i criteri di diligenza generale- 2. La responsabilità degli amministratori per assetti inadeguati o mancanti: *deficit* organizzativo- 3. *Business Judgement Rule*: ambito di applicazione e limiti- 3.1 La giurisprudenza delle Corti del Delaware- 4. Il dovere conoscitivo-preliminare nella fase pre-insolvenza- 5. La (ri-)pianificazione e il dovere di risanamento e continuazione dell'impresa

### 1. Il dovere organizzativo del consiglio di amministrazione: i criteri di diligenza generale

In seguito alla Riforma del diritto delle Società del 2003 è avvenuta una modifica sostanziale dell'organo gestionale, in particolare su delle nuove clausole generali che ridisegnano il paradigma dell'amministrazione della società azionaria. Il legislatore ha voluto assegnare centralità al profilo dell'informazione e alla trasparenza, intesa sia come canone generale dell'agire del buon amministratore, sia come strumento di "tracciabilità" da possibili condotte commissive od omissive le quali potrebbero integrare profili di responsabilità.

Il secondo asse portante della riforma può essere individuato nella puntualizzazione di specifici poteri-doveri degli amministratori, instaurati come innovativa regolamentazione del ruolo dei membri della gestione, procedimentalizzato nelle tecniche aziendali in base alla natura, sviluppi e le complessità. Il riferimento va agli assetti organizzativi<sup>71</sup>, al dovere di disamina dei piani strategici, industriali e finanziari, al contenuto dei *report* dovuti al consiglio.

La terza caratteristica può essere individuata in una attenuazione della dipendenza degli amministratori dal socio di controllo, riprendendo una prerogativa propria delle società dell'ordinamento statunitense dove vi sono presenti un numero indefinito di *shareholders* che detengono anche delle percentuali del 3% o 5% ai quali è stata riconosciuta necessaria forma di tutela da possibili abusi della partecipazione di controllo, sia endosocietarie che giudiziale<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Per la definizione generale di "assetto" si veda IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo societario delle società di capitali*, Milano 2005; per una definizione di assetto amministrativo e contabile si veda R. PERROTTA e L. BERTOLI; *Assetti organizzativi, piani strategici, sistema di controllo interno e gestione dei rischi*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2013

<sup>72</sup>In modo particolare nel nostro ordinamento: con l'estensione al diritto comune dell'azione di responsabilità da parte dei soci della minoranza (art.2393bis), con la previsione di impugnabilità da parte dei soci delle deliberazioni consiliari lesive dei loro diritti (art.2388, 4 comma), con la

Allo stesso tempo la nuova disciplina ha rafforzato i poteri degli amministratori, rendendo palese un'esclusione delle competenze gestorie all'assemblea. Un orientamento consolidato della dottrina afferma che tale principio non assume valore assoluto come si evincerebbe dal testo letterale della norma, ma troverebbe il suo contrappeso nell'art. 2497 comma 1 dal quale emerge che nei limiti dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale prima enunciati: «è legittimo esercitare l'attività di direzione e coordinamento e cioè un'attività sistemica di indirizzo strategico delle scelte gestorie, che, pur non "espropriando" gli organi della società eterodiretta, ne condiziona e ne orienta le decisioni amministrative»<sup>73</sup>.

In definitiva il legislatore ha voluto elevare a clausola di carattere generale i principi di corretta amministrazione, prima espressamente contemplati solo nelle società quotate. In tale contesto l'adeguatezza dell'assetto societario curata dagli organi delegati<sup>74</sup> sotto l'aspetto organizzativo, amministrativo e contabile, costituisce il primo pilastro da seguire per garantire un efficace sviluppo della società per il conseguimento dell'oggetto sociale, ma allo stesso tempo per prevenire possibili cause di dissesto. Compito del consiglio di amministrazione sarà quello di valutare tale adeguatezza in base alle informazioni ricevute, e lo stesso sarà responsabile in solido soprattutto quando le funzioni delegate siano ripartite tra più organi (ad es. un comitato esecutivo e un amministratore delegato).

Nonostante la complessità strutturale interna delle grandi imprese, il potere di amministrazione, sia pure organizzato a livello gerarchico, è articolato e diffuso, garantendo in tal modo una diversificazione operativa, stratificata su più livelli dove al vertice troviamo "la direzione suprema degli affari" che estrinseca le sue funzioni

---

previsione della responsabilità verso i soci di società eterodirette in caso di abuso della direzione unitaria (art. 2497 2 e 3 comma).

<sup>73</sup> M. IRRERA, *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, 2016, Zanichelli Editore, Bologna pag. 5.

<sup>74</sup> Alcuni autori sostengono che la "cura degli assetti organizzativi attribuiti agli organi delegati non è una competenza stabilita ex lege" ma piuttosto sta a significare "in assenza di diversa previsione statutaria", P. MONTALENTI, *Principi di corretta amministrazione, adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, sistema di controllo interno*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, (a cura di) M. IRRERA, 2016

attraverso linee direttrici generali e verifica di efficacia ed efficienza dell'azione degli organi delegati: il processo informativo assume quindi ruolo centrale.

La dottrina ha qualificato il criterio dell'adeguatezza degli assetti come una clausola generale<sup>75</sup>, introducendo una nozione più ampia rispetto a quella proposta da alcuni autori che qualificano come assetto societario il complesso di regole che stabiliscono “chi fa cosa”, “come e quando qualcosa deve essere fatto” e “chi vigila su chi quel qualcosa fa”<sup>76</sup>. Definizione che è stata accolta ma che non evidenzia la finalità sottesa alla loro predisposizione e cioè il rispetto dei criteri di corretta gestione sotto il profilo formale e statico che sostanziale e dinamico.<sup>77</sup>

La *ratio* del criterio di adeguatezza sarebbe infatti quello di essere funzionale non solo a consentire che l'azione degli amministratori sia rispettosa della legge e dello statuto, ma anche efficiente ed efficace alle prerogative fissate nell'oggetto sociale. Tale criterio sembra assumere rilevanza come misura della condotta dovuta non soltanto dai componenti dell'organo amministrativo e di controllo, ma anche dal revisore legale dei conti sul quale incombe l'obbligo di scambio di informazioni rilevanti con i sindaci *ex art 2409 septies c.c.* ed implicitamente un dovere di segnalare al controllo eventuali inadeguatezze degli assetti riscontrati nell'esercizio delle proprie funzioni.

Il legislatore del 2003 è altresì intervenuto sulla diligenza dell'amministratore: si è infatti risolta la questione dello standard di diligenza che il codice previgente assimilava a quella del “buon padre di famiglia”, la quale secondo la dottrina prevalente e la giurisprudenza, era riconducibile al paradigma della diligenza qualificata. Essendo tale concetto molto astratto, adesso dalla lettura del combinato disposto dell'art 2392 comma 1 c.c. e 1176 comma 2 c.c. sembrerebbe essere ricondotta quella dell'amministratore nella fattispecie della c.d. “diligenza professionale” graduata in relazione alla natura dell'attività che muta in ragione al parametro di riferimento più o meno ampio che si ritenga di dover

---

<sup>75</sup> Secondo alcuni Autori come norma di rango primario connotata da autonoma precettività, MERUZZI, *L'informativa endo-societaria nelle società per azioni*, in *Contr. e Imp.*, 2010, 737 ss., nonché IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, cit., 84 e *Gli obblighi degli amministratori*, cit, 365 ss.

<sup>76</sup> DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in *op. cit.*

<sup>77</sup> G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti come criterio primario di condotta: l'impatto sulla governance della società*, pag.44, in *Assetti adeguati e modelli organizzativo nella corporate governance delle società di capitali*

accogliere; più precisamente il grado di cura, di attenzione, di applicazione esigibile nell'amministrazione di una società di piccole dimensioni operante all'interno di un unico Stato e con pochi dipendenti, è sicuramente minore rispetto a quello richiesto nella gestione di un'impresa multinazionale.

Parte della dottrina ritiene che il legislatore non richieda la perizia <sup>78</sup>, ma quella maggioritaria sostiene che sarebbe difficile ipotizzare il rispetto di questo nuovo standard di diligenza in assenza di un'adeguata conoscenza preliminare per lo svolgimento dell'incarico, grazie anche al richiamo della disciplina comparatistica di altri ordinamenti, essendo espressamente previsto l'ancoramento della diligenza alle *“loro specifiche competenze”* con valutazioni che dovranno essere effettuate con criteri differenziati.<sup>79</sup>

Una volta assunto che i principi di corretta amministrazione, richiamati nella disciplina dei gruppi come termini di corretta gestione societaria, costituiscono il pilastro per le condotte degli amministratori, si tratta di inquadrare la correttezza delle decisioni dell'organo a livello procedurale e sostanziale e l'ambito di discrezionalità a loro concesso.

Il primo elemento può definirsi in termine di *«adozione di appropriate procedure istruttorie e valutative tecnico-aziendalistiche di analisi delle caratteristiche dell'operazione dal punto di vista economico, finanziario e reddituale»*.<sup>80</sup> Tuttavia tali regole della prassi aziendalistica devono essere appropriate alla specifica operazione ed i soggetti incaricati della valutazione devono possedere caratteristiche di indipendenza per garantire l'attendibilità del risultato valutativo (c.d. correttezza sostanziale); infine andrà analizzato il profilo della convenienza delle relative condizioni e il principio della *business judgement rule*; non ci si sofferma sul relativo concetto, considerando che verrà esaminato più specificamente nel prosieguo dell'elaborato.

La dottrina si è occupata anche della natura delle disposizioni riguardanti il dovere di agire informato degli amministratori, trovando come posizione più

---

<sup>78</sup> Come ritiene ad es. R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974

<sup>79</sup> P. MONTALENTI, *I nuovi standard di diligenza e i principi generali sulla responsabilità*, pag. 16, *Aspetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*,

<sup>80</sup> P. MONTALENTI, *Diligenza, convenienza, business judgement rule nelle operazioni con parti correlate*, pag.18, *Aspetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance*.

accreditata quella che individua nel dovere di agire informato *ex art.* 2381 comma 6 c.c., una clausola generale al pari di quelle precedentemente citate<sup>81</sup>. Pertanto il dovere di agire informato come clausola generale permette, da una parte, di riscontrare alcune specificazioni legislative che costituiscono obblighi per i soggetti onerati e, dall'altra, la valutazione delle singole posizioni è lasciata alla discrezionalità del giudice nel caso concreto, il quale dovrà tenere conto di alcuni fattori come la dimensione dell'impresa, il settore di attività e il ruolo dei soggetti coinvolti: in questo modo l'obbligo di decidere in maniera informata degli amministratori e di vigilanza degli organi preposti, sarà valutato sui profili di rischio che vedono coinvolta quella società specifica.

Alcuni autori hanno ritenuto che la presenza di una clausola generale consente al giudice di utilizzare come base valutativa anche altre norme delle scienze economiche-aziendali: le norme di comportamento predisposte dalla Consiglio nazionale dei dottori commercialisti, le previsioni dei codici di autodisciplina e le norme di comportamento predisposte dalla dottrina economica aziendalistica<sup>82</sup>.

Il motivo che ha condotto il legislatore italiano a introdurre nella riforma la previsione di necessari flussi informativi endosocietari è stata la presenza nella disciplina previgente di un onere indubbiamente prefigurabile, ma non esplicitamente imposto dalla stessa. Tutto ciò ha portato ad elevati contrasti tra la giurisprudenza e la dottrina sulla sussistenza di eventuali responsabilità gestorie in presenza di decisioni irragionevoli: in sostanza nel ragionamento dei giudici ciò che venne criticato fu un errore di prospettiva sul dovere di diligenza che, secondo la dottrina maggioritaria, non può costituire oggetto di un dovere che incombe agli amministratori di società, ma bensì un parametro di valutazione del comportamento di essi nell'adempimento delle obbligazioni che sorgono dall'assunzione della carica<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> G. RIOLFO, *Assetti e modelli organizzativi delle società per azioni: i flussi informativi*, pag. 98, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi della corporate governance nelle società di capitali*, M. IRRERA

<sup>82</sup> G. RIOLFO, *cit.*, pag. 100

<sup>83</sup> In dottrina MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nelle società per azioni*, CEDAM, 2012 che afferma: “rispetto tanto al dovere a contenuto generico di corretta amministrazione, quanto ai numerosi e variabili doveri a contenuto specifico che da esso scaturiscono, la diligenza costituisce il criterio di responsabilità alla cui stregua valutare la condotta tenuta dai membri dell'organo

Oggi la procedimentalizzazione dell'*iter* decisionale e il dovere di agire informato costituiscono i punti per impostare *ex ante* e valutare *ex post*, la condotta diligente degli amministratori. Impostato in questo modo, tale dovere sembrerebbe valere anche con riferimento all'organo deputato alla vigilanza; in tal senso la riforma ha stabilito un diritto che è la conseguenza principale del dovere di "informare" da parte degli amministratori, ovvero il diritto di ricevere informazioni da parte di chi è chiamato a vigilare, ed in difetto di tale tempestiva comunicazione, onera coloro che controllano ad effettuare una ricerca attiva di dati ed informazioni per evitare il sorgere di responsabilità personali o il prodursi di un danno societario. Secondo alcuni autori, l'introduzione del dovere di agire informato si esplica, quindi, nel collegamento tra i due momenti: della gestione diretta dell'impresa e della fase preventiva e successiva del controllo gestorio, consentendo il raggiungimento dell'efficacia della gestione dell'impresa<sup>84</sup>.

A questo punto appare evidente come ci debba essere una correlazione tra la predisposizione di adeguati assetti e il dovere di agire informato, dove i primi sembrerebbero essere propedeutici all'efficiente circolazione delle informazioni.

Il legislatore nella riforma ha ritenuto di considerare che una attività costituisce "buona amministrazione" quando siano presenti contemporaneamente questi due elementi, sebbene sembrerebbe imprescindibile come dovere degli amministratori, la diligenza nell'informare, anche quando all'esito valutativo gli assetti non risultino adeguati<sup>85</sup>. Altri autori sottolineano lo stretto legame tra flussi informativi ed assetto organizzativo, ritenendo che quest'ultimo debba essere "curato" dai delegati e "valutato" dal consiglio di amministrazione su cui "vigila" il collegio sindacale; delle carenze potrebbero incidere, infatti, sulla responsabilità anche dei sindaci come emerge dalla lettura dell'art. 2381, ult. comma c.c.,

---

*amministrativo e le modalità di relativo adempimento*". In giurisprudenza si vedano tali aspetti in Cass. Pen. Sez. V, 20 luglio 2011 n. 28932.

<sup>84</sup> MARULLI, *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. Comm.* 2005, 85 ss.

<sup>85</sup> MERUZZI, *I flussi informativi.. op.cit.*, 29 ss., il quale parla di un sistema di flussi endosocietari "incardinato sulle clausole generali della corretta amministrazione e dell'adeguatezza degli assetti" per quanto riguarda il "profilo statico della loro efficiente ed efficace definizione, incardinato invece "sull'agire in modo informato, concepito dal legislatore come dovere individuale ad esercizio collettivo" per quanto attiene al "profilo dinamico, ovvero della loro efficace ed efficiente attuazione"

sollecitando quindi gli amministratori ad avvalersi del potere informativo chiedendo che siano fornite in consiglio informazioni sulla gestione della società<sup>86</sup>.

In sostanza al fine di favorire e la circolazione delle informazioni e rendere meno aleatorio l'*iter* decisionale, costituire adeguati assetti rappresenta la soluzione più funzionale; la giurisprudenza ha espresso una propria opinione, uniformandosi al principio dottrinale, sull'adeguatezza degli assetti «*allorquando consentano agli amministratori di agire secondo i principi di corretta amministrazione e, soprattutto in maniera informata e consapevole*»<sup>87</sup>.

Quanto detto costituisce un elemento che va integrato con la componente strutturale dell'organo amministrativo, al fine di rendere più efficiente la circolazione delle informazioni. La riforma organica del diritto societario ha dato positivo riconoscimento al riparto di competenze dell'apparato gestorio, stabilendo che si tratta di un'attività di carattere amministrativo, giacché attiene alla fase di messa in posa delle basi organizzative che presiedono il realizzarsi della catena c.d. "decisioni-esecuzioni". Essa parte dal vertice gerarchico e attraversa l'intera struttura aziendale, pertanto grazie a tale allestimento strutturale gli amministratori esercitano con maggiore facilità le funzioni di controllo da intendersi come un momento di formalizzazione dei protocolli validi ad impostare un prefissato e preciso ordine all'agire imprenditoriale.<sup>88</sup>

Il sistema degli assetti ed il dovere di agire in modo informato - che, come ben chiarito anche nella Relazione di accompagnamento alla riforma del 2003, nell'intento del legislatore viene a sostituire il previgente c.d. dovere di "vigilanza sul generale andamento della gestione" - consentono di confinare la diligenza a quella che è la sua funzione propria, ovvero a costituire un metro di valutazione del comportamento per misurare l'adempimento corretto degli obblighi statutari e di legge previsti in capo agli amministratori.

Le clausole generali forniscono quindi all'interprete lo strumento per poter caso per caso individuare ulteriori comportamenti commisurati ai compiti specifici

---

<sup>86</sup> CAPRARA, *Le funzioni dei sindaci*, CEDAM, 2008, pag. 317; MERUZZI, *I flussi informativi..op. cit.*, pagg. 42 ss.; MINTO, *La speciale natura dell'incarico*, pag. 15

<sup>87</sup> Cass. n. 2737 del 2013

<sup>88</sup> MINTO, *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire informato*, in *Giurisprudenza commerciale*, II Volume, 2015, pagg. 10 ss.

che incombono sui vari soggetti. In tal senso la dottrina si è espressa ad esempio circa il criterio dell'agire informato che si articola in una vasta gamma di doveri informativi a contenuto generico e specifico, i quali si aggiungono e meglio definiscono il contenuto di quelli già disciplinati dallo statuto e dalla legge<sup>89</sup>.

Secondo parte della dottrina la correlazione esistente tra dovere di agire informato degli amministratori e la percezione dei segnali di crisi, poteva già essere segnalata nella disciplina del concordato in “bianco” o con riserva prevista dall'art. 161, comma 6 l. fall. Tale novella, nella disciplina previgente, prevedeva la richiesta di un termine al tribunale territorialmente competente “al buio” entro il quale la società doveva presentare una proposta di concordato o richiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione: la disciplina così intesa favoriva gli abusi da parte degli operatori in quanto non era prevista un'attività di monitoraggio preliminare circa la percezione di indizi di crisi che sono presupposti alla richiesta di concordato. Il legislatore intervenne introducendo dei precisi obblighi informativi a carico della società durante il lasso di tempo che va dalla concessione sino allo spirare del termine e prevedendo la revoca all'ammissione del concordato qualora non venga rispettato questo obbligo. Il dovere degli amministratori di agire in modo informato in tale strumento concorsuale comporta da un lato la percezione di quelle informazioni idonee a individuare una crisi e, dall'altro sottoporre al ceto creditorio tutte quelle soluzioni che siano adatte al superamento della crisi sulla base dell'analisi economico- finanziaria dell'impresa<sup>90</sup>.

Da tale esempio si può giungere alla conclusione sostenuta anche da alcuni autori secondo la quale qualora la percezione di una crisi sia estemporanea o non supportata da un adeguato flusso informativo degli organi endosocietari, qualunque strumento concorsuale utilizzato sarà destinato all'insuccesso o ad una scarsa rilevanza funzionale: in altri termini l'assetto organizzativo, qualora sia adeguatamente predisposto, assicura anche un adeguata circolazione delle informazioni tale da far percepire una probabile causa di interruzione della continuità aziendale.

---

<sup>89</sup> MERUZZI, *op. cit.*, pag. 254

<sup>90</sup> V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. Delle Società*, 2017, pagg. 334- 335

Il percorso che ha condotto i principi di corretta gestione, originariamente previsti dalla disciplina aziendalistica e poi recepiti nella disciplina delle società quotate, a penetrare nella disciplina ordinaria, è stato frutto della sempre maggior consapevolezza di intendere una idonea organizzazione come elemento imprescindibile alla base di una attività d'impresa<sup>91</sup>.

Infine la buona fede e correttezza, che sappiamo essere delle clausole generali non solo della disciplina societaria ma più in generale della normativa civilistica, vengono utilizzate per valutare le modalità di esercizio di eventuali poteri e prerogative più o meno discrezionali: ad esempio buona fede e correttezza impongono di non abusare dei poteri informativi e di non utilizzare le notizie ricevute e i documenti di cui si è presa visione per finalità diverse rispetto al perseguimento dell'oggetto sociale.

## **2. La responsabilità degli amministratori per assetti inadeguati o mancanti: *deficit organizzativo***

L'inadempimento degli amministratori si può integrare tanto nell'inosservanza di un dovere specifico imposto dalla legge o dallo statuto, quanto in una carenza manifesta in uno dei presidi necessari a rendere efficiente l'impresa.

Partendo da tale premessa è possibile trattare delle problematiche inerenti alla responsabilità da *deficit* organizzativo, il quale costituisce senz'altro motivo di dibattito a causa delle variabili di cui gli organi della *governance* devono tenere conto nel predisporre gli assetti e che quindi, come anche rilevato in precedenza, hanno portato diversi autori a concludere che non esiste un assetto organizzativo ideale comune a tutte le società.

Per tale ragione ne scaturisce che vi è una complessità nel definire un tipo di responsabilità generale, che ha portato la dottrina tradizionale a ingegnarsi per ricercare un procedimento idoneo per accertarla, giungendo pertanto alla conclusione che il procedimento debba svolgersi in due fasi: la prima consiste nell'individuare un modello di condotta in funzione della realtà considerata

---

<sup>91</sup> V. DE SENSI, *op. cit.*, pag. 316

attraverso parametri astratti, la seconda, attuativa della prima, mediante un giudizio di conformità al comportamento in concreto.<sup>92</sup>

Risulta palese che le scelte gestionali volte ad assicurare l'adeguatezza siano rimesse alla piena discrezionalità dell'organo amministrativo e siano fonte di responsabilità soltanto quando sin dall'inizio risultassero irragionevoli: tale conclusione è stata accolta anche dalla giurisprudenza la quale ha chiarito che ciò che rileva è la diligenza mostrata nel calcolare in modo preventivo i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere e di conseguenza siano passibili di violazione l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni che normalmente siano richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità.<sup>93</sup>

Il legame con la *business judgment rule*, come verrà rilevato nel corso della trattazione, appare chiaro in quanto l'obbligo di avere una struttura organizzativa adeguata è strumentale a facilitare e rendere più efficiente il processo decisionale; a differenza di quest'ultima, tuttavia, gli assetti possono essere valutati nei confronti degli amministratori come parametro per giudicare nel merito il loro comportamento e in questo modo sembra potersi ampliare il sindacato dell'autorità giudiziaria oltre il mero giudizio sulla ragionevolezza. Tale orientamento trova conferma in alcuni autori i quali affermano che se è vero che le scelte imprenditoriali sono insindacabili nel merito, lo stesso non può affermarsi se uno stato di crisi sia stato frutto di un difetto *ab origine* della struttura organizzativa dell'impresa<sup>94</sup>.

