

Crisi e risanamento n. 38/2020

Nuovi obblighi e responsabilità degli organi di amministrazione e controllo alla luce del Codice della crisi d'impresa

di Andrea Mennilli – dottore commercialista

Il Codice della crisi d'impresa (D.Lgs. 14/2019) introduce nuovi compiti per gli organi di amministrazione e controllo e per i revisori esterni finalizzati all'individuazione, prevenzione e soluzione delle situazioni di crisi. Dopo un'analisi dei nuovi compiti posti a carico degli organi di amministrazione e controllo vengono analizzate le responsabilità civili che le nuove regole determineranno in capo agli amministratori, sindaci e revisori a seguito del non puntuale esercizio dei loro poteri-doveri.

Premessa

La riforma organica della crisi d'impresa (D.Lgs. 14/2019) ha introdotto una serie di misure volte a sensibilizzare gli organi di amministrazione e controllo delle società obbligandoli ad attuare tutte le procedure necessarie per la rilevazione tempestiva della crisi d'impresa al fine di garantire la continuità o il ricorso a strumenti di composizione preventiva della crisi.

Viene per la prima volta esplicitato a livello normativo il concetto di crisi d'impresa come quello:

“stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per l'impresa si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”.

Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (di seguito anche Codice) è ispirato al rispetto di 2 principi fondamentali: quello della prevenzione tramite il rafforzamento degli assetti organizzativi e dei doveri degli organi sociali in funzione di un'efficace rilevazione delle situazioni di crisi e di perdita di continuità aziendale e quello della diagnosi precoce, tramite l'introduzione delle procedure di allerta che consistono nell'esercizio di specifiche attività di controllo e monitoraggio, finalizzate alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa e alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione ([articolo 12](#) del Codice).

Gli indizi della crisi, individuati dall'[articolo 13](#) del Codice, rubricato “Indicatori della crisi”, sono rappresentati:

1. dagli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario;
2. dai ritardi nei pagamenti¹.

In presenza di fondati indizi della crisi ricorre (con decorrenza dal 15 agosto 2020) l’obbligo di segnalazione (c.d. strumenti di allerta) da parte degli organi di controllo societario² ([articolo 14](#) del Codice) e dei creditori pubblici qualificati³ ([articolo 15](#) del Codice), prima all’organo amministrativo, al fine di rimuovere le cause generatrici della crisi, e poi, in caso di inerzia entro i termini stabiliti, di informare l’Organismo di composizione crisi d’impresa (Ocri) istituito presso ciascuna CCIAA al fine dell’attivazione delle procedure di allerta⁴.

Sono state, inoltre, introdotte misure premiali ([articolo 24](#) del Codice), con benefici di natura economica, processuale e di esonero o mitigazione della responsabilità penale in favore di chi si attivi volontariamente e in modo tempestivo per affrontare la crisi, presentando istanza di composizione assistita della crisi oppure una domanda di accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell’insolvenza previste dal Codice.

Alla luce di quanto precede vediamo come vengono riscritti i compiti e le responsabilità di amministratori, sindaci e revisori, nonché ridisegnati gli assetti organizzativi dell’impresa.

¹ Muovendo le considerazioni da questa seconda tipologia, va innanzitutto osservato che, ai sensi del primo comma dell’articolo 13 del Codice, i ritardi nei pagamenti sono considerati sintomatici dello stato di crisi solo se reiterati e significativi, non assumendo quindi rilievo la presenza di debiti scaduti da poco tempo o di modesta entità. Occorre poi evidenziare che, al fine di offrire un’utile indicazione sulla rilevanza dei ritardi, l’articolo 13 del Codice fa un espresso rinvio al successivo articolo 24 nel quale, trattando della tempestività d’iniziativa per fruire delle misure premiali, vengono stabilite determinate soglie di debito scaduto per retribuzioni e per fornitori, oltre le quali il ritardo è senz’altro considerato reiterato e significativo. Con riferimento alla prima tipologia di indicatori, va invece sottolineato che il Codice non stabilisce parametri specifici, ma si limita a delinare le caratteristiche che gli indicatori devono possedere per essere considerati sintomatici di squilibrio, demandando quindi al Cndcec il compito di elaborare in concreto gli indici di crisi per ciascuna tipologia di attività. In particolare, il comma 1 dell’articolo 13 del Codice dispone che gli indici rivelatori di squilibrio reddituale, patrimoniale e finanziario sono quelli che evidenziano l’incapacità dell’impresa di sostenere i propri debiti per almeno i 6 mesi successivi e che mostrano incertezza nelle prospettive di continuità aziendale per l’esercizio in corso, o per il semestre successivo nel caso di durata residua dell’esercizio inferiore a 6 mesi. Il Legislatore specifica poi le ulteriori caratteristiche che gli indici devono possedere, stabilendo che devono essere presi in considerazione quali indici significativi di squilibrio quelli capaci di misurare la sostenibilità degli oneri dell’indebitamento con i flussi di cassa prospettici e l’adeguatezza dei mezzi propri rispetto ai mezzi di terzi. All’interno di questo *framework* di riferimento, il secondo comma dell’articolo 13 affida al Cndcec il compito di elaborare in concreto, per ogni tipologia di impresa, una combinazione di indici che, valutati unitariamente, facciano ragionevolmente presumere lo stato di crisi. Il Cndcec ha elaborato 7 indici della crisi d’impresa di cui i primi 2 considerati validi per tutte le tipologie di attività, gli altri 5 indici sono specifici per ciascun settore.