L'inidoneità degli assetti deve essere valutata alla stregua di un giudizio che accerti un nesso di causalità tra la violazione e il danno effettivamente cagionato: tale infatti sembra essere la scelta operata dal legislatore nella riforma organica del 2003 che ha portato ad una modifica concettuale dell'art. 2392 c.c. circa la *culpa in vigilando*, trasformando nell'applicazione pratica la previgente regola di responsabilità solidale degli amministratori, con imputazione indifferenziata dei

---

<sup>92</sup> M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, in *Assetti adeguati e modelli di controllo*, M. IRRERA, 2015, pag. 957

<sup>93</sup> V. Cass., 12 febbraio 2013, n. 3409

<sup>94</sup> RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori delle società di capitali in crisi*, in *Riv. La Società*, 2013, pag. 671

fatti risarcibili, a favore di una responsabilità individuale “differenziata” di ciascuno di essi in base all’apporto dato. Lo strumento della delega è quindi risultato fondamentale per ripartire oltre ad i doveri organizzativi, anche le rispettive responsabilità.<sup>95</sup>

Gli spazi di autonomia lasciati agli amministratori nelle scelte degli assetti sono molto ampi e ciò dipende anche dalla disciplina dettata per le società per azioni caratterizzate dalla presenza di un maggior numero di clausole generali più che di regole specifiche, il che legittima ad una vasta autonomia imprenditoriale da parte dei titolari della gestione. Tale discrezionalità viene però limitata dalla “autoregolamentazione” che esplica la sua funzione nel codice di autodisciplina e nelle *best practices*, grazie alle quali è possibile cogliere utili indicazioni per rendere le scelte operate più controllabili da un punto di vista oggettivo: così appare determinante il contributo offerto dalle regole di *soft law* e in particolare, dalla disciplina delle società quotate, dalla quale non vi è dubbio se ne ricavano regole e principi validi anche per le società per azioni.

Il dato normativo di cui all’art. 7 del Codice di autodisciplina, afferma come gli assetti organizzativi e di governo societario debbano tenere in adeguata considerazione i modelli di *best practices* esistenti in ambito nazionale e internazionale. Allo stesso tempo, in un contributo normativo offerto dalle «*Norme di comportamento del collegio sindacale nelle società quotate*» predisposto dall’Ordine dei dottori commercialisti nel 2015, viene rafforzato in concreto il principio fondamentale di correlazione tra poteri e responsabilità, dove già intervenne la Riforma del 2003, in cui risulta essenziale la verifica costante della corrispondenza fra la struttura decisionale aziendale e le deleghe depositate presso il Registro delle imprese<sup>96</sup>. Questi dati esemplificativi dimostrano come una specificazione dei compiti da una parte innalzi il livello di diligenza esigibile e dall’altro, renda possibile tracciare un perimetro entro il quale il giudice può sindacare sulle scelte operative.

L’obiettivo del legislatore nella Riforma è stato quello di portare la procedimentalizzazione dell’attività d’impresa non più come un fine per rendere

---

<sup>95</sup> La normativa ha infatti distinto tra le competenze attuative/operative dei delegati e competenze valutative nel cda.

<sup>96</sup> M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, op cit., pag. 963

esenti da responsabilità i consiglieri, ma la costituzione di assetti organizzativi sembrerebbe un parametro esterno per giudicare il loro operato, in quanto necessari per controbilanciare il rischio d'impresa. In altre parole, la *compliance* alle regole deve essere valutata insieme ad altri fattori per esaurire l'obbligo di corretta gestione imprenditoriale.

In una prospettiva di crisi dell'impresa, la valutazione di costi e benefici, alla luce di un equilibrio tra utilità economica e salvaguardia del patrimonio sociale, risulta funzionale ad evitare *ex ante* che una perdita sfoci in un indebitamento o, nella peggiore delle ipotesi, giunga ad essere un insolvenza, in quanto parte della dottrina ha rilevato che gli amministratori, nel definire il complessivo grado di rischio di un'operazione, devono sempre considerare un c.d. "cuscinetto" al fine di coprire un eventuale materializzazione di quel rischio, permettendo in maniera riflessa una prosecuzione "fisiologica" dell'attività sociale.<sup>97</sup>

Ai fini dell'assunzione di decisioni consapevoli da parte degli amministratori, la dottrina ha qualificato due rischi che, qualora si realizzino, possono integrare una fattispecie di responsabilità: essi sono i rischi da "disinformazione" e i rischi da "disorganizzazione".

Nel primo caso, il difetto di informazione all'interno della *governance* si traduce in una difficoltà di conoscere dati e notizie, con la conseguenza che le decisioni prese possono risultare "sbagliate". Ciò che deve essere valutato, è come il modello informativo delineato a livello statutario sia conforme all'attività sostanziale d'impresa, in modo tale da favorire una modifica anche in corso del modello qualora non risulti adeguato. Secondo alcuni autori l'esonero di responsabilità da tale rischio va integrato da due momenti: l'acquisizione dell'informazione che risulta non corretta in quanto inadeguata rispetto al modello predisposto, e la successiva manifestazione del dissenso espresso da parte dell'organo di gestione nel suo *plenum*, a seconda o meno dell'importanza

---

<sup>97</sup> Art. 7 paragrafo 2 del Codice di autodisciplina: "Un efficace sistema di controllo interno di gestione dei rischi contribuisce ad una conduzione dell'impresa coerente con gli obiettivi aziendali definiti dal consiglio di amministrazione favorendo l'assunzione di decisioni consapevoli. Esso concerne ad assicurare la salvaguardia del patrimonio, l'efficienza e l'efficacia dei processi aziendali, l'affidabilità dell'informazione finanziaria, il rispetto di leggi e regolamenti, nonché dello statuto sociale e delle procedure interne."

dell'operazione, che fornisce in concreto la prova della conoscenza dell'attività d'impresa che si sta per svolgere.<sup>98</sup>

Per quanto concerne il rischio da “disorganizzazione” la responsabilità consegue nell'aver accettato un rischio superiore a quello che si è in condizione di governare per la carenza di presidi adeguati.

A differenza del rischio economico, che è intrinseco all'attività d'impresa e quindi calcolato e oggetto di protezione da parte della regola aziendalistica della *Business judgment rule*<sup>99</sup>, la predisposizione di adeguati assetti risulta essenziale anche per prevenire i “rischi di legalità”, ovverosia il rischio che possa essere violata la legge.

È proprio a tale stregua che il legislatore ha introdotto il d.lgs. 231/2003, al fine di evitare che, tramite l'adozione di modelli organizzativi, si prevenga la commissione di reati.<sup>100</sup>

Alcuni autori hanno criticato la scelta di introdurre questo nuovo contesto normativo in quanto sembrerebbe allargare l'ambito di operatività della legge aumentando il numero di reati, portando la giurisprudenza più recente a condannare con maggiore frequenza le società ogni volta che ci sia un *deficit* organizzativo; tale disciplina sembrerebbe incompatibile con quanto previsto dalla Riforma del 2003, che si è proposta, invece, di ridurre i casi di responsabilità, limitando l'obbligo di risarcire il danno ai soli soggetti che l'abbiano effettivamente cagionato e nella misura in cui lo abbiano determinato.<sup>101</sup>

Alla luce delle norme richiamate può concludersi che i criteri per evitare di incorrere in una responsabilità siano in primo luogo una procedimentalizzazione dell'attività, in modo da individuare le aree del rischio della gestione, successivamente un'apparto informativo endosocietario efficiente che, come ripreso in modo particolare dalla disciplina dell'impresa bancaria, è favorito da un idoneo sistema di deleghe purché siano conferite a soggetti qualificati, permettendo da una parte di circoscrivere maggiormente le responsabilità e dall'altra i delegati,

---

<sup>98</sup> MERUZZI, *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, in *op. cit.*, pag. 80

<sup>99</sup> V. *infra*, par. 3

<sup>100</sup> Secondo la giurisprudenza la peculiarità di questa forma di responsabilità sta nell'oggetto della valutazione del giudice: non si accerta una condotta umana, ma il frutto di questa condotta tradotta in norme di organizzazione e in procedure aziendali. (Cass. Pen., 30 gennaio 2014, n. 4677)

<sup>101</sup> M. RABITTI, *Responsabilità da deficit organizzativo*, in *op. cit.*, pagg. 994-995

avvalendosi dello strumento dei *report*, hanno la possibilità di censire in maniera più capillare i rischi d'impresa.

Per effetto della riforma al Codice della Crisi - che, salvo ulteriori proroghe, entrerà in vigore in maniera integrale a settembre 2021 - la struttura del diritto della crisi d'impresa tende a favorire le operazioni che salvaguardano i valori intrinseci aziendali, privilegiando un'ottica di "pronta ristrutturazione" con finalità di prosecuzione diretta od indiretta, lasciando la liquidazione come criterio residuale. A tale stregua per valutare quale sia la condotta che ci si deve attendere dai titolari della gestione, con riguardo alla crisi d'impresa, va considerato in modo ancora più specifico che l'emersione dello sbilanciamento patrimoniale è un fatto successivo rispetto alla crisi finanziaria e a volte rispetto anche all'insolvenza.

Secondo la previgente formulazione dell'adeguato assetto, esso, viene ad esplicarsi tramite l'articolazione di organigrammi e funzioni; con l'intervento della c.d. riforma *Rordorf* l'assetto organizzativo ha assunto una connotazione più dinamica in quanto incentrato nel continuo flusso informativo tra organi di controllo di gestione al fine di garantire una piena operatività nel futuro dei sistemi di allerta e composizione della crisi<sup>102</sup>.

In questo quadro appare in modo chiaro che nella disciplina societaria, alla luce di quanto detto poc'anzi, vi sia un concetto patrimoniale, nella misura in cui le condotte degli amministratori devono assumere una forma vincolata, quanto meno per sottrarsi da responsabilità da aggravamento del passivo, o da dispersione dei valori patrimoniali; mentre per il diritto della crisi d'impresa il concetto di crisi e di insolvenza sono fenomeni puramente finanziari, correlati alla capacità dell'imprenditore di far fronte alle obbligazioni assunte.

Ciò appare chiaro anche da una lettura strutturata ed organica dei dati normativi sia del Codice civile che della Legge fallimentare, dai quali risulta come gli assetti organizzativi siano lo strumento per segnalare, qualora siano adeguati, i sintomi di una crisi ed attivare efficacemente meccanismi di reazione in modo che la patologia irreversibile della società possa essere scongiurata.

---

<sup>102</sup> V. DE SENSI, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Riv. Delle Società*, 2017, pag. 314

Dal sistema complessivo ne consegue una forma di responsabilità *ex ante*, rispetto a quella tradizionale da prosecuzione dell'attività a dispetto del verificarsi di una causa di scioglimento, ovvero nella mancata o inadeguata costituzione di assetti che permettano di rilevare la crisi. Sul piano pratico la responsabilità da mancata tempestiva rilevazione della crisi, non sempre è integrata laddove la stessa non abbia concretamente prodotto un pregiudizio connesso ad una irreversibilità, cioè un danno che sia generatore di risarcimento<sup>103</sup>. Secondo un'altra autorevole dottrina invece, la totale omissione di assetti organizzativi costituisce un inadempimento tale da assorbire la valutazione sulla diligenza degli amministratori e comporta una semplificazione sul piano probatorio in quanto non è necessario dimostrare che effettivamente ci sia stato un pregiudizio<sup>104</sup>. Tale orientamento è stato accolto anche dalla giurisprudenza, in particolare da un'ordinanza del Tribunale di Milano, Sez. specializzata in materia d'impresa del 21 aprile 2017, secondo la quale la mancata configurazione degli assetti, da una parte, sfugge dalla protezione offerta dalla *Business judgment rule* e, dall'altra, costituisce una grave irregolarità che può fungere da presupposto per la revoca dell'organo di gestione. Sotto il profilo dinamico, ossia come in concreto strutturare l'assetto organizzativo in base alla natura e alla dimensione dell'impresa, rimane una scelta afferente in ultima istanza il merito gestorio, a meno che sia totalmente illogica o venga dimostrato che i consiglieri non abbiano adottato le cautele necessarie.

Un'altra area di responsabilità può sorgere quando l'organo amministrativo ponga in essere dei comportamenti che siano incoerenti con il manifestarsi di uno stato di crisi, ovvero quando non usufruisca in maniera tempestiva di uno degli strumenti che l'ordinamento mette a disposizione per il superamento della crisi o per il recupero della continuità.

In tale contesto possono verificarsi diverse ipotesi di condotta alle quali conseguono diverse responsabilità: la prima si ha quando la mancata attivazione è conseguente ad una combinazione tra disorganizzazione dell'assetto e disinformazione tra i delegati e i deleganti; la seconda si ha quando, nonostante i flussi informativi siano efficienti e quindi siano idonei a far percepire all'organo

---

<sup>103</sup> S. SANZO, *La responsabilità nella (e per la) crisi*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, M. IRRERA, pag. 1040

<sup>104</sup> F. BRIOLINI, *Art. 2392*, in *Le società per azioni*, Milano, 2016, pag. 1390

uno stato di crisi, quest'ultimo sia rimasto inerte. Infine la terza si verifica quando gli amministratori si attivino, ma in ritardo: in tale circostanza andrà valutato nel caso concreto se tale inerzia sia dovuta ad un'inadeguatezza organizzativa o ad una negligenza nonostante sia stata percepita la crisi, tramutandosi in ogni caso in una inefficienza della gestione. Il ritardo non per forza determina un pregiudizio finanziario irreversibile, rientrando quindi nella disciplina del diritto della crisi d'impresa, ma potrebbe arrecare a livello civilistico, un pregiudizio patrimoniale nei confronti della società, soci o creditori.

### **3. Business Judgment Rule: ambito di applicazione e limiti**

Una volta giunti nella fase crepuscolare della società, si tratta di valutare fino a che punto le scelte compiute dall'organo di gestione siano sindacabili *ex post* in sede giudiziaria: in altri termini riprendendo la terminologia anglosassone, se gli *standards of conduct* ovvero tutti quei doveri citati sopra, siano suscettibili di tramutarsi in corrispondenti ed affidabili *standards of review*.

La questione centrale, accolta sia dalla dottrina che in giurisprudenza, è il principio di insindacabilità del merito delle scelte di gestione, mediante il richiamo alla regola di origine statunitense, ormai presente nel nostro ordinamento, della *business judgment rule*, corrispondente ad un margine di discrezionalità imprenditoriale lasciato agli amministratori, sia pure come ritenuto da alcuni autori, nei limiti della razionalità e ragionevolezza <sup>105</sup>.

A questo punto bisogna chiedersi quale sia lo spazio riservato all'applicazione di tale regola nel campo delle scelte imprenditoriali, ovvero quale sia il margine di discrezionalità lasciato all'organo di gestione e, in maniera speculare, quello suscettibile di essere sindacato dall'autorità giudiziale attraverso una verifica della razionalità/ragionevolezza della decisione. La questione è stata oggetto di discussione in dottrina dalla quale sono scaturiti due orientamenti: il primo tendenzialmente favorevole ad applicare il criterio di valutazione fondato

---

<sup>105</sup> BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, pag. 355, Giappichelli, Torino, 2015

sull'uso della *business judgment rule* anche in tale fase della attività societaria<sup>106</sup>; in diversa prospettiva altra corrente dottrinale individua un unico parametro di valutazione da calibrare diversamente a seconda che vi siano o meno situazioni di crisi, applicando quindi uno *standard* per tutte le imprese fallibili calibrato sulla correttezza gestionale alla stregua del c.d. *honest business judgment rule* in correlazione con il parametro della prospettiva della continuità aziendale<sup>107</sup>.

In giurisprudenza la questione è stata affrontata in diverse sentenze dove è emerso un pacifico orientamento secondo il quale non sono sindacabili le scelte effettuate dagli amministratori tutte le volte che queste attengono ad una valutazione discrezionale, anche quando abbiano recato un pregiudizio economico alla società, integrando i presupposti non già di una forma di responsabilità, bensì di una revoca per giusta causa da parte dell'assemblea dei soci<sup>108</sup>.

Sulla base di tali elaborazioni la giurisprudenza della Cassazione ha precisato come si possano invece accertare a monte, le cautele adottate normalmente richieste per la scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità<sup>109</sup>.

Partendo dalle considerazioni fino a qui esposte, la problematica deve essere affrontata a partire dalla distinzione tra i doveri di prevenzione e gestione dell'insolvenza, i quali assumeranno ancora più rilevanza quando entrerà in vigore il nuovo CCII. Al netto degli obblighi specifici previsti dalla legge, i doveri sino ad ora espressi attribuiscono agli amministratori uno spazio valutativo-discrezionale, rientrando quindi nella categoria intermedia dei doveri specifici a contenuto indeterminato. Ciò pare evincersi per quel che concerne il dovere di prevenzione, teso ad evitare uno stato di crisi o di insolvenza, essendo gli amministratori tenuti a

---

<sup>106</sup> GUIZZI, *Responsabilità degli amministratori e insolvenza: spunti per una comparazione tra esperienza giuridica e spagnola*, in *Riv. Dir. Impr.* pagg. 1245 ss., BOZZA, *Diligenza e Responsabilità*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2014, pagg. 1103 ss.

<sup>107</sup> 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*, Torino, 2010, pagg. 831 ss.

<sup>108</sup> Cass. Sez. 1 Sentenze nn. 3652 del 1997 e 3409 del 2013.

<sup>109</sup> Così Cass. Sez. 1 Sentenza n. 28669 del 2013 ha accertato la responsabilità degli amministratori a seguito di una verifica sulle cautele adottate, riscontrando la loro inidoneità nel caso concreto in quanto la scelta di richiedere un apporto economico ove si traduca in un finanziamento implica una difficoltà di adempiere alla restituzione ovvero una probabilità di insolvenza; invece, secondo la Corte, ove la scelta si sia risolta in un conferimento il relativo diritto al rimborso si sarebbe verificato solo nella fase dell'insolvenza.

valutare se gli atti o le operazioni programmate possano recare un pregiudizio all'equilibrio finanziario pregiudicando la continuità aziendale, o ancora delle situazioni che possano ritenersi presunte attraverso l'utilizzo di indici di legge di natura tendenzialmente oggettiva<sup>110</sup>.

Anche la gestione dell'insolvenza presuppone l'esercizio di un potere valutativo in quanto il nostro ordinamento non impone una strada obbligata al ricorrere della crisi, ma offre una ampia gamma di rimedi diversificati, attraverso i quali l'insolvenza può essere non soltanto prevenuta ma anche gestita in funzione di una riorganizzazione o di una adeguata liquidazione.<sup>111</sup>

Si pone allora il dubbio se il margine di discrezionalità richiesto per compiere queste operazioni nella fase di pre-insolvenza, sia soltanto di natura prettamente imprenditoriale o sia anche di natura tecnica.

Partendo dalla distinzione operata in seno alle scienze amministrativistiche tra discrezionalità tecnica e amministrativa: la prima richiede l'uso e l'applicazione di determinate cognizioni tecniche, mentre la seconda concerne l'esercizio del potere discrezionale di valutare circa l'opportunità di scegliere tra le varie opzioni disponibili nel perseguimento di un determinato interesse.

Ne consegue che - come anche accolto in maniera uniforme dalle pronunce del Consiglio di Stato, riguardo al profilo legato alla discrezionalità tecnica -, il sindacato sia limitato sull'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della correttezza (c.d. sindacato intrinseco debole); mentre dove si richiede agli amministratori di effettuare una scelta tra le varie operazioni che l'ordinamento mette a disposizione, il sindacato si riduce ai soli profili estrinseci. Alcuni autori hanno cercato di mutare questi principi, pur con i necessari adattamenti, nella disciplina della responsabilità degli amministratori di società, evidenziando in particolare la differenza tra opinabilità e opportunità delle decisioni<sup>112</sup>. Le operazioni poste in essere dagli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni sono ancorate ai parametri dell'attendibilità, adeguatezza e/o fattibilità, espressioni

---

<sup>110</sup> Il riferimento va ad esempio alla perdita qualificata del capitale sociale di cui all'art. 2446 comma 1 c.c.

<sup>111</sup> Si pensi al concordato preventivo che risulta avere una duplice finalità sia liquidatoria che riorganizzativa, così come anche gli accordi di ristrutturazione e i piani attestati di risanamento.

<sup>112</sup> BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 359 ss.

del principio di ragionevolezza accolto dalle decisioni della giurisprudenza sulla loro responsabilità. In altre parole, il concetto di diligenza generale racchiuderebbe al suo interno il dovere di perizia che risulta dalla lettura dell'articolo 2392 c.c.; tale deve essere preteso da quei componenti dell'organo che abbiano specifiche competenze per le quali sono stati scelti dai soci, ma anche riguardo allo *standard* oggettivo di diligenza da intendersi quale necessario possesso delle cognizioni tecniche rispetto a quel determinato settore d'impresa.

Allo stesso tempo, gli amministratori non sono responsabili per l'insuccesso economico della gestione dell'attività d'impresa, poiché sia una politica d'impresa prudente sia quella particolarmente ardua possono essere destinate tanto al successo quanto all'insuccesso dell'attività sociale, sicché determinare i limiti precisi dei loro compiti è estremamente difficile<sup>113</sup>.

Per tali motivi è stata riconosciuta nei confronti degli amministratori una sorta di immunità nell'espletamento dei loro compiti di gestione per il danno derivante da una scelta errata; il rischio di una concezione in cui si darebbe, invece, ampi margini di sindacabilità al giudice sarebbe quello di portare ad una estrema responsabilizzazione l'organo di gestione, portandolo ad una condotta estremamente prudente e cauta, la quale sarebbe idonea a disincentivare le persone più competenti a gestire l'incarico e, di riflesso, recare un danno evidente per l'economia e il mercato in cui opera l'impresa.

Il compito del giudice diviene, piuttosto, quello di determinare sino a che punto le scelte gestorie che si rilevano produttrici di danno, siano ascrivibili all'alea del rischio d'impresa, liberamente perseguibile dall'amministratore, e quando invece esulino da tale area poiché in contrasto con la clausola di diligenza che è oggetto dell'obbligazione nei confronti dei soci.

Secondo un orientamento dottrinale, alla base della distinzione tra le due valutazioni ancor prima che l'insindacabilità del merito, il giudice deve verificare *ex ante* che ci sia stato l'assolvimento del dovere di gestione dell'impresa che impedirebbe all'origine un accertamento positivo della responsabilità<sup>114</sup> anche se tale formula sembrerebbe contrastare con le pronunce della giurisprudenza, le quali,

---

<sup>113</sup> G. FRÈ- G. SBISÀ, *Della società per azioni*, pagg. 837 ss.

<sup>114</sup> BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit., pag. 366.

pur richiamando quanto appena esposto in termini di principio, giungono a sanzionare le scelte irrazionali, sproporzionate ovvero frutto di errori macroscopici, costituendo un temperamento al principio di insindacabilità del merito.

Tali scelte, tuttavia, sarebbero prese al di fuori di ogni forma di legittimità in quanto irrazionali e illogiche rispetto alle quali non sarebbe possibile formulare alcun giudizio di convenienza.

Le condizioni di legittimità delle scelte imprenditoriali sono state esaminate anche da un'altra prospettiva elaborata, ancor prima che dal legislatore, dalla Corte di cassazione a partire da una nota sentenza<sup>115</sup> che tratta del dovere di assumere tutte le informazioni necessarie ad esprimere una decisione ponderata. La violazione della clausola generale di diligenza viene riscontrata in relazione all'*iter* procedimentale nella fase che precede le scelte imprenditoriali (c.d. *decision making process*). La prospettiva viene dunque indirizzata sulla distinzione accennata all'inizio del paragrafo, tra lo *standard of conduct* costituito dal *duty of care* proprio degli amministratori e lo *standard of review* che deve seguire il giudice: la regola della *business judgment rule* impone a quest'ultimo di limitare il criterio della valutazione al controllo della razionalità della decisione. Vero è che tale disciplina si riferisce in prima battuta al corretto utilizzo delle informazioni reperite e dal successivo compimento dell'operazione: in altre parole per beneficiare della regola della *business judgment rule* l'amministratore deve aver effettivamente agito.

Una volta individuato nel dovere di agire informato un limite all'operatività della *business judgment rule* bisogna analizzare il caso in cui l'amministratore, nonostante sia stato correttamente informato, adotti una decisione dannosa: e ciò quando ad esempio vi sia un'eccessiva rischiosità di un investimento o di aleatorietà del conseguimento di una utilità. In entrambi i casi le scelte potrebbero ritenersi illegittime in quanto frutto di errori grossolani e quindi non rientranti nel dovere di agire secondo una razionalità nelle scelte da parte dell'organo amministrativo, ma allo stesso tempo, non essendo predefinito dalla legge il margine di rischio operativo, tale impostazione incontra delle difficoltà.

---

<sup>115</sup> Cass., 28 aprile 1997, n.3652

Una parte della dottrina ha analizzato il problema nella prospettiva di agire nell'interesse dei soci come canone generale. Nonostante si possa accogliere tale corrente dottrinale che afferma come vi sia una coincidenza tra l'interesse degli amministratori e dei soci, sembrerebbe difficile superare l'ostacolo di individuare sia *ex ante* sia *ex post*, una condotta gestoria che assicuri il migliore risultato possibile dell'esercizio d'impresa, assolvendo a pieno il dovere di diligenza.<sup>116</sup>

Altri autori hanno affrontato il problema sotto un'altra visuale, individuando il dovere di perseguire l'interesse sociale come dovere di proteggere l'interesse altrui: in tal caso ad essere contestato potrebbe essere l'uso distorto della discrezionalità imprenditoriale; in altre parole il sindacato del giudice si estenderà anche quando vi sia stata una manifesta illogicità ed incoerenza tra le scelte gestorie e le informazioni possedute.<sup>117</sup> Accogliendo tale ultimo orientamento ne conseguirà che la valutazione non si concentrerà più sulla ragionevolezza intrinseca della decisione gestoria, ma verrà effettuata una valutazione più penetrante sul percorso decisionale che ha condotto all'assunzione di quella delibera in particolare: l'illegittimità si configurerà, riprendendo la dottrina statunitense del caso, quando la decisione non possa neanche definirsi "imprenditoriale" essendo rilevatrice di uno stato di mala fede degli amministratori.

Da quanto sino ad ora esposto, emerge che il controllo del giudice sull'attività d'impresa ha un ambito applicativo esteso, in quanto si basa sull'intero percorso decisionale propedeutico ad una determinata delibera, pur rimanendo estranea al sindacato la sfera dell'opportunità e discrezionalità amministrativa, espressione a sua volta del principio di libera iniziativa economica con il limite delle sole scelte che possono definirsi imprenditoriali. L'assolvimento degli obblighi di adeguatezza dell'istruttoria e di correttezza del processo decisionale e, a monte, di adeguatezza organizzativa degli assetti, costituiscono la condizione dell'insindacabile manifestarsi della discrezionalità amministrativa e della protezione giuridica offerta dalla *business judgment rule*.

---

<sup>116</sup> F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, Giuffrè, 1992, pagg. 77 ss.

<sup>117</sup> BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit, pag. 376.

Tali conclusioni, tuttavia, mutano quando si debba accertare una violazione da parte degli amministratori dei doveri di prevenzione e gestione dell'insolvenza: secondo alcuni autori trattandosi di attività che non sono istitutive di assetti né di supporto alle decisioni prese, ma piuttosto inerenti alla preservazione o al ripristino di equilibri prospettici, il sindacato non potrà più effettuarsi su una base “statica”, limitato cioè alla natura ed alle dimensioni dell'impresa o alle singole operazioni, ma, piuttosto, “dinamico” in conseguenza dell'elemento prognostico circa la sussistenza della continuità aziendale<sup>118</sup>. Quando entra in gioco la prospettiva della continuità aziendale<sup>119</sup> la limitazione del controllo dell'autorità giudiziaria alla sola “razionalità della decisione” come avviene nei casi descritti in precedenza, non basta, non essendo più in questione la mera redditività, ad esempio, di un investimento dei soci in una determinata operazione; si dovrà tener conto anche delle aspettative dei soggetti esterni all'impresa il che richiede di rafforzare il tipo di valutazione sulle decisioni amministrative in tale contesto.

Iniziando ad esaminare il caso in cui determinate scelte gestionali abbiano comportato lo stato di crisi o di insolvenza, Rordorf sostiene come gli amministratori sarebbero esenti da responsabilità laddove il passaggio ad uno degli stadi citati sia provocato da una decisione che, sebbene rischiosa, sarebbe stata presa nel rispetto nei principi di corretta gestione in osservanza di adeguati protocolli informativi e procedurali i quali assicurano la piena discrezionalità all'organo amministrativo nella scelta<sup>120</sup>.

In maniera differente, altri sostengono che il sindacato può estendersi quando il patrimonio risulterebbe pregiudicato dall'operazione non solo nella dimensione quantitativa ma anche qualitativa, laddove sia anche solo posta in dubbio la continuità aziendale. Come emerge anche dai dati normativi<sup>121</sup>, in alcune situazioni il dovere di agire in modo informato deve riguardare nello specifico la

---

<sup>118</sup> BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, cit, pag. 388

<sup>119</sup> Sia che si parta da una fase di equilibrio finanziario, che da una situazione più o meno grave di squilibrio.

<sup>120</sup> RORDORF, *Doveri e responsabilità degli amministratori*, pag. 670

<sup>121</sup> Art. 2501 *bis* comma 3 c.c. in materia di *Leveraged buy-out*, o per quel che concerne la valutazione di bilancio (art 2423 ss. c.c.), oltre che sulla normativa del finanziamento dei soci (2467 c.c.)

raccolta di informazione avente natura previsionale; in tal senso i principi di revisione dello ISA (*International Standard of Auditing*) distinguono le informazioni prospettiche tra *forecast* e *projection*: le prime fondate sulle c.d. *best estimate assumptions* cioè che determinati eventi si verifichino sulla base di circostanze oggettive, le seconde sulle *hypotetical assumptions* che invece prescindono da circostanze oggettive. Tali principi, ove letti unitariamente alle regole di condotta menzionate, generalizzano il criterio di ragionevolezza in modo da orientare efficacemente la scelta gestoria, e permettono al giudice, successivamente, di effettuare un controllo più severo circa il rispetto di tali regole e procedimenti, accertando in maniera eventuale delle violazioni dalle quali potrebbero scaturire delle situazioni di squilibrio finanziario.

L'addebito di responsabilità nei confronti degli amministratori, come rilevato ad es. da IRRERA, può riguardare anche il mancato accertamento del pregiudizio alla prospettiva della continuità aziendale, fondato su una inadeguatezza degli assetti che non ha permesso di far agire in maniera informata l'organo di gestione e, di conseguenza, recare un dissesto societario<sup>122</sup>.

D'altra parte, è possibile, che la struttura deputata a rilevare gli indici di possibile pregiudizio alla continuità, non presenti lacune e sia corretta la documentazione che attesti l'acquisizione di tali dati, ma quest'ultima non venga trasmessa in tempo utile all'organo amministrativo; in tal caso sarebbe pur sempre possibile fondare una responsabilità gestoria per errato funzionamento dei flussi informativi *ex art. 2381 c.c.*<sup>123</sup>.

A tale stregua appare chiaro come il giudizio sulla continuità aziendale ad opera degli amministratori debba fondarsi su indicatori finanziari che si basano su dati oggettivi e, allo stesso tempo, il sindacato su tale giudizio debba essere più stringente rispetto a quello dell'ordinaria *business judgment rule*. Il giudice dovrà quindi ripercorrere l'*iter* che ha condotto al risultato oggetto del sindacato e valutare se ci sia stata un'incongruenza tra le premesse degli indicatori e la normale consequenzialità rispetto ad essi<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati...cit.*, pag. 80.

<sup>123</sup> M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi*, in *Riv. Le Società*, 2009, pag. 1106.

<sup>124</sup> Tale è, del resto, il criterio di valutazione adoperato in giurisprudenza al fine di sanzionare il cattivo o distorto uso della discrezionalità concesso dalla legge in sede di redazione del bilancio

Quando si verificano tali fattori di incertezza significativa della continuità aziendale - nel lasso di tempo che va fino al coinvolgimento dei soci o dei creditori, nel caso di accesso alla procedura di concordato preventivo -, gli amministratori sono tenuti a adottare uno *standard* di gestione conservativa, destinato a rappresentare un duplice limite implicito ed esplicito, della regola della *business judgment rule*. Si ritorna infatti a considerare tale tipo di attività come rientrante in un parametro di corretta amministrazione, dove l'ambito operativo delle scelte dovrà muoversi entro i confini della conservazione dei valori patrimoniali esistenti, il che finisce per tutelare l'interesse dei creditori al fine di far ottenere loro il miglior soddisfacimento dalla futura eventuale attività di liquidazione volontaria o anche concorsuale.

Ne consegue che nel controllo dell'autorità giudiziaria dovranno essere valutati non solamente i doveri di adeguatezza dell'istruttoria e di non manifesta illogicità della scelta rispetto alle informazioni disponibili, ma anche che il singolo atto sia stato conforme alla finalità conservativa citata.

La discrezionalità è comunque legata ai momenti genetici dei relativi doveri<sup>125</sup>, cioè anche in tali situazioni si dovrà tener conto dell'impiego della dovuta diligenza: i criteri di valutazione in riferimento alla verifica giudiziaria, dovranno essere applicati anche quando vi sia una causa di scioglimento come la riduzione del capitale sociale al di sotto del minimo legale o l'impossibilità di conseguimento dell'oggetto sociale. In entrambi casi sarà da appurare a monte se risultava in capo agli amministratori la consapevolezza di una causa di scioglimento: come ritenuto dalla dottrina e giurisprudenza, tale consapevolezza risulterà presunta qualora siano adeguati gli assetti predisposti data la strumentalità con questi ultimi<sup>126</sup>, all'opposto

---

di esercizio, con particolare riferimento alle questioni concernenti la contabilizzazione dei crediti, ancorché si continua a discorrere di sindacato meramente esterno: sul punto, L. SALVATO, *Problemi di valutazione dei crediti e dei debiti nel bilancio d'esercizio negli orientamenti della giurisprudenza dal "vecchio" al "nuovo sistema*, in *Giur. Comm.*, 1995, Vol. 1, pag. 259 ss.

<sup>125</sup> BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, pag. 421.

<sup>126</sup> M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati*, pagg. 77 ss. e 89 ss., il quale pone in rilievo come, alla luce del dovere di predisporre assetti adeguati, l'orientamento giurisprudenziale che imputa la responsabilità per violazione del divieto di compiere nuove operazioni alla dimostrazione circa la consapevolezza degli amministratori dell'evento dello scioglimento per la perdita del capitale sociale.

Sempre in questi termini Cass., 19 settembre 1995, n. 9887.

gli amministratori saranno responsabili per la violazione dell'obbligo di attivarsi preventivamente al verificarsi di una causa di scioglimento, quando a seguito di una consulenza tecnica si appuri che l'idoneità degli assetti avrebbe permesso di rilevare anticipatamente il verificarsi della fattispecie estintiva della società.

### 3.1. La giurisprudenza delle Corti del *Delaware*

In materia di *Business Judgment Rule* è opportuno effettuare un'analisi della giurisprudenza del *Delaware* in quanto, in tale Stato, sono nate le maggiori *public corporation* statunitensi per la sua particolare connotazione in materia di *public policy* e per la presenza di Corti specializzate, portando ad una stratificazione delle pronunce giudiziali in tale materia.

Punto di riferimento della giurisprudenza statunitense è il caso *Aronson vs Lewis*<sup>127</sup> che stabilisce come la responsabilità dell'organo amministrativo possa essere accertata quando vi siano comportamenti contrastanti alla presunzione di buona fede e il dovere di non agire in contrasto con gli interessi della società: viene quindi elevata a regola procedurale che impedisce al giudice di sindacare nel merito le scelte gestorie, a meno che non appaiano manifestamente irragionevoli in base alle prove fornite. A differenza dei *fiduciary duties* che svolgono una funzione di "regolazione" del *modus operandi* degli amministratori, la *BJR* opera *ex post* una volta che la condotta è stata posta in essere.

Tale orientamento fu però smentito da una successiva pronuncia per quanto concerne lo specifico dovere di agire informato, già precedentemente esaminato per il nostro ordinamento, dove il *leading case* venne identificato in un noto caso che verteva su un giudizio di responsabilità per i danni prodotti da una operazione di fusione societaria<sup>128</sup>. In tale giudizio si accertò che il corredo informativo di cui disponevano gli amministratori non era sufficiente per una corretta valutazione economica della proposta in quanto non rispecchiava la realtà effettiva, così che fu

---

<sup>127</sup> La sentenza definisce la Business Judgment Rule come: «*a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the company ... Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption*»

<sup>128</sup> Si tratta del noto caso *Smith v. Van Gorkom*, (*Del. Supr.* 1985)

possibile addebitare agli amministratori la violazione del *duty of care*. Da quanto emerge la Corte ha stabilito che la protezione offerta dalla *BJR* verrebbe meno qualora a monte venga accertata la violazione del dovere di agire informato.

Nella giurisprudenza d'oltreoceano, l'esistenza e la conformazione dei sistemi di gestione del rischio ed il ruolo svolto al riguardo dagli amministratori, sono strumentali all'applicazione della *business judgment rule*. A tale stregua i giudici delle Corti del *Delaware* hanno delineato a livello unanime i presupposti di responsabilità in caso di omissione di vigilanza sulla gestione del c.d. rischio d'impresa.

Sul punto è intervenuta la pronuncia in un noto caso<sup>129</sup>, dove la *Delaware Chancery Court* ha stabilito che affinché ci sia una violazione riguardo all'omessa vigilanza sulla gestione del rischio, debba essere accertata una ripetuta o sistematica inerzia da parte dell'organo, trascurando qualsiasi tipo di informazione, documentazione e controllo, andando ad integrare quel presupposto di responsabilità che, secondo l'orientamento consolidato della Corte, è la mala fede. Tale sentenza ha cavalcato l'orientamento emerso da passate sentenze sempre di questa Corte, che hanno condotto al principio generale secondo il quale i titolari della gestione hanno l'obbligo di adoperarsi secondo buona fede affinché il sistema informativo sia adeguato e che la sua omissione possa renderli responsabili per le perdite provocate.

In tempi più recenti<sup>130</sup>, la Corte ha impostato in maniera più stringente i presupposti di colpevolezza degli amministratori rispetto alla gestione del rischio: nel giudizio citato gli attori non contestavano agli amministratori l'assenza di sistemi di controllo dei rischi, in quanto era presente un comitato avente la funzione di assistere il consiglio di amministrazione sulle valutazioni e gestione dei rischi, ma censuravano il fatto che tali meccanismi non erano adeguati rispetto agli assetti organizzativi costituiti<sup>131</sup>, censura che la Corte ha ritenuto non sufficientemente dimostrata.

Da tale sentenza emerse un orientamento della giurisprudenza americana che si consolidò nel tempo; in particolar modo il sistema di gestione dei rischi deve

---

<sup>129</sup> Caso *Caremark* del 1996

<sup>130</sup> Sentenza sul caso "*Citigroup*" del 2009

<sup>131</sup> "*oversight mechanisms were not adequate*"

porsi “a servizio” dell’iter decisionali che gli amministratori devono intraprendere in modo da rendere le loro delibere in maniera compatibile con le previsioni del risultato. In altre parole, come anche sostenne parte della dottrina statunitense, il c.d. “*risk management*” deve divenire una priorità; nel contempo gli amministratori avvalendosi dei comitati interni devono concepire ed implementare il c.d. “*risk management policies and infrastructure*”<sup>132</sup>.

Tale orientamento segna un momento di svolta della giurisprudenza americana la quale prima formulò un principio generale rimasto intatto per circa cinquant’anni, in merito alla *BJR* il quale stabiliva come il giudice non sia mai legittimato a sostituire una propria valutazione sul merito delle decisioni amministrative; adesso l’attenzione viene riposta sul processo decisionale piuttosto che sulla valutazione del merito della decisione, nella misura in cui sia assente un conflitto d’interesse e il procedimento di deliberazione sia razionale e corredato da tutte le informazioni disponibili.

#### **4. Il dovere conoscitivo-preliminare nella fase pre-insolvenza**

Il rilievo che assumono il monitoraggio e la conoscenza di uno stato di crisi suggeriscono di intraprendere un’indagine sui doveri degli amministratori andando a soffermarsi in primo luogo sul profilo informativo partendo dalla ripartizione della competenza tra amministratori deleganti e delegati: il consiglio opera così una valutazione sulle informazioni che gli vengono sottoposte.

Con la riforma del 2003, come rilevato in precedenza, venne abrogato l’inciso dell’art. 2392 c.c. che prevedeva la responsabilità qualora i componenti dell’organo non avessero vigilato sull’andamento generale della gestione. Secondo parte della dottrina è tuttavia pacifico che tale eliminazione non ha portato il venir meno del dovere generico in quanto continuerebbe a coincidere con ciò che gli amministratori hanno sempre realizzato, a prescindere dall’assunzione di determinati incarichi<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> LIPTON, *Risk management and the board of directors. An update for 2012.*, in *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation.*, pagg. 1-7

<sup>133</sup> CRESPI, *Note minime sulla posizione di garanzia dell’amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, in *Riv. Soc.*, Giuffrè, 2009

Il dettato dell'art 2381 c.c. ha lo scopo adesso di operare una divisione della responsabilità in ragione dell'effettivo contributo sancendo implicitamente come le informazioni ricevute siano la principale fonte con i quali i consiglieri non esecutivi possano svolgere diligentemente i propri compiti. La dottrina in modo prevalente afferma che tale dovere rappresenta un presupposto irrinunciabile di correttezza professionale nell'ambito delle regole di giudizio per lo svolgimento di qualsiasi attività; altra corrente minoritaria (De Nicola) sostiene che l'amministratore deve agire in modo informato solo in riferimento alle delibere da lui proposte o quelle in cui è chiamato a votare<sup>134</sup>; orientamento quest'ultimo che appare limitativo del dovere generale di agire consapevolmente nella gestione societaria.

Applicando tali principi al contesto di crisi pre-concorsuale è possibile subito stabilire che gli amministratori sono tenuti a rilevare prontamente il dissesto, individuando allo stesso tempo il c.d. *triggering point* ovvero il momento a partire dal quale i loro compiti subiscono un "mutamento" in ragione della presenza della condizione di patologia dell'impresa: in maniera concreta tale dovere implica un controllo continuo sullo "stato di salute" favorito dalla costituzione di assetti adeguati. Come definito da alcuni autori in questa situazione il dovere dell'organo di gestione viene orientato ad un auto-controllo che permette in maniera celere di adoperarsi al verificarsi di un presupposto dell'insolvenza<sup>135</sup>.

L'oggetto su cui si fonda il dovere conoscitivo preliminare è definito come una qualsiasi condizione di natura economica, finanziaria e patrimoniale che impedisca, nel verso aziendalistico, il conseguimento degli obiettivi sociali e che allo stesso tempo faccia aumentare le probabilità di entrare nello stato di insolvenza dal punto di vista giuridico<sup>136</sup>. Tale condizione segna un elemento di novità sul regime "fisiologico", in quanto una perdita da parte della società della capacità di perseguire i suoi scopi causa un mutamento o meglio, un passaggio dall'area della possibilità a quello della probabilità che l'insolvenza si manifesti.

---

<sup>134</sup> DE NICOLA, *Commento all'art. 2381*, in *Amministratori*, a cura di F. GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, pag. 127

<sup>135</sup> A.M. LUCIANO, *La gestione della S.P.A. nella crisi pre-concorsuale*, Giuffrè, 2016, pag. 98; MONTALENTI, *I doveri degli amministratori, organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi*, pag. 41, in *Diritto societario e crisi d'impresa*.

<sup>136</sup> A.M. LUCIANO, *La gestione della S.P.A. nella crisi pre-concorsuale*, cit, pag. 100

Il problema di cui si è discusso in dottrina riguarda il fatto che tale incapacità di perseguimento è sufficiente che sia prospettica oppure è necessario che si integri in maniera concreta il presupposto dell'insolvenza: tale elemento risulta avere un notevole rilievo in quanto è fondamentale per determinare il contenuto dei compiti degli amministratori quando l'impresa è in crisi, ma anche allo scopo di definirne il *triggering point*. A tale stregua bisogna innanzitutto accogliere un orientamento che afferma come una crisi pre-concorsuale non è integrata da una possibilità che subentri l'insolvenza, quanto da una possibile variazione in senso peggiorativo di detto rischio. Se questo è vero allora nel momento in cui viene rilevata una perdita della continuità, ovvero «*l'incapacità dell'impresa di mantenersi in condizioni tali da poter rimanere sul mercato generando al suo interno risorse per la propria continuità*»<sup>137</sup>; sarà fondamentale che gli amministratori quantifichino il lasso di tempo in cui la società può ancora attingere alle proprie disponibilità e, sulla base di tale indagine, programmino l'attività gestionale proprio per ridurre le probabilità d'insolvenza o quantomeno limitare gli effetti pregiudizievoli della crisi. Tale limite temporale dovrà essere accertato tramite valutazioni prognostiche caso per caso tenendo conto delle specifiche caratteristiche della società<sup>138</sup>. A questa ultima affermazione va aggiunto un principio contabile generalmente accolto che stabilisce come la continuità può sussistere laddove dalle voci di bilancio, emerga che la società possa ragionevolmente proseguire la propria attività fino al termine dell'esercizio successivo rispetto a quello in esame<sup>139</sup>.

Sussistono delle ipotesi in cui il subentro di una condizione di patologia non è tuttavia prevedibile e non può rimproverarsi nulla alla condotta tenuta dagli amministratori: ad esempio il verificarsi di calamità naturali improvvise e imprevedibili dalle quali potrebbe conseguire uno stato di crisi. Questa premessa ha portato sia la dottrina aziendalistica che quella giuridica a formulare una

---

<sup>137</sup>A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *op cit*, pag. 831

<sup>138</sup> CNEDEC principio di revisione 570: «*La dimensione e la complessità dell'impresa, la natura e le circostanze delle sua attività ed il suo grado di dipendenza nei confronti dei fattori esterni, sono tutti elementi che influenzano il giudizio sull'esito di eventi o circostanze future*»

<sup>139</sup> IAS 1: «*Nel determinare se il presupposto della prospettiva della continuazione dell'attività sia applicabile, la direzione aziendale tiene conto di tutte le informazioni disponibili sul futuro, che è relativo ad almeno, ma non limitato a, dodici mesi dopo la data di riferimento del bilancio*».