² C.d. segnalazione interna.

³ C.d. segnalazione esterna. L’articolo 15, comma 1 del Codice stabilisce che l’Agenzia delle entrate, l’Inps e l’agente della riscossione debbano avvisare il debitore, mediante pec o raccomandata con avviso di ricevimento inviata all’indirizzo risultante dall’anagrafe tributaria, che la sua esposizione debitoria ha superato l’importo rilevante, a pena di inefficacia del titolo di prelazione spettante. Essi devono procedere senza indugio a inoltrare una segnalazione all’Ocri se nei 90 giorni successivi dalla ricezione dell’avviso il debitore:

- non avrà provveduto a estinguere integralmente il proprio debito o, alternativamente, a regolarizzarlo con una delle modalità previste dalla legge;
- non sarà risultato in regola con il pagamento delle rate delle somme dovute a titolo di imposta o ritenute, secondo quanto previsto dall’articolo 3-bis, D.Lgs. 462/1997;
- non avrà presentato istanza di composizione assistita della crisi;
- non avrà presentato domanda per l’accesso a una procedura di regolazione della crisi.

⁴ La procedura di allerta consiste nell’audizione del debitore presso l’Ocri, a seguito della segnalazione dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15, al fine di verificare se sussiste una crisi e di individuare le soluzioni per il suo superamento.

Obblighi e responsabilità degli amministratori

Il Codice della crisi impone a tutti gli imprenditori collettivi, l'obbligo di adottare un assetto organizzativo adeguato ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative volte al suo superamento. Tale previsione è sancita come principio generale sia nel Codice sia nel codice civile, con l'introduzione di un nuovo comma 2, [articolo 2086](#) (ora rubricato “Gestione dell'impresa”) secondo cui:

“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 di 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”.

Da tale nuova disposizione scaturiscono in capo all'imprenditore/amministratore 3 obblighi:

1. l'istituzione⁵ di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato anche alla rilevazione della crisi e della mancanza di continuità aziendale;
2. l'adozione di uno strumento, tra quelli previsti dal Codice, per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale;
3. l'attuazione dello strumento adottato.

Al fine di individuare il soggetto su cui gravano tali obblighi all'interno dei diversi tipi societari, il Codice della crisi modifica le disposizioni in tema di gestione delle società di persone, delle Spa con sistema tradizionale e con sistema dualistico, delle Srl, introducendo in tutti i casi una nuova previsione secondo cui *“la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e si svolge nel rispetto dei principi indicati nell'articolo 2086”* (obbligo di istituzione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato e di attivazione degli strumenti per il superamento della crisi).

L'istituzione di assetti organizzativi funzionali alla rilevazione della crisi e della perdita di continuità aziendale

Il primo obbligo impone agli amministratori l'istituzione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa anche alla rilevazione tempestiva delle situazioni di crisi d'impresa e di perdita della continuità aziendale.

⁵ All'organo amministrativo spetta non solo l'obbligo di istituire l'assetto organizzativo ma anche l'obbligo di verificarne e misurarne l'adeguatezza continuamente nel corso dell'attività sociale.

Per assetto organizzativo si intende il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza (funzionigramma) e responsabilità (organigramma).

Per assetto amministrativo si intende l'insieme delle procedure e dei processi atte ad assicurare il corretto e ordinato svolgimento delle attività aziendale e delle sue singole fasi.