“responsabilizzazione soggettiva” ritenendo prevalenti le concause soggettive-interne rispetto a quelle oggettive-esterne nella valutazione della gestione<sup>140</sup>.

Con l'intervento della riforma Rordorf è stato aggiunto un altro parametro in riferimento al parametro di adeguatezza degli assetti. Mentre il codice civile fa riferimento ad un dato prettamente qualitativo e quantitativo, la riforma aggiunge come l'assetto debba essere proiettato da una parte alla rilevazione tempestiva di una crisi nella fase di pre-insolvenza e, dall'altro, all'attivazione dei sistemi configurati al fine di superare lo stato di crisi al fine di salvaguardare la continuità: tutto questo ha portato ad una intensificazione del dovere conoscitivo- preliminare attraverso una sistema di flussi informativi<sup>141</sup>

Il dovere conoscitivo-preliminare è quindi non sono limitato all'individuazione delle cause dello stato patologico ma anche funzionale alla previsione di un piano di gestione. Per questo in una tale fase, il ricorso a strumenti informativi di tipo ordinario si accompagna a strumenti straordinari,<sup>142</sup> confermando la “lievitazione” dei doveri conoscitivi, desumibili dalle clausole generali relative alla diligenza, alla corretta amministrazione e alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.<sup>143</sup>

Qualora la società sia organizzata secondo il modello delle deleghe gestorie, è stato pacificamente ammesso dal legislatore come la titolarità del dovere conoscitivo-preliminare sia conferito agli amministratori delegati, in quanto le “anomalie” che costituiscono, come si è detto poc'anzi, l'oggetto del dovere conoscitivo-preliminare, devono emergere grazie a “adeguati” assetti interni. Tale dovere si esplica, secondo una dottrina recente, attraverso una “interazione informativa”<sup>144</sup> che si assolve a sua volta in occasione delle riunioni *ad hoc* dell'organo amministrativo. La scelta di convocare la riunione dipende dalla specifica condizione che risulta in base ai dati specificamente appresi, tuttavia

---

<sup>140</sup> PALETTA, *Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato: prime evidenze empiriche*, in *Fallimento*, 2013, pag. 1038.

<sup>141</sup> V. DE SENSI, *Evoluzione della concorsualità, emerging insolvency e fiduciary duties degli amministratori nella fase di pre-insolvenza*, in ( a cura di) S. AMBROSINI, *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria. Strumenti del diritto*, Bologna, 2017, pag. 119

<sup>142</sup> BASTIA, *Pianificazione e controllo dei risanamenti aziendali*, in *Collana studi e ricerca sul sistema azienda*, Giuffrè, 2017, pag. 231

<sup>143</sup> V. *supra*, cap. 2 paragrafo 1

<sup>144</sup> F. BARACHINI, *Commento all'art 2381 c.c.*, in *Commentario del Codice civile*, pag. 111

laddove le anomalie riscontrate siano gravi, i consiglieri dovranno riferirne senza indugio ai consiglieri non esecutivi nella riunione: in sostanza minore sarà la gravità della crisi, maggiore sarà la libertà decisionale dei delegati.

Più complessa risulta essere la tematica riguardante gli obblighi degli amministratori privi di deleghe esecutive, in quanto è necessario bilanciare i profili della responsabilità con quelli delegati in quanto, questi ultimi, hanno il compito di gestione diretta. In occasione dell'intervento riformatore del 2003 è stato codificato il dovere degli amministratori dell'agire informati che si esplica non solo nell'obbligo di informare ma anche nel dovere di informarsi. Applicando tali principi al contesto in considerazione emerge come i compiti degli amministratori non esecutivi non si esauriscano in un apprendimento passivo delle notizie di cui sono i destinatari, ma devono ravvisare la presenza di segnali di crisi e più precisamente ottemperare al loro compito individuato nell'oggetto del dovere conoscitivo-preliminare. Per tali motivi sembra confermare quanto appena detto alcune delle regole sulla redazione del bilancio, in quanto tale funzione non è delegabile e quindi favorisce la conoscenza uniforme agli amministratori sulla condizione economica, finanziaria e patrimoniale della società.

Per quanto concerne l'annosa questione circa l'esercizio dei poteri informativi individuali degli amministratori, la dottrina maggioritaria (IRRERA e MONTALENTI) tende a non riconoscere tali poteri in capo ai singoli amministratori e, anche quando abbiano preso l'iniziativa, comunque il potere di azione avrebbe natura collegiale in quanto sottoposto alla successiva ratifica di legittimità da parte del consiglio<sup>145</sup>. Tale orientamento sembra essere avvalorato anche dal chiarimento offerto dalla Relazione di accompagnamento alla riforma, che si inquadra verso una "rivitalizzazione" del principio di collegialità delle decisioni. La ricostruzione indicata, tuttavia, non impedisce che possa essere accertata una responsabilità per i consiglieri delegati, in quanto il loro campo d'azione in questa fase rimane circoscritto all'oggetto del dovere conoscitivo-preliminare: a tal fine diversi ordinamenti per incentivare tale attività di monitoraggio hanno previsto dei *rewards* che possono risultare efficaci al fine di "responsabilizzare" le loro condotte. Queste

---

<sup>145</sup> M. IRRERA *Assetti adeguati e governo delle società di capitali*, pag. 241; 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*, pag. 46

considerazioni sono incompatibili con le tesi sostenute da diversi autori che, precedentemente, sostenevano come gli amministratori non operativi siano destinatari passivi delle informazioni, adempiendo al loro compito solo assistendo alle riunioni<sup>146</sup>; e che sembrano porsi, quindi, in chiaro contrasto anche con il dettato dell'art 2381 c.c. comma 6 relativo ai poter/doveri di informazione.

Il profilo dei doveri conoscitivi-preliminari, che avvengono in una fase di crisi, va completato con la teoria secondo la quale non ogni amministratore deve essere esperto in contabilità o comunque avere delle competenze specifiche al fine di assolvere a pieno i propri compiti<sup>147</sup>. L'ordinamento, infatti, permette di disporre dell'ausilio di comitati interni, così come da consulenti esterni, a patto che le informazioni ricevute non vengano valutate in modo passivo dall'amministratore. La correttezza della funzione gestoria deve essere valutata su un piano non meramente formale, ma sostanziale<sup>148</sup> e cioè l'amministratore dovrà successivamente valutare attraverso un attento esame di plausibilità, la coerenza logica del risultato della consulenza.

La riforma del nuovo CCII porterà alla codificazione di un principio già accolto in maniera consolidata dalla dottrina, ovvero sia che la convocazione dell'assemblea ad opera degli amministratori in presenza di una crisi patrimoniale di una certa gravità (oltre un terzo), non sia più il dovere che devono assolvere per essere esenti da responsabilità, in quanto la crisi o lo stato di insolvenza potrebbe già essere irreversibile.

Da qui la proposta di utilizzare un meccanismo di azione preventiva che si perfeziona attraverso un solido flusso informativo con i soci, consentendo loro di riunirsi in assemblea sulla base di valutazioni di opportunità, permettendogli di assumere consapevolmente le deliberazioni di loro competenza, così come di esprimere eventuali raccomandazioni o pareri sulla gestione.<sup>149</sup>

---

<sup>146</sup> A. ROSSI, *La responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in (a cura di) G. SCOGNAMIGLIO, *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, Milano, 2003 pag. 25

<sup>147</sup> Nella Relazione si legge che agli amministratori non si richiede che siano: *“periti in contabilità, in materia finanziaria, e in ogni settore della gestione e dell'amministrazione dell'impresa sociale, ma che le loro scelte devono essere informate e meditate, basate sulle rispettive conoscenze e frutto di rischio calcolato, e non di irresponsabile o negligente improvvisazione.”*

<sup>148</sup> P. MONTALENTI, *I doveri degli amministratori, degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi*, in *op. cit.* pag.58

<sup>149</sup> A.M. LUCIANO, *La gestione della S.P.A. nella crisi pre-concorsuale*, pag. 132

Giunti a questo punto, si osserva come gli amministratori si trovino di fronte al c.d. “momento della verità” che attiene al profilo della continuazione/cessazione dell’attività: tale decisione dovrà essere presa pregiudizialmente a qualsiasi altra questione in regime di crisi pre-concorsuale. La crisi è integrata dalla presenza di un fattore patologico tale da impedire il conseguimento delle sue specifiche finalità: in tale contesto, la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale non rappresenta l’unica fattispecie, ma piuttosto è stata ritenuta da alcuni autori come “residuale” in quanto sia integrata qualora il patrimonio sociale sia particolarmente pregiudicato.

Una volta risolta la questione pregiudiziale, gli amministratori devono effettuare il c.d. “*test di risanabilità*”<sup>150</sup>. Tale test sembrerebbe avere una oggettività maggiore rispetto al c.d. “*test sull’opportunità*”, che attiene alla valutazione economica concernente la valutazione economica del risanamento, in quanto quest’ultimo parametro implica un’accentuata opinabilità sull’ipotesi scelta che può, in termini comparativi, avere un maggior valore economico sul capitale per alcuni, ma per altri risultare la scelta più adeguata alla circostanza in concreto.

Altro corollario di quanto appena esposto risulta essere che in capo agli amministratori non è mai riscontrabile un dovere di risanamento generale dell’impresa azionaria qualora la questione pregiudiziale sia risolta nel senso dello scioglimento per manifesta impossibilità di prosecuzione, ma piuttosto rileva la formulazione del test di risanabilità che assume i caratteri della doverosità, in quanto l’esatta formulazione di quest’ultimo porta ad un risultato più chiaro sulla situazione patrimoniale, finanziaria ed economica della società che permette agli amministratori di agire consapevolmente nella scelta tra continuazione/cessazione.

## **5. La (ri-)pianificazione e il dovere di risanamento e continuazione dell’impresa**

Una volta chiariti quali siano i doveri degli amministratori nella fase “fisiologica” dell’attività sociale, e stabiliti quali siano i limiti di copertura della

---

<sup>150</sup> V. *infra* Cap 2, paragrafo 5

*BJR*, occorre interrogarsi su come l'organo di gestione possa rilevare gli indici di una crisi pre-concorsuale e quali siano i comportamenti conseguenti a tale accertamento. È stato pacificamente ammesso che vi sia un obbligo da parte dell'organo di assumere un comportamento adempiente, sebbene le misure da adottare debbano essere inquadrare all'interno di una strategia e non prese in modo improvvisato. In tal senso lo svolgimento dell'attività d'impresa si basa su processi razionali fondati sulla raccolta ed elaborazione di informazioni rilevanti che, sul piano giuridico, corrispondono ad un dovere in capo all'organo amministrativo di pianificare l'attività d'impresa indipendentemente dalla condizione nella quale si trova<sup>151</sup>.

Sul piano della forma, lo strumento di manifestazione delle scelte razionali si fonda sulla redazione di un complesso documentale il quale da una parte costituisce uno strumento obbligatorio per una serie di atti strategici, soprattutto in una fase di crisi, come i piani industriali e finanziari di cui al terzo comma dell'art. 2381 c.c.; dall'altra, anche quando non è espressamente prevista la stesura in forma scritta, costituisce una prassi consolidata la trascrizione sul verbale qualora ad es. venga esposto il piano durante un'assemblea, per garantire l'assolvimento dell'obbligo (ri-)pianificatorio.

Nell'ambito delle condizioni applicative della *BJR*, assume rilevanza il momento conoscitivo, ovvero nella fase istruttoria che anticipa la successiva decisione che gli amministratori prenderanno. Tale dovere assume ancora più rilevanza rispetto ad un'impresa che si trovi in crisi pre-concorsuale: in primo luogo apprendendo la condizione attuale in cui versa e in secondo luogo attraverso un giudizio prognostico che concerne lo stato potenziale, ovvero quello che si potrebbe realizzare qualora non si agisse tempestivamente.

Il complesso di queste verifiche è stato pacificamente ammesso dalla dottrina tedesca<sup>152</sup>, e nel nostro ordinamento può essere indicato come "test di risanabilità" ed è diviso in due fasi: la prima concerne la possibilità che a seguito delle misure ipotizzate la società possa astrattamente continuare a svolgere la

---

<sup>151</sup> A.M. LUCIANO, *La gestione della S.P.A nella crisi pre-concorsuale*, pagg. 136-137

<sup>152</sup> Sul tema si sono espressi vari autori come KLEINDIEK e BORK.

propria attività in regime di continuità aziendale, il secondo, strumentale all'esito positivo del primo, riguarda la convenienza economica che porta al risanamento. I risultati sono più difficilmente valutabili rispetto a quelli riguardanti la risanabilità in senso stretto poiché sarebbe difficile da prevedere a monte il rapporto costi/benefici e allo stesso tempo tali risultanze sconterebbero un margine di opinabilità superiore rispetto ai risultati del test di risanabilità: nello specifico, in regime di crisi, tale test sembrerebbe piuttosto essere un metodo efficace per consentire agli amministratori di assolvere alle cautele che impediscono il sindacato nel merito<sup>153</sup>.

Il profilo della risanabilità non esaurisce l'insieme dei presupposti per ottenere la copertura della *BJR* in quanto quest'ultimo non deve porsi in rapporto di manifesta incoerenza logica che costituisce un parametro oggettivo per giudicare i comportamenti degli amministratori in occasione della fase istruttoria. A tale stregua nella fase di crisi, il perseguimento dello scopo lucrativo deve essere graduato dalla necessità di tutelare i creditori, facendo sì che nel "test di coerenza logica" si tenga in considerazione in maniera più specifica rispetto ad una fase "fisiologica" dei loro interessi.

Una volta effettuata tale graduazione occorre considerare che gli amministratori possano ipotizzare diverse opzioni per raggiungere l'obiettivo prefissato e per altro verso potrebbe risultare solo un'unica soluzione ragionevole. In tal senso, la dottrina, ritiene che la discrezionalità degli amministratori dell'impresa azionaria in crisi non sarà ridotta rispetto a quella nella fase *in bonis*; piuttosto risulterebbe "gradatamente vincolata" alle risultanze del test di risanabilità<sup>154</sup>.

Diversamente sembra potersi concludere allorché sussista uno stato più avanzato rispetto alla crisi pre-concorsuale, orientato quindi verso un'insolvenza. Maggiore sarà lo stato patologico dell'impresa, maggiore saranno le esigenze di tutela del ceto creditorio da parte degli amministratori in conformità della graduazione all'interesse sociale di cui sono responsabili.

---

<sup>153</sup> A.M. LUCIANO, *Op cit.*, pagg. 160- 161

<sup>154</sup> A.M. LUCIANO, *op cit.*, pag. 165

Le valutazioni in termini di scelta di risanamento, non assumerebbero la forma di mere raccomandazioni verso l'assemblea come accadrebbe in uno stato di crisi precedentemente citato, ma legittimerebbero gli amministratori ad iscrivere direttamente la causa di scioglimento per sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale. In tale ipotesi il test di risanabilità avrebbe dimostrato a monte, come non sia praticabile l'obiettivo di risanamento attraverso anche operazioni di *turnaround*, in quanto la scelta sarebbe antieconomica e recherebbe un pregiudizio maggiore verso il patrimonio.

L'azione degli amministratori subirebbe una maggiore opinabilità, a tal punto da potersi considerare sostanzialmente vincolata, dal momento che la tutela delle posizioni creditorie assume ruolo centrale. Qualora invece il c.d. "test di opportunità" dia un risultato diverso rispetto al "test di risanabilità" dal quale è scaturito un esito negativo circa la possibilità di un risanamento, allora gli amministratori dovranno sottoporre la proposta all'assemblea e non potranno agire unilateralmente, in quanto i soci riuniti in forma collegiale hanno il dovere di decidere, qualora venga lasciato un margine di possibilità, di provocare la liquidazione.

Quando l'organo amministrativo opta per la prosecuzione, le regole in materia di gestione dell'impresa non possono non prescindere da un piano di risanamento adeguatamente predisposto. Come accolto pacificamente dalla dottrina, la crisi comporta un'alterazione programmatica ovvero le misure devono porsi in posizione di discontinuità rispetto a quanto realizzato in precedenza altrimenti significherebbe di fatto, agire come se si ignorasse il cambiamento di regime in corso.

In tale contesto assume valore preminente l'analisi sulle relative cause che hanno condotto alla crisi al fine di percepire quanto debba essere l'ampiezza del piano: una ri-programmazione dell'intera attività d'impresa potrebbe risultare eccessiva, in quanto non è da escludersi che i principi della pregressa organizzazione siano ancora idonei per il perseguimento della funzione sociale ed abbiano bisogno in sostanza di una effettiva applicazione. Allo stesso tempo, come accolto da alcuni autori, la pianificazione non deve essere oltremodo dettagliata, poiché la situazione di fatto potrebbe acquisire nella sua evoluzione elementi di

specificità.<sup>155</sup> In tale contesto l'ausilio di un comitato tecnico consente agli amministratori di sviluppare una conoscenza più approfondita delle modalità di adempimento del piano predisposto, ferma restando la loro responsabilità qualora ne ricorressero gli estremi.

Se, per un verso, l'attività istruttoria prodromica all'assunzione del piano si esaurisce nell'espletamento del test di risanabilità, per altro verso, quanto programmato è "ragionevole" se logicamente coerente alle risultanze: in altre parole il piano di risanamento non può essere inattendibile rispetto alla realtà in concreto, ma l'amministratore dovrà effettuare un giudizio prognostico sull'attitudine del piano a svolgere quella funzione per la quale è preordinato.

Quanto fino ad ora detto, consente di discutere di un altro profilo inerente la crisi pre-concorsuale e il dovere di risanamento e cioè il profilo che attiene alle modalità e limiti nel rispetto dei quali si gestisce il rischio d'impresa.

La premessa a tale questione è che generalmente gli organi di gestione siano tenuti a svolgere la loro funzione in senso conservativo: ampia parte della vecchia dottrina accoglieva tale visione, sostenendo che, in regime di crisi, vi sarebbe una sorta di anticipazione degli effetti che si manifestano quando è integrata una causa di scioglimento dove in tale circostanza viene modificato l'oggetto della funzione d'impresa, che è tipicamente coincidente con il "rischio", e subentra il dovere di preservare il patrimonio sociale.<sup>156</sup>

Altri autori in tempi più recenti, invece, hanno sostenuto come il verificarsi di una causa di scioglimento sia fattispecie generatrice di obblighi di conservazione del patrimonio sociale ex art. 2394 c.c., affermando in altri termini come la gestione d'impresa debba essere sempre parallela ad un "rischio", e solo in un effettivo momento di non ritorno, come è la causa di scioglimento, si debba procedere con un gestione conservativa<sup>157</sup>; tuttavia tale osservazione sarebbe in contrasto con quanto detto fino ad ora, ovvero che i doveri di conservazione debbano influenzare la funzione amministrativa in qualsiasi fase del suo svolgimento, a prescindere dallo

---

<sup>155</sup> BASTIA, *Sistemi di pianificazione e controllo*, Il Mulino, 2008, pagg. 115 ss.

<sup>156</sup> BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, pag. 243; BOZZA, *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, pag. 1104

<sup>157</sup> SAMBUCCI, Commento all'art. 2394, in *Commentario del Codice civile*, diretto da GABRIELLI, a cura di SANTOSUOSSO, pagg. 432 ss.

stato in cui si trova la società, in modo da garantire un efficace controllo contro l'altare al rischio d'impresa.

Nel rinnovato contesto normativo, è stato abolito il divieto di effettuare nuove operazioni, in ragione del quale era impedito di fatto compiere nuovi affari svincolati dalle finalità liquidatorie e comportando la disapplicazione della *business judgment rule* per tali operazioni fatte *ex novo*. La nuova impostazione ha reso legittimo il potere di compiere nuove operazioni, sebbene siano rimasti delle opinioni contrastanti in dottrina: alcuni autori sono del parere che il *discrimen* tra le scelte lecite e non, sia dato dalla ragionevolezza parametrata alle circostanze concrete<sup>158</sup>; altri, invece, accolgono l'impostazione che consente la possibilità di intraprendere nuove operazioni, sebbene ogni attività speculativa debba cessare a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento.<sup>159</sup>

La giurisprudenza, invece, ha ritenuto che la nuova disciplina dell'art. 2485 c.c. ampli la responsabilità degli amministratori la quale sarebbe estesa non solo al pregiudizio cagionato dalle nuove operazioni in senso stretto, ma da qualsiasi danno alla società, ai soci e ai creditori, provocati in uno stato di crisi; allo stesso tempo dall'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 2486 c.c. emerge come il passaggio da un'attività gestoria lecita ad una illecita è oggi dato dall'assunzione di un nuovo rischio d'impresa.<sup>160</sup>

Dalle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali appena citate, il nuovo testo legislativo sembra orientato ad un riconoscimento della pienezza dei poteri gestori anche in una fase "terminale" dell'attività; che per un verso comporta un'estensione oggettiva dell'ambito in cui agli amministratori è concesso intervenire, per altro verso una maggiore difficoltà a definire con esattezza la responsabilità. È opinione prevalente che vi sia una tendenza legislativa volta a valorizzare il profilo produttivo e gestionale dell'impresa, che troverà una sua collocazione ancora più precisa con l'entrata in vigore del nuovo CCII.

Un chiaro esempio di incompatibilità tra la gestione conservativa e il dovere di risanamento che incombe quando sia accertata la continuità, emerge anche da

---

<sup>158</sup> GUIZZI, *Responsabilità degli amministratori e insolvenza: spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola*, in *Riv. Dir. Impr.* Pag. 236 ss.

<sup>159</sup> S. AMBROSINI e M. AIELLO, *Società per azioni. Responsabilità degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 2010, pag. 957

<sup>160</sup> Trib. Milano 4480/2011; Cass, 17033/ 2008

una prospettiva aziendalistica con le operazioni di *turnaround*: tali presuppongono delle c.d. decisioni non strutturate di cambiamento che sono per loro natura intrinseca rischiose, e quindi ponendosi come limite alle prerogative gestionali riconosciute agli amministratori, adesso, in ipotesi terminali dell'attività sociale.

A conclusione di quanto detto, pur segnalandosi un'omogeneità terminologica del dato normativo degli art. 2394 e 2486 del Codice civile, i compiti degli amministratori in regime di crisi pre-concorsuale sono differenti rispetto a quando venga integrata una causa di scioglimento, sebbene, una parte minore della dottrina, sostiene tutt'ora che il concetto di conservazione ex art. 2486, comma 1 c.c. è da interpretare in modo conforme a quanto emerge dall'esegesi dell'art. 2394 c.c.<sup>161</sup>

Da quanto appena analizzato, occorre adesso concentrarsi sul pericolo opposto, consistente nell'eccessiva propensione al rischio dell'organo amministrativo.

La questione tratta dell'individuazione di quei limiti che rendono legittime le condizioni per l'esercizio della funzione gestoria al fine di non incorrere in responsabilità, partendo dalla premessa secondo la quale la normativa vigente deve regolare, in regime di crisi pre-concorsuale, gli aspetti per ricercare un equilibrio tra l'esigenza di tutelare i creditori e non scordarsi del tutto di intraprendere iniziative che di per sé siano collegate al rischio d'impresa.

Dall'impostazione seguita fino ad ora in questa trattazione è possibile affermare che questo difficile bilanciamento si realizzi grazie ai principi normativi della *BJR*: ciò comporta che, da una parte, i titolari della funzione gestoria possono assumere tutti quei rischi che ritengono più opportuni anche se idonei a provocare lo scioglimento, in una prospettiva *ex ante*; dall'altra costoro non risponderanno delle loro condotte qualora la fattispecie estintiva si realizzi in modo concreto.

In ragione di quanto esposto sopra, tuttavia, la copertura offerta dalla regola della *BJR* si esaurisce quando vi sia anche il positivo superamento del test di coerenza logica che, in detto contesto, si realizza con l'integrazione di due presupposti: il primo riguarda l'astratta idoneità delle misure del piano a svolgere

---

<sup>161</sup> BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della Crisi*, pag. 279

l'effettivo risanamento della società in crisi; allo stesso tempo deve essere fatto dagli amministratori un bilanciamento adeguato tra interessi dei soci e dei creditori. Da tale gradazione ne risultano i limiti della c.d. *business risk*, ovvero si intende quando questa sia conforme unicamente agli interessi degli azionisti, e quando invece sia parte del “rischio ragionevole” da poter intraprendere.

L'approdo emerso da quanto rilevato è che esiste una c.d. “rischiosità inversa” proporzionale all'aggravarsi dello stato di crisi<sup>162</sup> che è certamente utile per identificare il rischio al quale è sottoponibile l'attività, ma non può escludersi che nel caso concreto, il “rischio ragionevole” sia differente rispetto a quanto emerge da tale criterio.

---

<sup>162</sup> A.M. LUCIANO, *La gestione della S.P.A. nella crisi pre-concorsuale*, pag. 201

### III CAPITOLO: IL PROBLEMA A LIVELLO EUROPEO TRA APPLICAZIONE DEL DIRITTO FALLIMENTARE E SOCIETARIO

**SOMMARIO:** 1. Il Regolamento n. 1346/2000: ambito di applicazione ed oggetto- 2. Il Regolamento n. 848/2015: sviluppi comunitari sull'insolvenza- 3. Criteri di collegamento della giurisdizione- 4. La Proposta di Direttiva del 2016 e la Direttiva *Insolvency* del 2019- 5. La *rescue culture* nell'ordinamento statunitense ed europeo- 6. Applicazione della responsabilità a società estere

#### 1. Il Regolamento n. 1346/2000: ambito di applicazione ed oggetto

L'attività imprenditoriale si è sempre contraddistinta, fin dall'inizio della sua diffusione, nell'assenza di limiti e barriere territoriali. Il fenomeno della globalizzazione e l'apertura delle frontiere tra i vari Stati ha fatto sì che la gran parte degli affari delle società, siano effettuati all'interno di un mercato internazionale e pertanto ne può derivare che una crisi o una insolvenza possa estendere i suoi effetti oltre i confini dello Stato dove l'impresa ha la sua sede principale.

Il diritto italiano delle società ha dunque necessariamente una dimensione internazionale-privatistica ed una dimensione europea. Ciò significa che di fronte ad una data fattispecie di impresa o altri enti organizzati in forma collettiva si dovrà sempre, preliminarmente, individuare: da un lato, se la fattispecie presenta elementi di estraneità rispetto al foro, e in tal caso, come l'ordinamento italiano si coordina con gli ordinamenti stranieri nella stessa disciplina; dall'altro lato, se la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE o è comunque rilevante per il perseguimento delle finalità dell'UE, risultando perciò destinataria dei relativi precetti. Secondo parte della dottrina, non cogliere tale duplice dimensione del diritto societario potrebbe condurre a soluzioni errate degli operatori giuridici e dottrinali.<sup>163</sup>

Si è quindi sentita la necessità tra i vari Stati di realizzare una disciplina di coordinamento comunitaria dei rapporti giuridici che sorgono in caso di insolvenza, per il numero sempre crescente di *stakeholders* con cui un'impresa può entrare in contatto.

---

<sup>163</sup> M.V. BENEDETTELLI, *Profili di diritto internazionale privato ed europeo delle società*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2015, pag. 35

Alla luce di quanto appena esposto, fu emanato il Regolamento n. 1346/2000 sull'insolvenza transfrontaliera. Esso riproduce in parte il testo della Convenzione di Bruxelles del 1995, mai entrato in vigore, ma in forma di regolamento: attraverso tale atto giuridico comunitario fu possibile infatti, da un lato renderlo vincolante in ciascuna delle sue parti in tutti gli Stati membri (esclusa la Danimarca) e dall'altro garantire una maggiore certezza del diritto in quanto permise alla materia di essere oggetto di interpretazione da parte della Corte di Giustizia.

Secondo alcuni autori esso rappresenta uno dei più indicativi risultati della c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale,<sup>164</sup> ovvero come strumento per ridurre i conflitti potenziali tra procedure nazionali e la loro non uniforme sovrapposizione.

L'esistenza di un mercato interno nello spazio UE necessita di un'accurata regolamentazione non solo nella disciplina "fisiologica" delle imprese ma anche nell'insolvenza al fine di rendere lo sviluppo del mercato stesso efficace ed efficiente e, allo stesso modo, garantire un coordinamento «*nei provvedimenti da prendere in merito al patrimonio del debitore insolvente*»<sup>165</sup>.

Tali obiettivi di buon funzionamento del mercato devono essere raggiunti tramite una regolamentazione che, ad esempio, impedisca alle parti di trasferire i procedimenti giudiziali in Stati dove sia possibile ottenere un miglior trattamento giuridico<sup>166</sup>: questo obiettivo, come specificato anche dalle disposizioni introduttive di detto Regolamento, deve essere perseguito attraverso un'azione comunitaria ma, allo stesso tempo, deve limitarsi a disciplinare solo i presupposti e gli effetti che scaturiscono dalle procedure d'insolvenza, nel rispetto del principio europeo della proporzionalità.

Il Considerando 9 del Regolamento definisce l'ambito di applicazione del suddetto atto comunitario, escludendo «*Le procedure di insolvenza che riguardano*

---

<sup>164</sup> P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, Milano, 2009, pp. 50 ss.

<sup>165</sup> Considerando 3 Reg. (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza

<sup>166</sup> Considerando 4 Reg. cit. «*E necessario, per un buon funzionamento del mercato interno, dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare- di ottenere una migliore situazione giuridica («forum shopping»)*

*le imprese assicuratrici e gli enti creditizi, le imprese di investimento che detengono fondi o valori mobiliari di terzi e gli organismi di investimento collettivo».*

Tale esclusione viene giustificata dal fatto che per tali tipi di enti sarebbero maggiormente idonee le procedure interne ad ogni Stato in quanto viene concessa loro maggiore autonomia e potere di intervento. Il regolamento disciplina, quindi, tutte le procedure d'insolvenza, ovverosia quelle che «*comportano lo spossessamento totale, o parziale, del debitore e la nomina di un curatore che avrà il compito di amministrare e liquidare i beni dell'impresa in caso d'insolvenza*»<sup>167</sup>. Per l'individuazione dello Stato membro in cui si trova il bene viene effettuata una triplice distinzione:

- 1) per i beni materiali si fa riferimento al Paese nel cui territorio i beni si trovano;
- 2) per i beni e i diritti che necessitano dell'iscrizione in un Pubblico Registro, ci si riferisce al Paese in cui è tenuto il Pubblico Registro;
- 3) per i crediti si tiene conto del Paese in cui si trova il centro degli interessi principali del terzo debitore (c.d. criterio del COMI) di cui tratterò nel prosieguo.<sup>168</sup>

L'articolo 4 del Regolamento prescrive che la legge da applicarsi, laddove venga aperta la procedura d'insolvenza, sarà quella dello Stato in cui verrà accertata e verrà regolata in tutte le sue fasi sino alla chiusura.<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup> Art. 1 Reg. 1346/2000

<sup>168</sup> Circolare n. 16 del 6 dicembre 2001

<sup>169</sup> Articolo 4 Reg. 1346/2000: «*La legge dello Stato di apertura determina le condizioni di apertura, lo svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza. Essa determina in particolare: a) i debitori che per la loro qualità possono essere assoggettati ad una procedura di insolvenza; b) i beni che sono oggetto di spossessamento e la sorte dei beni acquisiti dal debitore dopo l'apertura della procedura di insolvenza; c) i poteri, rispettivamente, del debitore e del curatore; d) le condizioni di opponibilità della compensazione; e) gli effetti della procedura di insolvenza sui contratti in corso di cui il debitore è parte; f) gli effetti della procedura di insolvenza sulle azioni giudiziarie individuali, salvo che per i procedimenti pendenti; g) i crediti da insinuare nel passivo del debitore e la sorte di quelli successivi all'apertura della procedura di insolvenza; h) le disposizioni relative all'insinuazione, alla verifica e all'ammissione dei crediti; i) le disposizioni relative alla ripartizione del ricavato della liquidazione dei beni, il grado dei crediti e i diritti dei creditori che sono stati in parte soddisfatti dopo l'apertura della procedura di insolvenza in virtù di un diritto reale o a seguito di compensazione; j) le condizioni e gli effetti della chiusura della procedura di insolvenza, in particolare, mediante concordato; k) i diritti dei creditori dopo la chiusura della procedura di insolvenza; l) l'onere delle spese derivanti dalla procedura di insolvenza; m) le disposizioni relative alla nullità, all'annullamento o all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori».*

La novità maggiormente riconosciuta al Regolamento che segna uno spartiacque dell'insolvenza transfrontaliera, è il principio previsto all'articolo 16 che stabilisce: «*La decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro, competente in virtù dell'articolo 3, è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato in cui la procedura è aperta*». Tale profilo di novità riconosce il manifestarsi sempre maggiore delle insolvenze transfrontaliere che quindi, dal momento che vengono accertate, devono esplicitare tutti i loro effetti all'interno dei vari Stati dove l'impresa ha esercitato, sia in via diretta che indiretta, la propria attività. Nel successivo secondo comma del medesimo articolo, inoltre, viene riconosciuta la possibilità di aprire una procedura c.d. secondaria qualora venga accertata dal giudice di un diverso Stato, allorché ricorrano le condizioni previste dall'articolo 3 comma 4 del Considerando del Regolamento<sup>170</sup>.

L'obiettivo di tale atto comunitario è stato senz'altro l'inquadramento a livello europeo di una disciplina unitaria per le procedure d'insolvenza; l'avvicinamento dei diversi sistemi giuridici ha trovato, tuttavia, un aiuto grazie al lavoro della commissione UNCITRAL il cui scopo è stato quello di contribuire ad una armonizzazione del diritto del commercio internazionale, al fine di sviluppare una comune legislazione<sup>171</sup>. Nell'espletamento dei propri compiti, la commissione si è avvalsa di strumenti di *soft law*, o fornendo condivisi *standards* di riferimento<sup>172</sup>.

Per quanto concerne i profili di giurisdizione, il Regolamento ha individuato il criterio del COMI (*Center Of Main Interest*) o “centro degli interessi principali del debitore”. Come si desume dalla Relazione *Virgos-Schmit* par. 75, esplicitiva della citata Convenzione del 23 novembre 1995 su cui si fonda il Regolamento, il

---

<sup>170</sup> a) *allorché, in forza delle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore, non si può aprire una procedura d'insolvenza*  
b) *allorché l'apertura della procedura territoriale d'insolvenza è richiesta da un creditore il cui domicilio, residenza abituale è situata nello Stato membro nel quale si trova la dipendenza in questione.*

<sup>171</sup> M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, pag. 44,

<sup>172</sup> Nel campo delle insolvenze transfrontaliere UNCITRAL ha prodotto: *la Model Law on Cross-Border Insolvency* del 1997 (c.d. Legge Modello 1997); *la Legislative Guide on Insolvency Law* del 2004 (c.d. Guida Legislativa 2004); *la Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation* del 2009 (c.d. Guida Pratica 2009); nonché il recente supplemento alla *Legislative Guide on Insolvency Law*, dedicato al trattamento delle insolvenze di gruppo; I testi dei provvedimenti adottati integralmente sono leggibili sul sito web ufficiale dell'UNCITRAL, [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

termine “interessi” ricomprende al suo interno alle attività economiche in senso generale, comprese anche quelle dei privati consumatori<sup>173</sup>.

La scelta di questo criterio rispetto ad altri trova la sua motivazione nella possibilità di individuare in maniera più istantanea un solo centro degli interessi principali: in tal senso per i terzi, risulta più facile accertare dove venga esercitata l'attività d'impresa del soggetto in maniera prevalente anche perché tale criterio assume una riconoscibilità maggiore rispetto al criterio della sede reale, in quanto viene ricompreso anche il luogo in cui sono assunte le decisioni strategiche e la direzione del management.

Nei primi anni di applicazione del Regolamento, diverse pronunce hanno privilegiato come criterio, ai fini dell'apertura di una procedura d'insolvenza, il centro sostanziale degli interessi, considerando la sede sociale come un centro formale di imputazione. Questo principio è stato espresso in un'ampia casistica dove l'oggetto delle controversie furono le società appartenenti ad un gruppo: molti giudici hanno affermato la loro giurisdizione presso lo Stato dove ha sede la controllante, in quanto in essa è focalizzato il centro decisionale<sup>174</sup>. Questo orientamento giuridico, tuttavia, si tramutava in un abuso dei diritti dei creditori delle controllate e contrastava con quanto previsto dal Regolamento circa l'applicazione della legge, che doveva avvenire in modo “naturale” e non essere all'opposto quella dello Stato dove si situava la sede della controllante. A causa di tali lacune, la precedente interpretazione giurisprudenziale fu superata dalla Corte di Giustizia in una nota sentenza del 2 maggio 2006 (caso *Eurofood*) in cui venne previsto che ogni società facente parte di un gruppo dovesse essere ritenuta come entità autonoma in modo da tutelare l'affidamento dei terzi nei rapporti giuridici che intercorrono con la singola società.<sup>175</sup>

La Corte ha successivamente accolto questo orientamento e nelle successive sentenze<sup>176</sup> ha aggiunto come vi sia una presunzione di sovrapposizione tra centro degli interessi principali del debitore e sede reale, rilevabile dai terzi attraverso

---

<sup>173</sup> S. BARIATTI, G. CORNO, *Centro degli interessi principali*, in *Riv. Il Fallimentarista*, Bussola del 7 settembre 2016 pag. 1 ss.

<sup>174</sup> In Italia si veda il caso Parmalat (Trib. Parma 4 febbraio 2004 nei casi n 10/4)

<sup>175</sup> S. BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di Giustizia: il caso Eurofood*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, pagg. 203 ss.

<sup>176</sup> *Interedil* 20 ottobre 2011, C-396/09; *Restelli* 15 dicembre 2011 C-191/10

elementi oggettivi: questi dovranno essere accertati «*sulla base dell'insieme dei rapporti giuridici di cui la società è parte; nonché del luogo in cui venga svolta l'attività direttiva, amministrativa ed organizzativa dell'impresa, vale a dire il luogo in cui vengono adottate le decisioni essenziali concernenti la direzione generale e in cui vengono svolte le funzioni di amministrazione centrale*»<sup>177</sup>.

Un altro elemento oggetto di varie pronunce della Corte, si incentrò sul dibattito del trasferimento del COMI in un nuovo Stato e se tale fosse rilevante ai fini dell'apertura della procedura d'insolvenza: le conclusioni a cui approdarono i giudici furono nel senso di dare rilevanza al trasferimento avvenuto prima della effettiva presentazione dell'istanza di fallimento in quanto si sarebbe potuto verificare un conflitto di giurisdizione tra i vari Stati. Nulla osta invece se il trasferimento è avvenuto dopo l'istanza ma prima del deposito del provvedimento di apertura.<sup>178</sup>

## **2. Il Regolamento n. 848/2015: sviluppi comunitari sull'insolvenza**

Il 12 dicembre del 2012 la Commissione Europea decise di intervenire al fine di rafforzare l'efficace gestione delle procedure d'insolvenza transfrontaliere, e tale intervento si perfezionò attraverso la rifusione del Reg. 1346/2000 in quanto, per motivi di chiarezza, fu necessario rielaborare i principi espressi in detto atto comunitario. Tale modifica si rese necessaria in quanto nonostante fosse espressamente previsto come divieto, si verificarono dopo l'emanazione dell'ormai desueto Regolamento, dei fenomeni di *forum shopping* che impattavano sul corretto funzionamento del mercato interno: l'obiettivo, al fine di impedire tale fenomeno, fu quello di definire non soltanto l'ambito di applicazione legato alle procedure d'insolvenza ma includere una disciplina anche per tutti gli atti che derivino come effetto dell'apertura della procedura. A tal fine fu previsto direttamente dal Regolamento, l'irrilevanza del trasferimento del COMI qualora sia avvenuto in un lasso di tempo che va dai tre ai sei mesi precedenti all'apertura dell'insolvenza.

---

<sup>177</sup> in tal senso v. *Corte UE* 28 giugno 2007, causa C-73/06, Planzer Luxembourg Sarl

<sup>178</sup> In tal senso v. S. BARIATTI, G. CORNO, *op. cit.*, pag. 6

In seguito alle pronunce citate nel paragrafo precedente, il nuovo Regolamento ha disciplinato in un articolo il requisito di “permanenza” del centro di interessi principali del debitore e dell’individuazione della sede tramite criteri oggettivi<sup>179</sup>.

Pertanto, il COMI è un criterio di giurisdizione che ha assunto una propria autonomia rispetto ai criteri previsti dai singoli Stati membri; in caso contrario si potrebbero verificare delle interpretazioni divergenti circa la sua applicazione.

Ciò viene confermato anche da parte di alcuni autori, i quali ritengono che l’interpretazione evolutiva di questo criterio che compie la Corte assuma ruolo centrale per la sua corretta applicazione, inquadrandosi come valore “generale” in modo che i giudici dei vari Stati si uniformino ai principi indicati per raggiungere il più possibile una uniformità<sup>180</sup>.

Il Regolamento n. 848 ha ritenuto opportuno estendere *«l’ambito di applicazione del presente regolamento a procedure che promuovono il salvataggio delle società economicamente valide ma che si trovano in difficoltà economiche e che danno una seconda opportunità agli imprenditori. In particolare, il regolamento dovrebbe essere esteso alle procedure di ristrutturazione del debitore nella fase in cui sussiste soltanto una probabilità di insolvenza, nonché alle procedure per cui il debitore mantiene un controllo totale o parziale dei suoi beni e affari»*<sup>181</sup>.

L’articolo 1 del Regolamento<sup>182</sup>, infatti, precisa in maniera più definita l’ambito di applicazione di tale atto comunitario rispetto al precedente del 2000, individuando anche le finalità delle procedure che si sostanziano in ristrutturazione

---

<sup>179</sup> Art 3, comma 1 del Regolamento

<sup>180</sup> MANGANO, *Interpretation and the Role of the CJEU*, in Bork Mangano, *European Cross-Border Insolvency Law*, Oxford, 2016, pagg. 30 ss.

<sup>181</sup> Considerando 10 del Regolamento (UE)2015/848 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza (rifusione)

<sup>182</sup> *«Il presente regolamento si applica alle procedure concorsuali pubbliche, comprese le procedure provvisorie, disciplinate dalle norme in materia di insolvenza e in cui, a fini di salvataggio, ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione, a) un debitore è sprossessato, in tutto o in parte, del proprio patrimonio ed è nominato un amministratore delle procedure di insolvenza, b) i beni e gli affari di un debitore sono soggetti al controllo o alla sorveglianza di un giudice, oppure c) una sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali è concessa da un giudice o per legge al fine di consentire le trattative tra il debitore e i suoi creditori, purché le procedure per le quali è concessa la sospensione prevedano misure idonee a tutelare la massa dei creditori e, qualora non sia stato raggiunto un accordo, siano preliminari a una delle procedure di cui alle lettere a) o b) [...]»*

del debito, riorganizzazione o liquidazione. L'ordine con cui vengono indicate risente dell'implemento offerto dalla *rescue culture* che ha portato ad abbandonare il vecchio "stigma" reputazionale imputato al debitore che fallisce, privilegiando una cultura volta alla salvaguardia della continuità aziendale, attraverso la rilevazione della c.d. *emerging insolvency*, apportando benefici allo stesso debitore, all'attività produttiva dell'impresa ed ai lavoratori al suo interno.<sup>183</sup>

Tale approccio venne anche caldeggiato dalla Commissione europea nel 2014 mediante una raccomandazione che verteva su di un nuovo approccio alla crisi d'impresa<sup>184</sup>.

L'esame comparatistico appena citato rilevò la tendenza a porre l'attenzione sulla centralità che assume l'accertamento tempestivo di uno stato di dissesto e, per tali motivi, fu sentita la necessità di implementare la responsabilità degli organi di gestione. Ciò avvenne nel 2003 da parte della Commissione attraverso l'emanazione di un *Action Plan* dove venne ribadita la necessità della «*elaborazione di una norma sulla negligenza gestionale sanzionabile in base alla quale gli amministratori sarebbero considerati personalmente responsabili delle conseguenze del fallimento della società se, pur essendo possibile prevedere che la società si avvia verso l'insolvenza, essi non decidono di prendere i provvedimenti necessari per salvarla e assicurare i pagamenti ovvero di chiederne la liquidazione*».

Si è registrata da parte degli ordinamenti europei, la tendenza a traslare la tutela dei creditori nella fase di pre-insolvenza, configurando le norme che occupavano tale ambito, all'interno della *lex concursus*.<sup>185</sup>

Al fine di limitare la discrezionalità nelle scelte da parte degli amministratori in modo che possano recare pregiudizio alla posizione dei creditori, diversi ordinamenti europei si avvalgono di due diverse strategie: *rules* e *standards*.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> Per una panoramica più approfondita sul tema si veda S. AMBROSINI, *Lo stigma morale va in archivio*, in Riv. *Il Sole 24 Ore Editoriale: Legge Fallimentare*, 2017

<sup>184</sup> Raccomandazione 2014/135 UE si prefigge l'obiettivo di «*garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza*»

<sup>185</sup> A. ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'emerging insolvency)* in *Diritto societario e Crisi d'impresa*, a cura di Tombari, Giappichelli, 2014, pag. 59

<sup>186</sup> P. MONTALENTI, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi*, appunti in *Giur. Comm.*, 2018, pagg. 72 ss.

Mentre i primi si caratterizzano per la maggior forza precettiva, in quanto regole imperative che prescrivono determinati comportamenti da tenere in situazioni specifiche, i secondi predispongono regole a carattere generale che fissano il perimetro entro il quale dovranno agire gli amministratori ed essere valutati *ex post* dall'autorità giudiziaria.

L'alternativa tra le due diverse strategie è condizionata alla struttura societaria di cui si fa riferimento: ad esempio nelle società ad azionariato diffuso si utilizzeranno norme a carattere imperativo, in modo da ridurre la pressione che possono subire gli amministratori, in quanto gli *shareholders* di maggioranza hanno il potere di incidere sulle decisioni dell'assemblea tra cui rientra la revoca e la sostituzione dei membri del c.d.a. La scelta deriva spesso anche dalla tradizione politico legislativa di ciascuno Stato: così gli ordinamenti di *civil law* aderiscono maggiormente al sistema delle *rules*, favorendo un approccio rigido alla responsabilità degli amministratori; mentre i sistemi di *common law* favoriscono un approccio più flessibile potendo gli organi di gestione dimostrare *ex post*, nell'accertamento giudiziario, la ragionevolezza delle proprie scelte.