Gli assetti contabili sono quella parte degli assetti amministrativi volti a una corretta traduzione contabile dei fatti di gestione sia ai fini di programmazione sia ai fini di consuntivazione.

La norma precisa che tali assetti devono essere adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, adeguatezza⁶ intesa sia come capacità di intercettare in modo efficace e puntuale i segnali di crisi e gli eventi indicativi di una situazione di carenza di continuità, sia come proporzionalità rispetto alle caratteristiche (dimensione, complessità della società, natura e tipologia di attività) dell'impresa.

Al fine di una gestione tempestiva della crisi è necessario che l'imprenditore adotti in un'ottica dinamica e funzionale i predetti strumenti organizzativi di raccolta ed elaborazione delle informazioni in modo da consentire un monitoraggio costante sullo stato di salute dell'impresa.

L'utilizzo dinamico e funzionale dell'assetto organizzativo alla rilevazione anticipata dello stato di crisi e della perdita di continuità aziendale richiede la presenza di un sistema di rilevazione anticipata dei rischi significativi, che possano minacciare l'equilibrio finanziario e la sopravvivenza dell'impresa.

Tale obiettivo può essere raggiunto solo attraverso l'istituzione di un'adeguata pianificazione finanziaria, che attraverso il bilancio di previsione e il connesso sistema di raccolta dati (indicatori patrimoniali, economici e finanziari), consenta di verificarne con tempestività gli scostamenti con gli indicatori della crisi da identificarsi con gli indici elaborati dal Cndcec di cui all'[articolo 13](#) del Codice.

In sintesi, la configurazione di un adeguato assetto organizzativo può comportare, a seconda delle dimensioni e dell'attività svolta dall'impresa: l'organizzazione di un processo di raccolta, validazione e trasmissione ai vertici aziendali delle informazioni necessarie per la misurazione e il monitoraggio degli indicatori di crisi; la configurazione di un sistema di gestione del rischio di

⁶ La Norma di comportamento del Collegio Sindacale N. 3.4. "Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto organizzativo" precisa che un assetto organizzativo può definirsi adeguato quando presenta i seguenti requisiti, in relazione alle dimensioni e alla complessità della società, alla natura e alle modalità di perseguitamento dell'oggetto sociale:

- redazione di un organigramma aziendale con chiara identificazione delle funzioni, dei compiti e delle linee di responsabilità;
- esercizio dell'attività decisionale e direttiva della società da parte dei soggetti ai quali sono attribuiti i relativi poteri;
- sussistenza di procedure che assicurano l'efficienza e l'efficacia della gestione dei rischi e del sistema di controllo, nonché la completezza, la tempestività, l'attendibilità e l'efficacia dei flussi informativi generati anche con riferimento alle società controllate;
- esistenza di procedure che assicurino la presenza di personale con adeguata competenza a svolgere le funzioni assegnate;
- presenza di direttive e di procedure aziendali, loro aggiornamento ed effettiva diffusione. L'obiettivo è quello di accertare l'esistenza di adeguate procedure interne, nonché di verificare l'adeguatezza e l'efficacia dei flussi informativi generati da tali procedure.

perdita della continuità aziendale e di stato di crisi, con l'indicazione delle metodologie di valutazione degli indicatori per aree di rischio.

Obblighi di attivazione tempestiva in caso di crisi e perdita della continuità aziendale

Il secondo obbligo posto in capo all'organo amministrativo dalla nuova formulazione dell'[articolo 2086](#), cod. civ. è quello di:

“attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”.

Questa disposizione, applicabile a tutte le società, stabilisce espressamente il dovere degli amministratori di adottare i rimedi correttivi necessari quando si manifesta la crisi⁷ o una situazione di perdita di continuità aziendale⁸.

Tali doveri, tuttavia, sono distinti a seconda che si presenti una situazione di crisi o una situazione di perdita di continuità aziendale. Mentre la sussistenza dello stato di crisi costituisce il presupposto per l'adozione di uno degli strumenti previsti dal Codice della crisi nel preminente interesse dei creditori, la mancanza di continuità aziendale, se pure è una situazione che deve essere monitorata dall'organo amministrativo e il cui verificarsi impone l'adozione di misure per il suo superamento, non richiede espressamente l'utilizzo degli istituti del Codice della crisi. Essa può, infatti, essere gestita utilizzando strumenti privatistici od ordinari istituti di diritto societario (quali aumenti di capitale, assunzione di nuovi finanziamenti, rinegoziazione dei prestiti o cessioni di rami di azienda o attività), perseguitando l'ordinario interesse sociale.