### **3. Criteri di collegamento per la giurisdizione interna**

Per parlare di dimensione internazionale-privatistica ed europea della giurisdizione bisogna procedere ad un corretto coordinamento delle fonti di diritto interno, diritto straniero e diritto dell'UE: *in primis* si dovrà verificare se una società possa presentare collegamenti con uno o più ordinamenti stranieri che generino una problematica. Tale aspetto potrà verificarsi, in primo luogo, quando un ordinamento renda una formazione sociale un centro autonomo di imputazione di situazioni giuridiche<sup>187</sup>; è opinione largamente diffusa che le società siano creazioni di un determinato ordinamento giuridico, indipendentemente dal fatto che siano venuti

---

<sup>187</sup> BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in Riv. dir. int. priv. proc., 2004, pag.46

ad esistenza attraverso un provvedimento concreto e giudiziale, o per l'operare automatico di norme generali ed astratte.<sup>188</sup>

Gli elementi che costituiscono criteri che collegano una società ad ordinamenti stranieri possono essere molteplici: come la localizzazione della sede statutaria, della sede amministrativa, della sede c.d. "reale", del centro principale degli interessi dell'ente assoggettato ad una procedura di insolvenza (COMI). Un criterio di collegamento oggetto di ampi dibattiti fra la giurisprudenza e la dottrina è stato quello della "nazionalità della società" inteso come legame che intercorre tra un ente ed una particolare comunità nazionale in un determinato Stato che comporta l'applicazione di determinati vantaggi.

Sebbene neanche la giurisprudenza si sia espressa in modo univoco sul punto<sup>189</sup>, la dottrina ha riconosciuto in maniera uniforme come tale criterio sia in contrasto con la disciplina societaria in quanto non generalmente accolto.<sup>190</sup>

Nel nostro ordinamento fonte di rango primario di regolazione dei criteri di collegamento tra i vari ordinamenti, è la legge 31 maggio 1995, n. 218 che ha ricostituito le norme di diritto internazionale privato; in particolare l'art 25, comma 1 ai sensi del quale la legge regolatrice delle società è quella dello Stato «*nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione*» dall'altro «*si applica tuttavia la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova il suo oggetto principale*» .

Il BENEDETTELLI sostiene che per coordinare le norme di diritto straniero e diritto interno bisognerà analizzare tutte le questioni connesse come a) quali siano le giurisdizioni potenzialmente competenti; b) l'eventuale pendenza di procedimenti in altri ordinamenti, in modo da poter rendere operativi i principi sulla litispendenza internazionale; c) l'eventuale esistenza di metodi di coordinamento tra i vari ordinamenti.

A livello europeo, il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea offre dei criteri di applicabilità dei principi precedentemente menzionati: in tal senso

---

<sup>188</sup> M.V. BENEDETTELLI, *Profili di diritto internazionale privato ed europeo delle società*, in *op cit.*, 2015, pag 37.

<sup>189</sup> *Cass., Sez. un.*, 23 gennaio 2004, n. 1244, *Giur. it.*, 2004, 2103; *Cass., Sez. un.*, 3 febbraio 1993, n. 1308, *Riv. dir. int. priv. proc.* 1994,

<sup>190</sup> BALLARINO, *La società per azioni nella disciplina internazionale-privatistica*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 1994, pagg. 25 ss.

l'art. 54 comma 1 del Trattato offre il beneficio della libertà di stabilimento ex art. 49 TFUE alle società che siano «*costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro*» e dall'altro vedano localizzata all'interno dell'Unione «*la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale*».

Una volta accertata la possibilità di applicazione di una data norma di diritto comunitario ad un rapporto che intercorre tra due società con sede in due o più Stati membri dell'UE, bisognerà stabilire come vada a coordinarsi con la normativa statale interna. A tal fine intervengono, *in primis*, diversi principi consolidati, nel corso degli anni dalla Corte di Giustizia in varie sentenze, tra cui il principio della “supremazia” secondo il quale il diritto europeo prevale sempre in caso di contrasto con la normativa interna.<sup>191</sup>

Inoltre risulta opportuno richiamare rispetto al contesto in esame, il principio dell’“efficacia diretta” che fa sorgere diritti soggettivi sostanziali in capo ai privati, suscettibili di divenire processuali e azionabili, pertanto, di fronte alle Corti comunitarie, anche qualora il contenuto della disposizione sia chiaro, preciso e incondizionato ma alla direttiva non sia stata data attuazione attraverso un successivo atto di recepimento interno : a tal fine, per effetto della c.d. “efficacia diretta verticale”, i privati potranno agire anche singolarmente a titolo di responsabilità aquiliana qualora lo Stato abbia omesso di recepire tempestivamente o correttamente una direttiva, e abbia, pertanto, recato un danno al singolo privato.

Visti tali principi sovraordinati, il diritto dell'UE ha dato luogo ad una serie di pronunce sulla materia societaria degli Stati membri potendosi intendere dalla lettura dell'articolo 49 TFUE un c.d. “diritto alla mobilità societaria”<sup>192</sup>: tale lettura permette alle società, quale *leges societatis* scegliere tra quella dei vari Stati membri indipendentemente dal fatto che l'ente svolga l'impresa in un altro Stato membro, e dall'altro la possibilità di modificare la *lex societatis* precedentemente scelta, in vista di un'operazione di fusione o scissione transfrontaliera, senza incorrere allo scioglimento dell'attività.

Dalla lettura di tale interpretazione fornita dalla Corte si ricavano una serie di principi di coordinamento tra i diritti societari dei vari Stati membri: «a)

---

<sup>191</sup> Sentenza Corte di Giustizia, 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa c. ENEL*, 1964

<sup>192</sup> M.V. BENEDETTELLI, *Profili di diritto internazionale e privato delle società*, in *Rivista di Diritto societario*, pag. 49

*l'ordinamento comunitario tutela l'autonomia dei singoli Stati membri nel determinare il contenuto del proprio diritto societario (ovviamente, per quanto questo non sia stato armonizzato per mezzo di norme materiali uniformi contenute in direttive o regolamenti); b) tale autonomia sussiste anche con riguardo all'ambito di applicazione del diritto societario in fattispecie caratterizzate da elementi di estraneità, nel senso che gli Stati membri restano liberi di adottare il criterio di collegamento che ritengono più opportuno, ivi incluso quello della "sede reale", quando tale criterio serva solo a fissare i limiti della lex fori; c) l'ordinamento comunitario impegna poi tutti gli Stati membri a "riconoscere" società costituite ai sensi della legge di un altro Stato membro, ove riconoscimento non significa solo attribuzione all'ente della personalità giuridica, ma cooperazione affinché venga data piena e integrale attuazione allo "statuto giuridico" di cui esso è portatore, quale definito dalla lex societatis dello Stato di incorporazione»<sup>193</sup>.*

Alla luce di quanto detto sino ad ora, si può agevolmente comprendere come l'efficacia delle norme interne del diritto internazionale privato sia limitata alle ipotesi in cui il COMI non sia localizzato all'interno dello spazio UE o in Danimarca. In questi casi il giudice dovrà quindi applicare autonomi criteri di giurisdizione che siano previsti dalle norme di diritto internazionale privato interno (legge n. 218 del 1995 nel nostro ordinamento).

La nuova riforma apportata dal CCII è intervenuta per disciplinare quello spazio residuo, per cui la disciplina previgente ha taciuto, laddove si dovrebbe dare applicazione alle norme interne di giurisdizione, prevedendo all'articolo 11 che il giudice italiano sia dotato di competenza per conoscere circa l'apertura di una procedura di regolazione dell'insolvenza quando il debitore abbia situato all'interno del territorio italiano il centro degli interessi principali della sua attività oppure una dipendenza.

Allo stesso modo l'art 26 del CCII prevede che la competenza a conoscere circa l'apertura di una procedura di risoluzione della crisi o dell'insolvenza spetti al giudice italiano anche laddove «*sia stata aperta analogo procedura all'estero*» quando abbia una dipendenza in Italia. Lo spazio residuo che rimane rispetto alle

---

<sup>193</sup> *Idem*

norme comunitarie sulla giurisdizione, viene lasciato intendere dall'inciso «*salve le norme sull'Unione Europea*» presente in entrambi gli articoli. Una prima lettura di tale disposizione ha dato come esito che si tratti di una mera riproduzione delle parti del Regolamento circa l'applicazione del COMI. Tale conclusione venne subito criticata in quanto renderebbe superflue le disposizioni previste dal Codice laddove il centro degli interessi principali del debitore sia situato in Italia<sup>194</sup>.

L'interpretazione maggiormente accolta è che il legislatore nazionale abbia voluto utilizzare una nozione di COMI “nazionalizzata” laddove in parte si ispira a quella europea seppur con degli adattamenti che risultano delineati anche dagli articoli 2 e 27, comma 3 del CCII. Nello specifico, tale ultimo articolo, dispone che vi sia una presunzione di coincidenza tra il COMI e: «*a) per la persona fisica esercente attività impresa, con la sede legale risultante dal registro delle imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale; b) per la persona fisica non esercente attività d'impresa, con la residenza o il domicilio e, se questi sono sconosciuti, con l'ultima dimora nota o, in mancanza, con il luogo di nascita. Se questo non è in Italia, la competenza è del Tribunale di Roma; c) per la persona giuridica e gli enti, anche non esercenti attività impresa, con la sede legale risultante dal registro delle imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale o, se sconosciuta, secondo quanto previsto nella lettera b), con riguardo al legale rappresentante*». La *ratio* è quella di fare sì che la presunzione di coincidenza non possa mai essere superata, a differenza di quanto potrebbe avvenire tramite le disposizioni del Regolamento, qualora i soggetti riescano ad allegare uno degli elementi oggettivi previsti<sup>195</sup>. A titolo esemplificativo il COMI delle persone giuridiche dovrà essere sempre localizzato presso la sede legale che risulta dall'iscrizione nel Registro delle Imprese, anche laddove elementi riconoscibili portino a ritenere ai terzi che questa non coincida con la sede effettiva: il criterio europeo della sede dell'attività abituale per individuare il centro principale degli interessi potrà essere utilizzato in via residuale. Il punto in comune tra le due discipline sembrerebbe essere quello applicato nei confronti dei soggetti

---

<sup>194</sup> C. LUNETTI, *La disciplina dell'insolvenza transfrontaliera come fattore essenziale di una moderna riforma del diritto della crisi d'impresa*, in Riv. Il Fallimento, 2018, pag. 1229

<sup>195</sup> Cfr. v. paragrafo 1, Capitolo 3

che non hanno il COMI situato all'interno di uno Stato membro rispetto ai quali opereranno criteri autonomi e diversi di giurisdizione<sup>196</sup>.

Dalle considerazioni appena svolte, ne deriva l'effetto che potrebbero sorgere dei contrasti tra la normativa della giurisdizione fallimentare nazionale con quella europea, in quanto potrebbe generarsi una certa confusione nell'interprete sull'applicazione delle disposizioni dell'articolo 2 e 27, comma 3 CCII, le quali avrebbero una portata contrastante rispetto a quanto prevede il Regolamento.

La critica mossa da alcuni autori nei confronti del legislatore consiste nel non aver fornito una norma dove si possa intendere in maniera chiara quando si debba applicare la disciplina residuale del CCII rispetto al Regolamento<sup>197</sup>. La soluzione auspicata potrebbe essere che in tale materia il legislatore operasse un mero rinvio alla disciplina del Regolamento in quanto prevalente, per il principio di supremazia delle fonti comunitarie su quelle interne; allo stesso tempo specificando che l'applicazione del COMI "nazionale" si avrebbe laddove esso sussista in Italia o vi sia una sua dipendenza.

Altro aspetto da individuare sono i titoli sui quali fondare la giurisdizione residuale del giudice italiano per l'apertura di una procedura concorsuale nei confronti di un soggetto che pur avendo la sede principale della sua attività all'estero, svolga una parte della sua attività in Italia. La giurisprudenza della Cassazione ha già affrontato questo tema stabilendo che i titoli di collegamento che attribuiscono la giurisdizione al giudice italiano, in ordine all'istanza di fallimento di una società con sede all'estero e priva di stabile rappresentanza in Italia, non devono essere "esorbitanti"<sup>198</sup>.

Sotto tali aspetti, il CCII offre alcuni spunti: all'articolo 11 dove viene stabilito come titolo di collegamento, una dipendenza in Italia del debitore; l'articolo 27, comma 3 pur se incentrato sulla competenza, può essere d'ausilio nell'individuare ulteriori criteri di collegamento che potrebbero essere impiegati per la giurisdizione<sup>199</sup>.

---

<sup>196</sup> F. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, pag. 234

<sup>197</sup> C. LUNETTI, *Op. cit.*, pag. 1232

<sup>198</sup> Cass, Sez. U., 4 luglio 1985 n. 4049

<sup>199</sup> Le previsioni di quest'articolo sono mutate dalle previsioni dell'art. 30 della precedente Bozza Rordorf, che era previsto in materia di giurisdizione

#### **4. La Proposta di Direttiva della Commissione del 2016 e la Direttiva *Insolvency* del 2019**

Un passo importante al fine di rendere in modo armonizzato nei vari Stati Membri la disciplina circa i doveri e le responsabilità degli amministratori di società in crisi, è avvenuta da parte della Commissione Europea nel 2016 tramite la Proposta di una Direttiva<sup>200</sup>( di seguito “Proposta di Direttiva”).

Nello specifico l’obiettivo della Commissione fu quello di responsabilizzare maggiormente gli amministratori in prossimità di una causa di insolvenza, favorendo l’utilizzo della ristrutturazione del debito, al fine di garantire al debitore una salvaguardia della continuità aziendale laddove venga accertata in maniera precoce.

Tale obiettivo risultava particolarmente complesso in quanto ogni Stato Membro adotta un diverso approccio a tali istituti: ad esempio l’articolo 15 della legge fallimentare tedesca, nella disciplina previgente, prevedeva l’obbligo in capo agli amministratori di dichiarare il fallimento quando siano passate non oltre tre settimane dalla piena manifestazione dell’insolvenza. Diversamente altri ordinamenti, già nella disciplina previgente alla Direttiva (CE) 1023/2019, prevedevano un approccio più flessibile all’insolvenza come nello *UK Insolvency Act* ai sensi del quale l’obbligo di cessare l’attività incombeva sugli amministratori qualora il fallimento, in base ad uno studio previsionale, fosse praticamente certo (c.d. *wrongful trading*)<sup>201</sup>. Questo tipo di approccio permetteva agli amministratori di essere esenti dal dichiarare il fallimento laddove l’impresa avesse concrete possibilità di superare lo stato di crisi, attingendo alle proprie risorse interne o tramite una negoziazione con i creditori. A fronte di tali vantaggi, il *wrongful trading* è stato parzialmente un insuccesso, stante la difficoltà per i giudici di stabilire a priori dei criteri di valutazione sui quali fondare il proprio giudizio circa la capacità degli amministratori di prevedere la crisi.

---

<sup>200</sup> *Proposta di Direttiva per Parlamento e 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*

<sup>201</sup> G. STRAMPELLI, *Verso una disciplina europea dei doveri degli amministratori di società in crisi?*, in *Accademia*, pag. 3

Per quanto concerne l'ordinamento fallimentare italiano, nell'attesa della completa entrata in vigore del CCII, le previsioni normative non dettano nello specifico i doveri degli amministratori, i quali invece si desumono nelle norme relative alla loro responsabilità: in effetti alcuni autori ritengono che dalla lettura del combinato disposto degli articoli 217, comma 1 n. 4 e 224 della legge fallimentare si possa ricavare l'implicito dovere da parte dell'imprenditore o, quando sia adottata la forma societaria, degli amministratori di non *aggravare il dissesto patrimoniale, richiedendo la dichiarazione di fallimento*<sup>202</sup>.

La dottrina maggioritaria, come ampiamente segnalato nel capitolo precedente<sup>203</sup>, ha però accolto l'opinione secondo la quale anche in assenza di una normativa specifica - come nell'ordinamento inglese - i doveri degli amministratori si ricavano dalle clausole generali proprie della corretta gestione imprenditoriale.

Ritornando alla visione comunitaria iniziale, tali diversità negli ordinamenti, nonostante l'entrata in vigore dei due Regolamenti, ha favorito delle condotte opportunistiche che hanno pregiudicato la posizione dei creditori come accaduto nei casi di *forum shopping*. La materia che tratta dei doveri degli amministratori, esula, come detto, dall'oggetto del Regolamento che si concentra maggiormente sulla competenza, il riconoscimento, l'esecuzione, la legge applicabile e la cooperazione nelle procedure d'insolvenza transfrontaliera.

La Commissione ha così deciso di prendere l'iniziativa attraverso un intervento armonizzatore al fine di offrire una disciplina uniforme in ciascun ordinamento: questo avvenne dapprima attraverso una Raccomandazione nel 2014 relativa alla ristrutturazione del debito e alla seconda opportunità. Tale intervento costituì una guida utile per gli Stati, ma non ottenne l'effetto sperato, a causa della natura non vincolate e quindi poco incisiva del provvedimento.

A causa di tale scarso risultato, la Commissione nel 2015 annunciò un intervento maggiormente impattante in materia d'insolvenza e ristrutturazione precoce e l'anno dopo venne pubblicata la Proposta di Direttiva che riconosce importanza primaria alle norme sul dovere di diligenza generale degli

---

<sup>202</sup> G. STRAMPELLI, *op. cit.*, pag. 6

<sup>203</sup> V. *supra* capitolo 2 paragrafo 1

amministratori in prossimità dell'insolvenza e, all'articolo 18, prevede i comportamenti ai quali sono tenuti<sup>204</sup>.

Per quanto concerne il momento di attivazione degli amministratori, il c.d. *trigger event*, la Proposta di Direttiva indicava la sussistenza di una probabilità di insolvenza. Tale formulazione, come evidenziato da alcuni autori, risultava assai generica, in quanto l'attività d'impresa è di per sé rischiosa e pertanto tendente sempre ad una crisi, quindi sarebbe più corretto intendere la definizione data dall'articolo 18 come riferita al momento in cui l'insolvenza è "altamente probabile".

In tale contesto l'atto comunitario, pur evidenziando un chiaro cambio di rotta in quanto la sua portata era rivolta all'attivazione dell'organo di gestione prima che l'insolvenza si verifici effettivamente, lasciava agli Stati Membri ampi margini di discrezionalità nell'individuare l'evento che potrà condurre all'insolvenza.

L'attivazione degli amministratori, secondo la dottrina, si deve basare su due tipi di "test": il "test patrimoniale" e il "test di solvibilità e liquidità"<sup>205</sup>.

Nel nostro ordinamento, come analizzato anche nei precedenti capitoli<sup>206</sup>, la tendenza è stata quella di concentrare l'attenzione sulle risultanze del "test" di liquidità<sup>207</sup>, ovvero la liquidazione si rende necessaria laddove la continuazione dell'attività costituisca un ingiustificato spostamento del rischio sui terzi che vengono a contatto con l'impresa. In alternativa, il criterio accolto in altri ordinamenti, si fonda sul deterioramento della situazione finanziaria nel momento

---

<sup>204</sup> a) « prendere misure immediate per ridurre al minimo le perdite per i creditori, i lavoratori, gli azionisti e le altre parti interessate»; b) « tenere debitamente conto degli interessi dei creditori, dei lavoratori e delle altre parti interessate»; c) ottemperare a tutti i loro obblighi nei confronti dei creditori, dei lavoratori, e delle altre parti interessate, dello Stato e delle sue emanazioni»; d) «prendere misure necessarie volte ad evitare l'insolvenza»; e) «evitare condotte che deliberatamente o per grave negligenza, mettono in pericolo l'impresa»; f) «non ridurre intenzionalmente il valore dell'attivo netto dell'impresa»

<sup>205</sup> EUROPEAN LAW INSTITUTE, *Rescue of Business in Insolvency Law*, 2017, pag. 164.

<sup>206</sup> Cfr. v. Capitoli 1 e 2

<sup>207</sup> Sembra evincersi anche nel Codice della Crisi e Insolvenza all'articolo 2 che offre una definizione di crisi secondo la quale questa si identifica con: «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 proprie obbligazioni pianificate»

in cui la liquidità anche prospettica non sia idonea a garantire il pagamento di tutti i debiti sorti nel corso dell'attività.

Tali approcci diversi sul dovere di agire dell'organo di gestione secondo il MONTALENTI pongono la tradizionale alternativa tra *rules* e *standards*<sup>208</sup>; tale dicotomia va a favore della tesi che sostiene come la Direttiva offra una diversa scelta di come recepirla tra i vari Stati.

Come venne espressamente affermato dalla Commissione nel Considerando 36, la scelta di utilizzare un approccio che favoriva la flessibilità nel recepimento era giustificata dal fatto di evitare che gli amministratori, per timore di adottare decisioni commerciali irragionevoli o di correre rischi d'impresa eccessivi, omettessero di assumersi la responsabilità di scelte gestionali "rischiose", non sfruttando a pieno regime il potenziale dell'impresa, in contrasto con i doveri previsti dalla natura della carica assunta. Allo stesso tempo venne criticato questo orientamento particolarmente "flessibile" scelto dal legislatore europeo, attraverso lo strumento della Direttiva e non del Regolamento, poiché non eliminò del tutto le dicotomie esistenti tra i vari ordinamenti fallimentari<sup>209</sup> in quanto i principi espressi dalla norma comunitaria, vennero recepiti in maniera disomogenea.

Altra dottrina ritenne che la Direttiva risultasse lo strumento più idoneo da utilizzare sicché le previsioni normative che la disciplina dell'insolvenza prevedeva erano talmente numerose che avrebbero implicato una modifica sostanziale di alcune norme del diritto civile, societario e commerciale.<sup>210</sup>

L'Unione Europea, date le critiche che subì l'utilizzo della Proposta alla Direttiva, intervenne nuovamente il 20 giugno 2019 al fine di trovare finalmente una soluzione uniforme in ogni ordinamento. Lo strumento legislativo utilizzato ancora una volta fu la Direttiva 1023/2019 (di seguito "Direttiva *Insolvency*"), nonostante le critiche subite in quella precedente del 2016 per la sua troppa flessibilità; tuttavia bisogna *ex ante* rilevare quale siano le basi giuridiche per stabilire quale procedura di volta in volta debba essere seguita dagli organi

---

<sup>208</sup> Cfr. v. paragrafo 2, capitolo 3

<sup>209</sup> P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Osservatorio sull'Unione europea e sugli altri Stati: legislazione*, in *Riv. Il Fallimento*, 2017, pag. 110

<sup>210</sup> L.PANZANI, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Riv. Il Fallimento*, 2017, pag. 130

dell'Unione per poi valutare se nel contesto in cui opera sia idonea la scelta legislativa effettuata<sup>211</sup>. Gli articoli di riferimento vengono individuati nel 53 e 114 del TFUE.