In ragione di quanto precede è possibile prefigurare 3 scenari.

Obblighi in caso di perdita di continuità aziendale

Un primo scenario è quello che si verifica quando il controllo posto in essere dagli amministratori evidenzi una situazione di perdita di continuità aziendale, senza che si manifesti uno stato di crisi con il superamento degli indici previsti dall'[articolo 13](#) del Codice. In questa situazione, sicuramente ricorre un obbligo di intervento dell'organo amministrativo ma il tipo e le modalità dell'intervento attengono alla fase ordinaria dell'attività d'impresa da gestire con strumenti di natura privatistica previsti dal codice civile o dall'autonomia privata secondo i criteri di comune discrezionalità imprenditoriale a

⁷ La crisi si configura come uno stato di difficoltà di natura reddituale patrimoniale o finanziario con un orizzonte temporale di 6 mesi.

⁸ La perdita della continuità aziendale si configura come una situazione di incapacità dell'impresa di continuare a operare come un'entità in funzionamento che si fonda anche su elementi anche qualitativi e si proietta con un riferimento temporale di 12 mesi.

condizione che gli stessi siano sufficienti e appropriati al fine di recuperare la capacità dell'impresa di continuare a operare nei 12 mesi successivi come un'entità in funzionamento.

In questa fase non sorge ancora uno specifico dovere di accedere a uno degli strumenti previsti dal Codice della crisi, né muta la gerarchia degli interessi che gli amministratori devono tutelare, dovendo questi avere riguardo principalmente agli interessi della società e dei soci, oltre a quelli dei creditori sociali.

Obblighi in caso di crisi

Il secondo scenario che può verificarsi è quello in cui gli amministratori rilevino uno stato di crisi. In questa fase il *management* ha già adottato infruttuosamente o, comunque, avrebbe dovuto adottare tutti i possibili rimedi previsti dall'ordinamento civilistico per evitare la perdita di continuità aziendale e l'aggravarsi del dissesto. In tale situazione l'interesse dei creditori diviene preminente rispetto agli interessi dei soci e gli amministratori dovranno individuare i rimedi più idonei al superamento della crisi nell'ambito degli specifici strumenti⁹ previsti dal Codice della crisi. Nella scelta dello strumento di regolazione della crisi, quindi, gli amministratori dovranno tenere conto non solo della natura e delle cause della crisi, ma anche del preminente interesse dei creditori al miglior soddisfacimento delle loro pretese. Una volta individuato lo strumento più idoneo rimane, invece, in capo agli amministratori una piena discrezionalità nell'attuazione dello stesso.

Obblighi in caso di segnalazione di fondati indizi di crisi

Per le imprese soggette¹⁰ alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi si prefigura un terzo ed eventuale scenario quando i “fondati indizi di crisi” non sono intercettati direttamente dagli amministratori, ma a questi segnalati dall'organo di controllo della società. A seguito della segnalazione è concesso un termine agli amministratori entro il quale essi potranno adottare uno degli strumenti previsti dal Codice della crisi, secondo i criteri suindicati. Nel caso in cui questi non si attivino o l'organo di controllo valuti la risposta inadeguata, quest'ultimo segnala l'esistenza della crisi all'Ocri.

⁹ Il Codice della crisi ha innovato e ampliato il novero degli strumenti di regolazione della crisi, distinguendoli tra: i) strumenti negoziali stragiudiziali (accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento); ii) strumenti negoziali stragiudiziali soggetti a omologazione (accordo di ristrutturazione dei debiti ordinario; accordo di ristrutturazione agevolato; accordo di ristrutturazione a efficacia estesa; accordo di ristrutturazione a efficacia estesa con intermediari finanziari, convenzione di moratoria); iii) procedure di composizione della crisi da sovradebitamento; iv) concordato preventivo (liquidatorio o in continuità aziendale).

¹⁰ L'articolo 12, commi 4 e 5, del Codice individua i soggetti esclusi dalle procedure di allerta.

L'attuazione dello strumento adottato

Il terzo obbligo posto in capo all'organo amministrativo dalla nuova formulazione dell'[articolo 2086](#), cod. civ. è quello di che attribuisce espressamente il dovere agli amministratori di attivarsi senza indugio per il superamento della crisi.