Per quanto concerne il primo articolo menzionato, rubricato «*Libera circolazione delle persone, servizi e capitali*», la scelta di tale base giuridica si fonda sulla concezione - ormai accolta - secondo la quale le libertà menzionate nell'articolo hanno assunto una rilevanza tale da coinvolgere anche situazioni a carattere transfrontaliero della crisi di una impresa. Nel Considerando 11 della Direttiva viene accolto questa corrispettività fra le procedure concorsuali e la libertà di stabilimento nello specifico, in quanto oramai esistono poche imprese a carattere prevalentemente nazionale, «*considerando tutti quegli elementi rilevanti, come la clientela, la catena di approvvigionamento, gli investitori e la base di capitale*».

L'obiettivo che si pone la Direttiva resta quello di eliminare gli ostacoli al corretto funzionamento del mercato interno, al fine di attenuare le differenze tra le varie legislazioni interne sulla materia fallimentare, e questo non può non prescindere da una corretta individuazione della base giuridica.<sup>212</sup>

L'articolo 114 TFUE è riconducibile alla scelta di utilizzare la direttiva piuttosto che il regolamento, che è ricavabile, a sua volta, dal principio espresso al Capo 3 del medesimo articolo dove gli organi dell'Unione preposti alla procedura legislativa ordinaria (Parlamento Europeo e Consiglio) devono adottare tutte quelle misure che hanno ad oggetto il ravvicinamento delle diverse legislazioni. Da tale premessa, la scelta della direttiva è stata ritenuta la più idonea in quanto, nel contesto della crisi d'impresa, si è preferito lasciare margine agli Stati di utilizzare i mezzi migliori per cercare di giungere ad una uniformità legislativa e allo stesso tempo garantire il corretto funzionamento del mercato interno<sup>213</sup>.

Nei Considerando 12 e 13 alla Direttiva viene descritta la relazione con cui si pone rispetto al Regolamento 848/2015. Il Considerando 12 espone le lacune del Regolamento che non affronta nel merito le disparità esistenti tra le varie norme nazionali circa l'utilizzo delle procedure mirate al salvataggio dell'impresa e

---

<sup>211</sup> L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea: le procedure decisionali*, Milano, 2014, pag. 107

<sup>212</sup> L. DANIELE, *op cit.*, pag. 110

<sup>213</sup> DE CESARI, MONTELLA, *Osservatorio sull'Unione Europea e sugli altri Stati: legislazione*, in Riv. *Il Fallimento*, 2017

procedure di esdebitazione, in quanto non prevede in maniera espressa l'obbligo di introdurre procedure che valorizzino l'*early preventive restructuring* e la *second chance*, obiettivo che invece tramite la Direttiva può essere raggiunto efficacemente.

Il Considerando 13 disciplina come deve avvenire la simmetria tra le due fonti in quanto la direttiva costituisce solo una integrazione al Regolamento in modo che l'ambito di applicazione non sia sovrapposto l'uno sull'altro ma sia in posizione di continuità.

## **5. La *rescue culture* nell'ordinamento statunitense ed europeo**

Le iniziative e i provvedimenti presi in seno alle Istituzioni dell'Unione Europea, sono ispirate al principio di stampo statunitense della c.d. *rescue culture*.

Partendo da una definizione che può essere data in via approssimata di tale istituto, si tratta di una tendenza a risolvere o ristrutturare delle situazioni di dissesto attraverso l'utilizzo di alcuni istituti accuratamente disposti dal legislatore.

La necessità di utilizzare con più frequenza tali istituti è stata sentita dai legislatori comunitari, una volta accolto l'orientamento che presuppone come "rischiosa" l'attività d'impresa, ovvero la possibilità di giungere ad una crisi presenti un margine che si dilata ogni volta che l'impresa pone in essere un'attività collegata al rischio imprenditoriale. Se quanto detto è vero, allora sarà necessario sfruttare quegli strumenti che la legge fallimentare mette a disposizione al fine di prevenire una crisi, piuttosto che fronteggiarla.

In questo ambito, il primo ordinamento a adottare questo tipo di approccio fu quello statunitense che fonda la propria concezione di diritto societario, ancor prima che concorsuale, sul *debtor-oriented*<sup>214</sup>. La concezione di partenza era cioè quella che favoriva la tutela della continuità aziendale piuttosto che la liquidazione, in quanto il valore intrinseco che si ottiene dalla prosecuzione è in ogni caso maggiore. In tal senso il *Chapter 11* dell'ordinamento statunitense prevede che, in presenza di primi segnali di crisi, l'attivazione da parte del debitore ai fini della riorganizzazione può risultare decisiva in quanto permette alla sua attività di

---

<sup>214</sup> V. DE SENSI, *La ristrutturazione dell'impresa in crisi: una comparazione tra diritto italiano e statunitense*, in *Archivio Ceradi Roma*, 2006, pagg. 69 ss.

generare un attivo nei valori. Qualora l'attivazione preventiva non avvenga con successo, in quanto, ad esempio, il debitore rimanga inerte o non abbia provveduto in tempo utile, si accederà alla liquidazione prevista nel *Chapter 7*.

Come è intuibile, l'ordinamento americano offre al debitore che vede la sua attività al crepuscolo, l'alternativa tra liquidazione e riorganizzazione, incentivandolo a scegliere quest'ultima in quanto garantirebbe al complesso produttivo un incremento rispetto alla pura liquidazione. Tale concezione sino alla Raccomandazione del 2016 veniva utilizzata inversamente dalla maggior parte degli ordinamenti europei, tranne in quello inglese - che, come detto precedentemente, già accoglieva tale tipo di visione<sup>215</sup> - sebbene l'intervento preponderante risulta essere la Direttiva 1023/2019, soprattutto per lo strumento utilizzato dalle Istituzioni, ovvero la direttiva che ha fatto sorgere in capo ai destinatari un vero e proprio obbligo di attuare il recepimento di questo cambiamento della gerarchia liquidazione-riorganizzazione dell'impresa, definito "copernicano" da alcuni autori<sup>216</sup>.

Questa nuova cultura del risanamento offre quindi degli indubbi vantaggi nei confronti dell'imprenditore, tuttavia tale nuova impronta data al diritto della crisi d'impresa ha subito delle critiche in quanto potrebbe risultare contrastante con la realtà di fatto del mercato economico incentrata sul capitalismo, che ha dimostrato nel tempo come tutte le imprese siano destinate al fallimento, visto come un esito fisiologico dell'attività di rischio in cui sono coinvolte<sup>217</sup>.

L'ambito applicativo degli interventi comunitari, tuttavia, è chiaramente rivolto ad imprese che si trovino in condizioni di difficoltà che però non sono irreversibili come chiarito anche nella Direttiva *Insolvency*<sup>218</sup> e, allo stesso tempo,

---

<sup>215</sup> V. paragrafo 3, Capitolo 3 sulla disciplina del *wrongful trading*

<sup>216</sup> P. DE CESARI G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi d'impresa: Il regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure d'insolvenza*, 2017, Torino, pagg. 199-200

<sup>217</sup> VERDOES T. e VERWEIJ A., *The (Implicit) Dogmas of Business Rescue Culture*, in *International Insolvency Review*, 2018

<sup>218</sup> Articolo 2 Direttiva (UE) 1023/2019: «*I quadri di ristrutturazione preventiva dovrebbero innanzitutto permettere ai debitori di ristrutturarsi efficacemente in una fase precoce e prevenire l'insolvenza e quindi evitare la liquidazione di imprese sane. Tali quadri dovrebbero impedire la perdita di posti di lavoro nonché la perdita di conoscenze e competenze e massimizzare il valore totale per i creditori, rispetto a quanto avrebbero ricevuto in caso di liquidazione degli attivi della società o nel caso del migliore scenario alternativo possibile in mancanza di un piano, così come per i proprietari e per l'economia nel suo complesso*».

come dimostrano i dati normativi oggettivi, la *rescue culture* ha avuto seguito ancor prima dell'intervento comunitario in alcuni ordinamenti, si pensi non soltanto all'ordinamento anglosassone, ma anche a quello austriaco attraverso la c.d. *Reorganisationsverfahren* nell'ambito della legge del 1997: un istituto volto alla ristrutturazione e riorganizzazione delle imprese.

## **6. Applicazione della responsabilità degli amministratori a società estere**

La libertà di stabilimento fa sorgere un problema di qualificazione sui doveri e responsabilità degli amministratori. Poiché le società costituite in uno Stato membro possono operare esclusivamente in un altro Stato, allora si pone il problema di stabilire quali norme vadano applicate, ovvero se quelle del paese di stabilimento o se si debba applicare quelle dello Stato di costituzione.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, attraverso varie sentenze, ha offerto negli anni vari spunti che hanno condotto ad un ormai consolidato orientamento comunitario. Partendo da un *excursus* giurisprudenziale sullo sviluppo della libertà di stabilimento delle società, cominciando dal 1999, quando la libertà di stabilimento ha permesso di costituire liberamente società all'interno del territorio dell'Unione, indipendentemente dal paese in cui l'attività economica viene effettivamente svolta. Tale principio comunitario ha però incontrato un limite in quanto stabilito in una nota sentenza della Corte del 30 novembre 1995<sup>219</sup>, che ha sancito attraverso un "test" (c.d. "test *Gebhar*"), la legittima restrizione da parte delle norme nazionali sulla libertà di stabilimento in base a quattro requisiti: a) devono applicarsi in maniera non discriminatoria; b) devono essere giustificate da motivi di interesse pubblico; c) devono essere idonee a garantir il conseguimento dello scopo perseguito; d) non devono andare oltre quanto necessario per il conseguimento dello scopo.

Un ulteriore evoluzione giurisprudenziale avvenne nel 2002 con la sentenza *Uberseering* che affermò un principio già ampiamente consolidato nella giurisdizione tedesca, ovvero che la capacità processuale di una società viene

---

<sup>219</sup> C-55/94, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine e degli Avvocati e Procuratori di Milano*, 1995, ECR I-04165

riconosciuta in forza del diritto applicabile nel luogo in cui si trova la sede di costituzione («*Gründungstheorie*» o teoria della costituzione)<sup>220</sup>. Da tale approdo della Corte se ne ricava, implicitamente, un principio secondo il quale agli Stati membri sarebbe impedito di imporre proprie norme alle società costituite in altri Stati membri che operano sul proprio territorio<sup>221</sup>.

La critica mossa dagli Autori nei confronti di tale orientamento giurisprudenziale è quella di limitare la libertà economica degli imprenditori e di costituire società in ogni Paese dell'Unione Europea, favorendo maggiormente l'apertura di un mercato unico che in realtà operi come un mercato interno.

In particolare il problema si è posto nei confronti dei creditori in quanto, per tale categoria, la scelta dello Stato di costituzione potrebbe essere rilevante dato che la tutela nei loro confronti potrebbe essere maggiormente garantita in uno Stato piuttosto che in un altro: a differenza di quanto accade invece negli USA dove lo Stato di costituzione è competente a regolare solo i rapporti tra soci e società, lasciando la tutela dei creditori alle norme federali sull'insolvenza.

Per quanto concerne l'applicazione di *lex concursus* (norme concorsuali) o *lex societatis* (norme di diritto societario) per individuare la responsabilità degli amministratori di società oramai entrate nella fase di crepuscolo, è interessante segnalare come la Germania per prima riqualificò in norme concorsuali norme che rientravano nella disciplina della *lex societatis* locale, come avvenne per quelle norme che prevedevano la responsabilità degli amministratori che eseguono pagamenti in prossimità dell'insolvenza<sup>222</sup>. In tale contesto il Regolamento (UE) 2015/848 sulle procedure concorsuali ha unificato il collegamento tra i vari ordinamenti fallimentari attraverso il già citato criterio del «COMI» (centro degli interessi principali del debitore). Tale criterio fornisce una presunzione semplice che il centro di interessi sia situato nel paese della sede legale della società salvo prova contraria. Se tale presunzione di coincidenza tra «COMI» e sede legale

---

<sup>220</sup> In opposto a quanto ritiene una corrente dottrinale tedesca che sostiene come la capacità giuridica di una società viene valutata in base al diritto applicabile nel luogo in cui si trova la sua sede effettiva  
<sup>221</sup> M. BENEDETTELLI, *Mercato comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag. 711; L. ENRIQUES, *Società costituite all'estero*, in *Commentario del Codice civile Scajola-Branca*, Bologna, pagg. 3 ss.

<sup>222</sup> Sentenza della Corte tedesca *Bundestangs-Drucksache* 16/6140

venisse superata, allora saranno due Stati diversi a regolare le *lex societatis* e *lex concursus* secondo la rispettiva normativa interna.

Tale ultima considerazione fu criticata a lungo dalla dottrina europea in quanto non sarebbe chiaro quali siano le norme da qualificarsi all'interno di una categoria piuttosto che di un'altra con il rischio di lasciare delle lacune nella loro corretta applicazione<sup>223</sup>.

La scelta di modificare i criteri di collegamento tra i vari enti venne riflessa anche nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, in particolare in una sentenza del 2015<sup>224</sup> riguardo ad una società inglese la quale svolgeva la propria attività in Germania - dove era situato il COMI -, e nei cui confronti venne aperta una procedura d'insolvenza. Il percorso svolto dalla Corte ha portato all'emanazione della sentenza che si pone in netto contrasto con quanto precedentemente statuito attraverso la sentenza *Uberseering* la quale si concentrava, come visto precedentemente, sulla libertà di stabilimento come un vincolo permanente nei confronti della società che si insidia in uno Stato diverso da quello di origine, ovvero che la società fosse assoggettata in pieno alla *lex societatis* dello Stato di insediamento.

La sentenza del 2015, invece, ammette che le norme domestiche, che riguardano questioni diverse dalla costituzione della società e lo stabilimento all'estero, possano essere legittimamente applicate a società estere, potendo quindi applicarsi anche delle norme di *lex concursus* che, secondo lo Stato di insediamento, apparterebbero alla *lex societatis*.

Il problema qualificatorio, secondo altra parte della dottrina, va risolto in base alla gerarchia delle fonti ed ai principi che tale ordinamento fa propri, attraverso lo sviluppo della "dottrina *Centros*"<sup>225</sup>. In alcuni casi è lo stesso ordinamento

---

<sup>223</sup> C.GERNER-BEUERLE, E. SCHUSTER, *The Cost of Separation: Conflict in Company and Insolvency Law in Europe*, in *J.Corp. L.Stud.*, 2014, pagg. 309-311

<sup>224</sup> Caso *Kornhaas vs Dithmar*; C-594-14

<sup>225</sup> Sentenza della Corte del 9 marzo 1999 la quale afferma che «*Gli artt. 52 e 58 del Trattato ostano a che uno Stato membro rifiuti la registrazione di una succursale di una società costituita in conformità alla legislazione di un altro Stato membro nel quale essa ha la sede senza svolgervi attività commerciali, quando la succursale ha lo scopo di consentire alla società di cui si tratta di svolgere l'intera sua attività nello Stato membro nel quale la stessa succursale verrà istituita, evitando di costituirvi una società ed eludendo in tal modo l'applicazione di norme, relative alla costituzione delle società, più severe in materia di liberazione di un capitale sociale minimo. Tuttavia, questa interpretazione non esclude che le autorità dello Stato membro interessato possano adottare tutte le misure idonee a prevenire o sanzionare le frodi, sia nei confronti della stessa*

comunitario a sussumere sotto l'ambito di applicazione della *lex societatis* o *lex concursus* una determinata norma<sup>226</sup>; in altri casi tali dispositivi normativi rimangono silenti sul punto, così che la dottrina ha cercato di fornire dei criteri alternativi per la qualificazione delle norme.

Tale nuova concezione va ricercata *ab origine* nella distinzione degli strumenti che utilizza l'Unione che possono essere a valenza generale o a valenza settoriale, sembrerebbe che tali norme societarie rientrerebbero in questa seconda categoria e quindi, per il principio di specialità, sarebbero prevalenti rispetto alle prime<sup>227</sup>. Da tale premessa ne discende il corollario secondo il quale in assenza di norme comunitarie sulla qualificazione spetterà allo Stato membro, nel cui territorio si è verificata la questione, decidere come disciplinarla, ovvero se farla rientrare all'interno della *lex concursus* o *lex societatis*, per poi riconoscere tale soluzione in tutto lo spazio dell'UE.

Per quanto concerne la responsabilità degli amministratori o del socio unico di una società insolvente, andrà accertato se esse rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 25 della legge n. 218 del 1995, ovvero se può essere applicato il criterio del COMI, oppure se siano normali illeciti civili o amministrativi con l'applicazione dei relativi criteri di collegamento.<sup>228</sup>

Quando invece si verifica un conflitto negativo di competenza, laddove un determinato sistema giuridico non venga contemplato all'interno delle discipline nazionali, ci sarà un "rinvio di qualificazioni": sarà il diritto dell'Unione ad indicare quale sia l'ordinamento competente per disciplinare la fattispecie applicativa altrimenti nel caso si verifichi una fattispecie di *cross-border*, saranno i singoli ordinamenti a cercare di colmare la lacuna in via d'eccezione oppure lasceranno

---

*società, eventualmente in cooperazione con lo Stato membro nel quale essa è costituita, sia nei confronti dei soci rispetto ai quali sia dimostrato che essi intendono in realtà, mediante la costituzione di una società, eludere le loro obbligazioni nei confronti dei creditori privati o pubblici stabiliti nel territorio dello Stato membro interessato».* ([http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Sent/Sentenza-Corte-di-giustizia-europea\\_.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Sent/Sentenza-Corte-di-giustizia-europea_.pdf))

<sup>226</sup> Direttiva OPA artt. 4 par. 2 lett. e), 5 par. 3, 12 par. 2; o Reg. 1346/2000 art. 4 par. 2, lett. c) e lett. e)

<sup>227</sup> M.V. BENEDETTELLI, *Profili di diritto societario ed europeo della società*, in *op. cit.* pag. 54

<sup>228</sup> M.V. BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza transfrontaliera*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2004, pag. 527

l'istituto privo di disciplina, qualora tale scelta non osti con il perseguimento degli obiettivi della legislazione domestica<sup>229</sup>.

L'elenco presente al comma 2, art. 25 delle questioni riconducibili sotto la categoria di *lex societatis* ha natura meramente esemplificativa, in quanto è possibile che lo Stato di incorporazione della società possa prevedere ulteriori norme volte ad integrare parti dello Statuto non presenti nell'elencazione domestica.

Come accolto anche dalla giurisprudenza, spetterà a tale tipo di norme definire la natura giuridica dell'ente, ovvero se posseda la capacità giuridica o se rappresenti un semplice fenomeno associativo.<sup>230</sup>

Il problema qualificatorio oggetto di discussione, adesso, in vista dell'intervento riformatore del nuovo CCII, è se i doveri e le responsabilità degli amministratori previsti nel nostro ordinamento all'art. 2086 c.c. si applichino soltanto a società italiane oppure riguardino qualsiasi società operante sul territorio nazionale.

Parte della dottrina ha cercato di classificare entro l'una o l'altra categoria di *lex* alcuni atti per i quali gli amministratori sono preposti, indicando come nella sua formazione, nei suoi poteri e nella rappresentanza organica della società, siano classificabili alle funzioni tipiche rientranti nella categoria di *lex societatis*, in quanto atti che determinano la volontà della società che sono allo stesso tempo fonte generatrice di responsabilità.<sup>231</sup>

Tali classificazioni generali sembrano adesso non potersi più accogliere in quanto l'obiettivo ribadito in prima fase dalla Direttiva *Insolvency* e successivamente accolto nel nuovo CCII, è quello di far rientrare nella sfera applicativa della *lex concursus* tutte quelle scelte gestionali che siano compiute in un lasso di tempo più ampio e definito, ovvero tutte quelle attività che gli organi di gestione svolgono in una fase di crisi o in prossimità dell'insolvenza. Se tale sembra essere l'obiettivo del diritto concorsuale a livello comunitario, allora è logico

---

<sup>229</sup> M.V. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, Riv. Soc., 1997, pagg. 47 ss.

<sup>230</sup> Cass., Sez. I, 18 marzo 2003, n. 3968

<sup>231</sup> M.V. BENEDETTELLI, *Profili di diritto societario ed europeo delle società*, in *op.cit.*, 2015, pag. 70; orientamento accolto anche dalla giurisprudenza con la sentenza Cass., Sez. III, 19 ottobre 2006 n. 22406

concludere che gli amministratori operanti in società estere siano assoggettati alle norme concorsuali straniere e lo stesso valga per gli amministratori di società incorporate nel territorio nazionale.

Considerando l'esempio della disciplina tedesca, si può rilevare come per gli amministratori vi sia il l'obbligo di ricorrere ad una delle procedure di insolvenza anche quando si manifesti uno stato di sovraindebitamento, per evitare di incorrere in responsabilità. Quest'ultima può integrarsi non solo quando vi sia una mancata apertura della procedura, ma allo stesso tempo quando gli organi di gestione non adottino le misure idonee, trascinando oltre il c.d. *triggering point* lo stato di crisi.

Tale dovere sembra aver risentito dell'intervento riformatore della Direttiva, in quanto la riforma del 19 *InsO*, ha stabilito come l'accertamento dell'insolvenza non sia più il parametro per valutare la condotta degli amministratori, ma venga ed essere un criterio residuale da applicare laddove non vi siano i presupposti di continuità aziendale<sup>232</sup>.

In tale contesto, in armonia con quanto prevede il nuovo CCII, trova riscontro anche nel diritto fallimentare tedesco il dovere degli amministratori di dotarsi di un sistema di controlli interni idoneo a garantire una percezione dell'insorgere di un'insolvenza, in modo da tutelare il ceto creditorio da possibili protrazioni colpose dell'attività.

Sembra opportuno fare un richiamo alla disciplina statunitense circa la c.d. *deepening insolvency* che nasce come elaborazione giurisprudenziale riguardo i doveri degli amministratori che si intensificano maggiormente con il sopraggiungere di uno stato di crisi in quanto avranno l'obbligo di minimizzare le perdite della società. L'applicabilità di tale istituto è condizionata al verificarsi di due presupposti: lo stato di *illiquidity* ed una prognosi negativa riguardo la continuità aziendale. Attraverso tale accertamento è possibile verificare una responsabilità degli amministratori per non aver iniziato la liquidazione secondo il *Chapter 7* o ancor prima nel tempo, non essersi attivati in maniera precoce per procedere alla riorganizzazione come previsto dal *Chapter 11*.

---

<sup>232</sup> V. DE SENSI, *Evoluzione della concorsualità, Emerging Insolvency e Fiduciary duties degli amministratori nella fase di pre-insolvenza*, in (a cura di) S. AMBROSINI, *Fallimento, Soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria. Strumenti del diritto*, Bologna, 2017, pagg. 131-132

La disciplina appena esaminata richiama quella anglosassone del c.d. *wrongful trading* la quale, come visto, presuppone un continuo monitoraggio della “salute” societaria, facendo sorgere in capo agli amministratori l’obbligo di non aggravare il dissesto per non recare un danno alla posizione dei creditori.<sup>233</sup>

In questi due ordinamenti è chiaro come la *lex concursus* sia proiettata nel tutelare le posizioni creditorie, sebbene gli ordinamenti abbracciano la *common law* imponendo degli *standards* meno rigidi che gli operatori avranno la possibilità di interpretare potendo agire all’interno di un perimetro più ampio rispetto alle norme al dettaglio; una volta entrati in una fase di pre-insolvenza i doveri degli amministratori subiranno, all’opposto, una lievitazione: in altre parole si riterrà fraudolenta ogni azione dei *directors* che rechi un pregiudizio agli *stakeholders*, sia che avvenga attraverso un processo di ristrutturazione sia che avvenga in fase liquidatoria.