Il corretto adempimento dell'obbligo degli amministratori di attivarsi per il superamento della situazione di crisi passa attraverso l'esame e l'attuazione di 3 fasi fondamentali:

1. la diagnosi della situazione aziendale in cui si trova l'impresa (tipologia di crisi: temporanea o irreversibile);
2. la pianificazione degli interventi e delle operazioni necessarie a ripristinarne le condizioni di equilibrio economico patrimoniale e finanziario (*action plan*);
3. la scelta dello strumento giuridico previsto dal Codice della crisi¹¹ per la realizzazione degli interventi pianificati nel piano di risanamento.

Nell'effettuare tale adempimento occorre che gli amministratori tengano conto di 2 aspetti fondamentali: il primo è che il Codice della crisi attribuisce espressa preferenza alle soluzioni in continuità; il secondo che tale continuità deve essere comunque preordinata alla miglior soddisfazione dell'interesse dei creditori.

La responsabilità dell'organo amministrativo inherente ai profili della crisi d'impresa

La responsabilità civilistica degli amministratori è prevista verso la società ([articolo 2392](#), cod. civ.), verso i creditori sociali ([articolo 2394](#), cod. civ.)¹² e verso i singoli soci o terzi ([articolo 2395](#), cod. civ.).

La responsabilità verso la società discende dall'inosservanza dei doveri a essi imposti dalla legge – che sono da assolvere con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze; la responsabilità verso i creditori sociali deriva dall'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione del patrimonio sociale, mentre la responsabilità verso singoli soci o terzi deriva dal compimento di un atto illecito che procura un danno diretto al patrimonio del singolo socio o del terzo, indipendentemente dal fatto che ne sia derivato anche un danno al patrimonio della società.

¹¹ Il Codice della crisi ha innovato e ampliato il novero degli strumenti di regolazione della crisi, distinguendoli tra: i) strumenti negoziali stragiudiziali (accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento); ii) strumenti negoziali stragiudiziali soggetti a omologazione (accordo di ristrutturazione dei debiti ordinario; accordo di ristrutturazione agevolato; accordo di ristrutturazione a efficacia estesa; accordo di ristrutturazione a efficacia estesa con intermediari finanziari, convenzione di moratoria); iii) procedure di composizione della crisi da sovradebitamento (concordato minore); iv) concordato preventivo (liquidatorio o in continuità aziendale).

¹² Il Codice della crisi, all'articolo 378, ha uniformato la disciplina della responsabilità degli amministratori di Srl a quello delle Spa inserendo un nuovo comma nell'articolo 2476, cod. civ. prevedendo in maniera esplicita l'esperibilità dell'azione di responsabilità verso gli amministratori da parte dei creditori sociali.

Essendo quelle ora citate delle regole astratte di comportamento, sarà solo con riferimento al caso concreto, alla verifica di tutte le circostanze del caso specifico, che si potrà riempire di contenuto il dovere di diligenza. Di conseguenza la verifica del rispetto da parte degli amministratori dei doveri imposti dalla legge viene rimessa all'apprezzamento da parte del giudice con riferimento al caso concreto.

Ma non tutti i comportamenti e le scelte imprenditoriali, ancorché possano avere effetti sull'andamento economico dell'impresa, sono sindacabili a opera del giudice in quanto occorre tenere sempre ben distinti i concetti di *business judgement rule* e *rule of law*. Solo la violazione di quest'ultimo – cioè di doveri derivanti da vere e proprie regole di diritto – è idonea a generare responsabilità giuridica, mentre le ragioni di opportunità imprenditoriale e la valutazione del buono o del cattivo esito dell'attività d'impresa (*business judgement rule*) restano estranee a questo ambito, potendo semmai assumere rilievo soltanto nella dinamica del rapporto di fiducia che deve esistere tra i soci e chi amministra la società¹³. È principio giurisprudenziale ormai accettato quello per cui il sindacato del magistrato sulla diligenza degli amministratori non può investire il merito delle scelte di gestione ma solo l'omissione di quelle cautele verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per le scelte gestorie, nonché della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere¹⁴. Il sindacato può riguardare quindi la razionalità del processo decisionale che ha portato ad assumere una certa decisione. Nel giudizio sul processo decisionale rientra anche la c.d. inerenza razionale della decisione assunta rispetto alle informazioni ricevute e alle analisi effettuate e cioè la coerenza logica tra i presupposti della decisione e il contenuto della stessa¹⁵. Un ulteriore limite alla discrezionalità dell'organo amministrativo valutabile in termini di responsabilità riguarda l'assunzione di scelte del tutto ingiustificate o irragionevoli¹⁶.

Alla luce di questi principi, è possibile individuare una serie di possibili scenari relativi alla responsabilità degli amministratori che attengono allo stato di crisi di una società.

Effetti sugli atti di gestione

Alla luce dei principi sopra esposti la responsabilità per gli atti di gestione può riguardare solo le ipotesi di vizi di natura procedimentale derivanti dall'omissione di cautele o dalla mancata o insufficiente

¹³ Cassazione n. 3049/2013.

¹⁴ Cassazione n. 15470/2017.

¹⁵ G. Dongiacomo, "Insindacabilità delle scelte di gestione, adeguatezza degli assetti e onere della prova, in *Responsabilità degli amministratori e ruolo del giudice*", Milano, 2014, pag. 35.

¹⁶ Cassazione n. 3409/2013.

acquisizione di informazioni nell'assunzione delle decisioni. Una responsabilità sul contenuto della decisione può riguardare solo quelle ipotesi di decisioni irrazionali o arbitrarie.

In tale panorama, quindi, devono essere valutati anche i comportamenti gestori che possono condurre la società a uno stato di crisi. L'obbligo per gli amministratori di attuare scelte gestionali compatibili con la necessità di mantenere la continuità aziendale ricadono negli atti di natura discrezionale che non sono censurabili nel merito tranne le ipotesi di decisioni irrazionali o arbitrarie. Nell'ipotesi in cui l'atto risulti contestabile il giudizio sulla responsabilità richiede che venga accertata dal magistrato l'incidenza dell'atto gestorio sul danno e sulla relativa quantificazione del danno risarcibile.

Inadeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili per la rilevazione della crisi e della perdita di continuità aziendale

Una seconda area di possibile responsabilità può riguardare l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile. L'[articolo 375](#) del Codice, nel richiamare l'[articolo 3](#) del Codice (Doveri dell'imprenditore) esplicita che l'istituzione degli assetti organizzativo, amministrativo e contabile è un dovere gestionale dell'imprenditore in forma individuale o collettiva; ma tale obbligo deve essere costantemente monitorato e aggiornato come si legge esplicitamente nell'[articolo 14](#) del Codice che impone all'organo amministrativo di procedere senza soluzione di continuità a valutare l'adeguatezza di tali assetti.

L'assetto organizzativo, ai sensi dell'[articolo 12](#) del Codice, unitamente agli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli articoli 14 e [15](#) del Codice sono finalizzati alla tempestiva emersione dello stato di crisi dell'impresa e alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione.

La violazione di tale obbligo sia nell'aspetto statico (istituzione) sia in quello dinamico (monitoraggio e aggiornamento) si configura, quindi, come forma di responsabilità rispetto a un obbligo a contenuto specifico.

Secondo autorevole dottrina la mancata predisposizione di assetti organizzativi costituisce un inadempimento di gravità tale da assorbire la valutazione della diligenza e comporta una semplificazione sul piano probatorio dovendosi solo dimostrare il danno¹⁷.

Tanto precisato resta, pertanto, da verificare se e come, in relazione al criterio della adeguatezza degli assetti, l'imprenditore potrà proteggere le proprie scelte gestionali invocando la c.d. *business judgment*

¹⁷ F. Briolini, "Art. 2392, in *Le società per azioni Abbadesa Portale*", Milano, 2016, pag. 1390.

rule, ossia la non sindacabilità nel merito delle scelte da lui operate, con ciò quindi sottraendosi a un giudizio di responsabilità.

A tal proposito si rammenta che la insindacabilità delle scelte gestionali può essere opposta se le scelte sono conformi alla legge e allo statuto sociale, non contaminate da situazioni di conflitti d'interesse dei gestori, assunte all'esito di un procedimento di assunzione d'informazioni propedeutiche alla decisione gestoria adeguato alle dimensioni dell'impresa e all'incidenza della decisione sul suo patrimonio, razionalmente coerenti con le informazioni e le aspettative di risultato emerse dal procedimento istruttorio. Il limite a tale regola è identificato dalla Corte di Cassazione ([n. 15470/2017](#)) nella valutazione della ragionevolezza delle scelte gestionali stesse da compiersi sia *ex ante*, secondo i parametri di diligenza del mandatario, alla luce dell'[articolo 2392](#), cod. civ. (nel testo applicabile *ratione temporis*), sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere¹⁸.