---

<sup>233</sup> A. M. LUCIANO, *La gestione della S.P.A. nella crisi pre-concorsuale*, Giuffrè, 2016, pag. 98 ss.

## CONCLUSIONE

La disciplina dei doveri previsti in capo agli amministratori nella fase di pre-insolvenza di un'impresa rappresenta un tema sensibile alla dottrina e alla giurisprudenza, in quanto segna il momento in cui avviene un mutamento della prospettiva a cui è rivolta l'attività d'impresa, nel senso di attività "rischiosa".

Ed infatti la dottrina maggioritaria è uniforme nell'affermare come l'attività gestoria dell'organo amministrativo, in questa fase, non debba più essere rivolta al compimento di operazioni rientranti nel c.d. *risk management* ma piuttosto rivolgersi alla conservazione di quei valori intrinseci all'impresa in modo da garantire un'adeguata tutela del ceto creditorio nel rispetto del principio generale in materia fallimentare, di garantire loro sempre il «miglior soddisfacimento».

Tale principio, muovendosi nel nuovo contesto della c.d. *rescue culture* introdotta nell'ordinamento europeo dalla Direttiva (CE) 1023/2019, accoglie la concezione di favorire la continuità aziendale piuttosto che la liquidazione del patrimonio, in quanto la salvaguardia dei valori immanenti all'attività viene ritenuto il miglior metodo per soddisfare gli *stakeholders*.

In detto contesto, in attesa della completa entrata in vigore del nuovo CCII rimandata a settembre 2021 a causa della pandemia Covid-19<sup>234</sup>, lo strumento previsto dalla legge fallimentare del concordato con continuità aziendale (art. 186 *bis*), per esempio, si è consolidato con ampia prassi di utilizzo da parte delle società che decidono di accedere a detta procedura. In giurisprudenza anche la Cassazione nel 2018 con la sentenza n. 29742<sup>235</sup> è intervenuta in materia, favorendo la possibilità non solo di accedere ad una continuità "diretta", ossia finalizzata ad un affitto-ponte per salvaguardare il proseguimento dell'attività, inteso adesso come

---

<sup>234</sup> È interessante segnalare che il Decreto-legge n. 9 del 2 marzo 2020 "*Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19*" all'articolo 11 differisce l'entrata in vigore degli obblighi di segnalazione posti a carico degli organi di controllo societari e dei creditori pubblici qualificati verso l'OCRI, al 15 febbraio 2021.

Si è quindi deciso di rinviare il test di funzionalità del nuovo sistema anche per evitare che il periodo di necessario assestamento potesse coincidere con condizioni di particolare stress e ancora in divenire.

<sup>235</sup> S. AMBROSINI, *La Cassazione risolve i dubbi sulla c.d. continuità indiretta nel concordato preventivo*, Roma, 2018.

valore di miglior soddisfacimento dei creditori, ma anche “indiretta” ovvero destinata alla vendita del complesso aziendale o che sia già nella piena disponibilità di un terzo diverso dal debitore prima della presentazione della proposta di concordato, assumendosi come “irrilevante” la circostanza che l’impresa non sia più nella piena disponibilità del debitore.

Ritornando al tema dei doveri nella fase di crepuscolo, nel corso dell’elaborato si è cercato di individuare il momento in cui gli amministratori devono traslare la loro gestione da operativa a conservativa. Analizzando i vari orientamenti dottrinali, a parere di chi scrive, da accogliere è l’orientamento che identifica l’insolvenza come una “possibilità” durante la vita di un’impresa e, di conseguenza, il momento in cui la gestione conservativa dell’organo amministrativo dovrà prevalere rispetto alle iniziative di “rischio”, sarà quando l’insolvenza rientri nella sfera della “probabilità”<sup>236</sup>.

Altro tema oggetto di indagine dell’elaborato è stata la nuova impostazione dell’art. 2086, comma 2 c.c. che sarà prevista nel nuovo CCII all’articolo 3 rubricato “*Doveri del debitore*” la cui disciplina prevede come l’imprenditore collettivo debba dotarsi di un adeguato assetto organizzativo ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi.

In capo all’organo amministrativo ci sarà adesso, pertanto, il dovere di “curare” gli assetti in modo da percepire tempestivamente possibili indizi di una crisi reddituale, economica o finanziaria. Tale nuova impostazione trova la sua fonte ispiratrice nella Raccomandazione UE n. 135 del 2014 «*su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all’insolvenza*» che ha invero posto «*l’obiettivo di garantire alle imprese in bonis in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell’Unione, l’accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che premetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modi da evitare l’insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l’economia in generale*»<sup>237</sup>. Ed allora diventa fondamentale la

---

<sup>236</sup> A. MASTRANGELO, *La prevenzione in Italia alla luce del decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14*, in *Diritto civile e commerciale*, 2019, pag. 3

<sup>237</sup> R. GRANATA-L. GASPARELLI, *Il nuovo Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza alla prova Covid- 19*, articolo pubblicato in <https://www.mmlex.it/magazine/il-nuovo-codice-della-crisi-dimpresa-e-dellinsolvenza-alla-prova-covid-19> 3/4/ 2020.

presenza in ogni società dei c.d. *early warning tools* grazie ai quali è possibile rilevare in maniera tempestiva una crisi (c.d. indicatori della crisi)<sup>238</sup>.

Questi saranno di volta in volta elaborati da parte del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, con cadenza almeno triennale, «*tenuto conto della miglior prassi nazionali ed internazionali*». Ed è proprio questo ultimo inciso, a parere di chi scrive, a fornire una prova evidente di come il legislatore nazionale tramite il CCII abbia deciso di allinearsi all'obiettivo inizialmente prospettato dalla Proposta di Direttiva del 2016, ulteriormente avallato nella Direttiva *Insolvency*, ovvero quello di costituire un approccio uniforme a livello europeo circa la fase di crisi di un'impresa, intendendo adesso il fallimento non più come concetto di "screditamento morale" per il debitore, ma, assumendo che l'attività d'impresa è di per sé attività rischiosa, il fallimento deve rientrare nella pura aspettativa da parte di chi esercita qualunque attività d'impresa dal momento in cui decide di programmarla.

Ed allora l'attività di quei soggetti preposti alla gestione dell'impresa e di coloro che ne monitorano l'andamento, dovrà essere "dinamica": rivolta non solo a monitorare l'andamento economico e finanziario in positivo, ma anche riuscire a percepire tempestivamente tutti quei segnali che possono intaccare la continuità, confermando che, grazie a questa nuova prospettiva, tale valore rappresenta per il ceto creditorio il miglior soddisfacimento rispetto alla liquidazione dei cespiti.

Altro aspetto analizzato nel corso della tesi è il problema a livello europeo tra le norme di *lex societatis* e *lex concursus* e la loro divergenza applicativa nei vari Stati che ha creato un problema di qualificazione.

Soffermandosi sulle scelte gestionali degli amministratori di società in cui l'insolvenza sia divenuta probabile, la dottrina si è chiesta entro quale fattispecie rientrino tale tipo di attività. Le opzioni emerse dai vari orientamenti possono essere così classificate: 1) norme di conflitto sulla società (*lex societatis*); 2) norme sulle procedure concorsuali (*lex concursus*); 3) norme riguardanti i fatti illeciti, rientranti nel perimetro della disciplina penale (l'ipotesi è quella della bancarotta fraudolenta ex art. 216 l. fall.).

---

<sup>238</sup> Art. 13 CCII

Prima dell'introduzione del nuovo CCII, il problema non sembrava porsi in quanto era stato pacificamente ammesso dal dato normativo che i doveri e le responsabilità degli amministratori rientrano nel cono d'ombra delle norme di *lex societatis*, in quanto, come rilevato dall'elaborato, la legge sul diritto internazionale privato italiano n. 218/1995, al secondo comma dell'art. 25, elencava una serie di materie rientranti nell'ambito applicativo del diritto commerciale locale tra cui anche i poteri degli organi sociali, laddove il procedimento di costituzione della società si sia perfezionato nel territorio dello Stato o il centro principale degli interessi si trovi in Italia.

Per meglio chiarire il concetto, le norme che riguardano la costituzione e l'organizzazione societaria, come anche previsto nella maggior parte degli altri ordinamenti europei, hanno un comune ambito applicativo con quelle norme che disciplinano l'attività d'impresa, intesa come rapporto tra i gestori e la società, dove i primi dovranno svolgere il proprio mandato a favore della società (rapporto *principals e agents*).

Tuttavia, tale impostazione, oggi sembra contrastare con la "rivoluzione copernicana" che verrà apportata dal CCII al nuovo articolo 2086 c.c., visto che l'orientamento dei doveri degli amministratori nella fase crepuscolare dovrà preliminarmente essere rivolto ad un salvataggio dell'impresa. Tali doveri andranno perciò distinti da quelli organizzativi, ad esempio, in quanto si dovrà distinguere il concetto di società, in senso soggettivo del modello prescelto, della fissazione dell'oggetto sociale o dell'atto costitutivo, da quelli imprenditoriali in senso oggettivo che non potranno essere "standardizzati" a priori.

La *business judgement rule*, regola nata, guarda caso, dalla prassi imprenditoriale, sembra confermare quanto detto: le scelte di merito prese dagli amministratori nell'esercizio della loro piena imprenditorialità, qualora vengano soddisfatti tutti i presupposti informativi preliminari, non sono sindacabili dal giudice, laddove non abbiano recato un guadagno alla società.

Ed allora ritengo opportuno sussumere nella disciplina della *lex concursus* le scelte imprenditoriali degli amministratori prese nella fase di crepuscolo della società, ovvero dal momento in cui siano scattate le misure di allerta, e qualora si tratti di più società operanti in diversi Stati, sia necessario applicare un criterio

sostanziale come è il COMI, al fine di rendere facilmente conoscibile da parte di tutti i portatori di un interesse “in gioco” verso la società (*stakeholders*), l’apertura della procedura concorsuale.

## INDICE BIBLIOGRAFICO

### A

AMBROSINI S. e AIELLO M., *Società per azioni. Responsabilità degli amministratori*, in *Giur. Comm.*, 2010, pag. 957

AMBROSINI S., *La Cassazione risolve i dubbi sulla c.d. continuità indiretta nel concordato preventivo*, Roma, 2018

ASSONIME, *Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi di impresa e gli strumenti di allerta*, Circolare n. 19 del 2 agosto 2019

### B

BALLARINO T., *La società per azioni nella disciplina internazional-privatistica*, in *Trattato Colombo-Portale*, Torino, 1994, pagg. 25 ss.

BARACHINI F., *Commento all'art 2381 c.c.*, in *Commentario del Codice civile*, Torino, 2015, pag. 111

BARIATTI S.- CORNO G., *Centro degli interessi principali*, in *Riv. Il Fallimentarista*, Bussola del 7 settembre 2016 pag. 1 ss.

BARIATTI S., *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di Giustizia: il caso Eurofood*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, pagg. 203 ss

BASTIA P., *Pianificazione e controllo dei risanamenti aziendali*, in *Collana Studi e ricerche sul sistema azienda*, Giuffrè, 2017, pag. 231

BASTIA P., *Sistemi di pianificazione e controllo*, Il Mulino, Bologna, 2008, pagg. 115 ss.

BENZAZZO P., *Il Codice della crisi di impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?* in *Riv. Rivista delle società*, 2019, pagg. 1 ss.

BENEDETTELLI M.V., *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza transfrontaliera*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2004, pagg. 46, 527

BENEDETTELLI M.V., *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. Soc.*, 1997, pagg. 47 ss.

BENEDETTELLI M.V., *Mercato comunitario delle regole e riforma del diritto societario italiano*, in *Riv. Soc.*, 2003, pag. 711

BENEDETTELLI M.V., *Profili di diritto internazionale e privato ed europeo delle società*, in *Rivista di Diritto societario*, 2015, pagg. 35-37, 49

BONELLI F., *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, Giuffrè, Torino, 1992, pagg. 77 ss.

BOZZA G., *Diligenza e responsabilità degli amministratori di società in crisi*, in *Rivista di diritto societario*, 2014, pagg. 1103- 1104

BRIOLINI F., *Art. 2392*, in *Le società per azioni*, Milano, 2016, pag. 1390

BRIZZI F., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, pagg. Giappichelli, Torino, 2015 pagg. 243, 279, 355-359 ss., 366, 376-388, 421

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

## C

CABRAS G., *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, Torino, 2002

CAPRARA A., *Le funzioni dei sindaci tra principi generali e disciplina*, CEDAM, 2008, pag. 317

CECCHERINI E. *L'imprenditore deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi: riflessioni sul riformato art. 2086 c.c.*, in *Riv. Il Fallimentarista*, 18/10/2019.

CRESPI A., *Note minime sulla posizione di garanzia dell'amministratore delegante nella riforma introdotta dal d.lgs. n. 6/2003*, in *Riv. Soc.*, Giuffrè, Milano, 2009

## D

DANIELE L., *Diritto dell'Unione Europea: le procedure decisionali*, Milano, 2014, pag. 107- 110

DE CESARI P. e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, Milano, 2009, pp. 50 ss.

DE CESARI P. MONTELLA G., *Il nuovo diritto europeo della Crisi d'impresa: Il regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure d'insolvenza*, 2017, Torino, pagg. 199-200

DE CESARI P., MONTELLA G., *Osservatorio sull'Unione Europea e sugli altri Stati: legislazione*, in Riv. *Il Fallimento*, 2017, pag. 110

DE MARI M., *Gli assetti organizzativi societari*, in. *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, M. IRRERA (opera diretta da), Bologna, 2016

DE MATTEIS S., *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Diritto fallimentare e società e delle società commerciali*, 2017, pagg.1291-1309

DE MATTEIS S., *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-bis*, in *Il Diritto Fallimentare e delle società commerciali*, n. 3-4/2017, p. 75

DE NICOLA E., *Commento all'art. 2381*, in *Amministratori*, a cura di F. GHEZZI, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI, Milano, 2005, pag. 127

DE NICOLA E., *Commento all'art. 2392*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI, NOTARI, Milano, 2005

DE NICOLA E., *Commento all'art. 2394*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da MARCHETTI, BIANCHI, GHEZZI, NOTARI, Milano, 2005

DE SENSI V., *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in Riv. *Delle Società*, 2017, pagg. 314, 334- 335

DE SENSI V., *Evoluzione della concorsualità, emerging insolvency e fiduciary duties degli amministratori nella fase di pre-insolvenza*, in (a cura di) S.

AMBROSINI, *Fallimento, Soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria. Strumenti del diritto*, Bologna, 2017, pagg. 119, 131-132

DE SENSI V., *La ristrutturazione dell'impresa in crisi: una comparazione tra diritto italiano e statunitense*, in *Archivio Ceradi*, Roma, 2006, pagg. 69 ss., 316

## E

ENRIQUES L., *Società costituite all'estero*, in *Commentario del Codice civile Scajola-Branca*, Bologna, pagg. 3 ss.

## F

FABIANI M., *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Zanichelli, Bologna, 2011, pag. 44

FICO D., *Le modifiche del diritto Societario volte a favorire l'emersione anticipata della crisi*, in *Il Fallimentarista*, Focus del 8 maggio 2019.

FRÈ G.- SBISÀ, *Della società per azioni*, Volume I, 1997, pagg. 837 ss.

## G

GINEVRA E. / PRESCIANI C., *Il dovere di istituire adeguati assetti ex art.2086 c.c.* in *Riv. Il Fallimentarista*, 2019

GRANATA-L. GASPARELLI, *Il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza alla prova Covid- 19*, in <https://www.mmlex.it/magazine/il-nuovo-codice-della-crisi-dimpresa-e-dellinsolvenza-alla-prova-covid-19>, Roma, 2020

GUIZZI G., *Responsabilità degli amministratori e insolvenza: spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2010 pagg. 236 ss., 1245 ss.

GUIZZI G., *Gestione dell'impresa e interferenze di interessi. Trasparenza, ponderazione e imparzialità dell'amministrazione di s.p.a.*, Milano, 2014

## I

INNOCENTI F., *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di Diritto Societario*, 2018, pagg. 971 ss., 981-982

IRRERA M., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, 2016, Zanichelli Editore, Bologna pag. 5, 77 ss., 80- 89, 241

## J

JORIO A., *Introduzione generale alla disciplina delle crisi d'impresa*, in JORIO-SASSANI, *Trattato delle procedure concorsuali*, 2014, Milano, pagg 3 ss.

## L

LIPTON M., *Risk management and the board of directors. An update for 2012.*, in *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation.*, Harvard University, pagg. 1-7

LUCIANO A. M., *La gestione della S.P.A. nella crisi pre-concorsuale*, Giuffrè, 2016, pag. 98- 100, 132, 136-137, 160-161, 165, 201

LUCIANO A. M., *Concordato con piano differito (art.161 comma, l. fall.) e “dovere di pianificazione” nell'impresa societaria in crisi*, in *Banca Borsa*, 2015

LUNETTI C., *La disciplina dell'insolvenza transfrontaliera come fattore essenziale di una moderna riforma del diritto della crisi d'impresa*, in *Riv. Il Fallimento*, 2018, pagg. 1229- 1232

## M

MANGANO, *Interpretation and the Role of the CJEU*, in *Bork Mangano, European Cross-Border Insolvency Law*, Oxford, 2016, pagg. 30 ss.

MARULLI M., *La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato*, in *Giur. Comm.* 2005, 85 ss.

MASTRANGELO A., *La prevenzione in Italia alla luce del decreto legislativo 12 gennaio 2019 n. 14*, in *Diritto civile e commerciale*, 2019.

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, pagg. 831 ss.

MÉLÉDO-BRIAND D., *Notions comparatives de continuation de l'entreprise*, in *Rev. intern. dr. éco.*, 1995, pagg. 269 ss

MERUZZI G., *I flussi informativi endosocietari nella società per azioni*, CEDAM, Padova, 2012, pagg. 42 ss., 80

MERUZZI G., *L'informativa endo-societaria nelle società per azioni*, in *Contr. e Imp.*, 2010, pagg. 254,737

MINTO A., *La speciale natura dell'incarico amministrativo in banca tra limitazioni alla discrezionalità organizzativa e vincoli sull'agire informato*, in *Giurisprudenza commerciale*, II Volume, 2015, pagg. 10 ss., pagg. 10 ss., 15

MONTALENTI P., *Diligenza, convenienza, business judgement rule nelle operazioni con parti correlate*, in (a cura di) M. IRRERA, *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance*, 2016, pag. 18

MONTALENTI P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi*, appunti in *Giur. Comm.*, 2018, pagg. 72 ss

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*, a cura di Tombari, Torino, pagg. 41, 46- 58

MONTALENTI P., *I nuovi standard di diligenza e i principi generali sulla responsabilità*, in (a cura di) M. IRRERA, *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, 2016, pag. 16

MONTALENTI P., *Principi di corretta amministrazione, adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, sistema di controllo interno*, in (opera diretta da) M. IRRERA, *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, 2016

MUCCIARELLI F., *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, pag. 234

## P

PAJARDI-A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2013, pag. 57

PALETTA A., *Tempestiva emersione dello stato di crisi e qualità dei piani di concordato: prime evidenze empiriche*, in *Fallimento*, 2013, pag. 1038

PANZANI L., *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Riv. Il Fallimento*, 2017, pag. 130

PERROTTA e L. BERTOLI; *Assetti organizzativi, piani strategici, sistema di controllo interno e gestione dei rischi*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2013

## R

RABITTI M., *Responsabilità da deficit organizzativo*, in *Assetti adeguati e modelli di controllo*, M. IRRERA, 2016, pagg. 957, 994-995, 963

RABITTI M., *Rischio organizzativo e responsabilità degli amministratori. Contributo allo studio dell'illecito civile*, Milano, 2004

RIOLFO G., *Assetti e modelli organizzativi delle società per azioni: i flussi informativi*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi della corporate governance nelle società di capitali*, M. IRRERA, 2016, pagg. 98-100

RONDINONE N., *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, 2012, pag. 344

RORDORF R., *Doveri e responsabilità degli amministratori delle società di capitali in crisi*, in *Riv. La Società*, 2013, pagg. 670- 671, 669 ss.

RORDORF R., *Il risarcimento del danno nell'azione di responsabilità contro gli amministratori*, in *Società*, 1993, pag.617

ROSSI A., *La responsabilità degli amministratori verso la società per azioni*, in *La responsabilità di amministratori, sindaci e revisori contabili*, a cura di Ambrosini Milano, 2007, pag. 25

## S

SALVATO, *Problemi di valutazione dei crediti e dei debiti nel bilancio d'esercizio negli orientamenti della giurisprudenza dal "vecchio" al "nuovo sistema*, in *Giur. Comm.*, 1995, Vol. 1, pag. 259 ss

SAMBUCCI L., *Commento all'art. 2394*, in *Commentario del Codice civile*, diretto da GABRIELLI, a cura di SANTOSUOSSO, Torino, 2015, pagg. 432 ss.

SANDULLI M., *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi*, in *Fallimento*, 2009, pag. 1106

SANZO L., *La responsabilità nella (e per la) crisi*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, M. IRRERA, pag. 1040

STRAMPELLI G., *Verso una disciplina europea dei doveri degli amministratori di società in crisi?*, in *Academia*, 2017, pag. 3

#### V

VERDOES T. e VERWEIJ A., *The (Implicit) Dogmas of Business Rescue Culture*, in *International Insolvency Review*, 2018

#### W

WEIGMANN R., *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974

#### Z

ZOPPINI A., *Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'emerging insolvency)* in *Diritto societario e Crisi d'impresa*, a cura di TOMBARI, Giappichelli, 2014, pag.

## GIURISPRUDENZA

### CORTE DI CASSAZIONE

Sentenza del 19 settembre 1995, n. 9887

Sentenza del 28 aprile 1997, n.3652

Sentenza del 18 marzo 2003, n. 3968

Sentenza del 23 gennaio 2004, n. 1244

Sentenza del 23 marzo 2004, n. 5718

Sentenza del 1 dicembre 2005, n. 26217

Sentenza del 19 ottobre 2006, n. 22406

Sentenza del 12 agosto 2009, n. 18231

Sentenza del 3 giugno 2010, n. 13465

Sentenza del 12 febbraio 2013, n. 3409

Sentenza del 8 agosto 2013, n. 19027

Sentenza del 30 gennaio 2014, n. 4677

Sentenza del 23 ottobre 2014 n. 22573

Sentenza del 14 dicembre 2015, n. 25178

Sentenza del 12 aprile 2017, n. 9416

Sentenza del 15 dicembre 2017, n. 30209

Sentenza del 29 dicembre 2017, n. 31204

Sentenza del 20 novembre 2018, n. 29913

Sentenza del 20 novembre 2018, n. 29913

Sentenza del 10 giugno 2019, n. 15572

### TRIBUNALI

Trib. Roma del 15 maggio 2019, n.10212

Trib. Milano del 18 gennaio 2011, n. 4480

Trib. Sez. 2 Benevento del 18 dicembre 2019, n. 22981

**CORTE DI GIUSTIZIA UE**

Sentenza del 28 giugno 2007, causa C-73/06

Sentenza del 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa c. ENEL*

Sentenza del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine e degli Avvocati e Procuratori di Milano*