È indubbio, sotto il profilo statico, che la mancata configurazione e dotazione di assetti adeguati sfugge alla regola della *business judgment rule*, poiché configura, come anticipato, una violazione a un espresso dovere di gestione. In tal senso il Tribunale di Milano, Sezione Specializzata in materia di impresa nell'ordinanza 21 aprile 2017 già aveva identificato quale grave irregolarità giustificante la revoca la mancata istituzione di adeguati assetti organizzativi.

Sotto il profilo dinamico, invece, come osservato, il come in concreto strutturare gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società, al fine di soddisfare il criterio dell'adeguatezza in funzione delle 2 dimensioni normativamente rilevanti della natura e dimensione dell'impresa, rimane una scelta afferente, in ultima istanza, al merito gestoria. Per essa vale quindi il criterio dell'insindacabilità delle scelte gestorie, ma nei limiti in cui la scelta effettuata non sia *ab origine* connotata da un'oggettiva imprudenza in relazione al quadro concreto di riferimento, tenuto conto dei generali doveri di adozione delle cautele e di effettuazione delle verifiche che, in base alla diligenza richiesta dalla natura dell'incarico, appaiano necessarie per assumere la decisione gestoria¹⁹.

¹⁸ Il giudizio sulla responsabilità deve verificare se l'assetto sia adeguato a garantire l'affidabilità delle informazioni, l'individuazione dei rischi di crisi e perdita di continuità aziendale, la chiara definizione di gerarchie e competenze. Gli amministratori rispondono, dunque, se non hanno predisposto misure organizzative, amministrative e contabili che consentano di registrare anomalie finanziarie, reddituali e patrimoniali; se non aggiornano le procedure alle *best practices* contabili e finanziarie; se non prevedono flussi informativi adeguati a fare circolare in modo tempestivo le informazioni utili a registrare tempestivamente segnali di difficoltà e pericoli per la continuità aziendale.

¹⁹ G. Meruzzi, *“L'adeguatezza degli Assetti”* in *“Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali”*, opera diretta da M. Irrera.

Tardiva percezione o inadeguata reazione in presenza di uno stato di crisi o di perdita di continuità aziendale

Una terza area di possibile responsabilità può sorgere qualora l'organo amministrativo ponga in essere comportamenti non coerenti con il manifestarsi dei sintomi della crisi, riconducibili in particolare modo all'inosservanza dell'obbligo di attivazione senza indugio per l'adozione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi o per il recupero della continuità aziendale.

Al riguardo bisogna verificare se l'assetto organizzativo consenta di monitorare costantemente la situazione patrimoniale economica e finanziaria della società, condizione a cui corrispondono diverse ipotesi di responsabilità dell'organo amministrativo.

La prima è quella per cui la mancata attivazione tempestiva è conseguenza di una carenza o di una scarsa qualità delle informazioni a loro volta derivanti da una inadeguatezza o inaffidabilità degli assetti o delle procedure. In questo caso sussiste una responsabilità degli amministratori negli stessi termini in cui è possibile configurare una responsabilità per inadeguatezza dell'assetto. La responsabilità potrebbe discendere cioè dalla combinazione di disorganizzazione e disinformazione.

La seconda è quella in cui l'amministratore non si attivi, pur avendo avuto percezione dello stato di crisi o della perdita di continuità aziendale attraverso le informazioni ricevute. In questo caso l'organo amministrativo può essere ritenuto responsabile per non avere adempiuto a uno specifico e puntuale obbligo di legge, nonostante i flussi informativi fossero in linea di principio efficienti e gli assetti adeguati.

La terza è quella in cui l'amministratore si attivi, ma in ritardo. Qui il giudizio (e per l'effetto, la responsabilità) dipende dalla valutazione complessiva delle circostanze potendo, ancora una volta, ravvisarsi inadeguatezza organizzativa, che si traduce in un intervento tardivo, o da negligenza degli amministratori che non si attivino nonostante la percezione della crisi per ragioni diverse che comportano comunque inefficienza nel controllo sulla gestione. Il ritardo può tuttavia anche non determinare un pregiudizio irreversibile, ma al limite un pregiudizio di natura patrimoniale alla società o ai creditori per erosione delle risorse patrimoniali e finanziarie.

Contenuto del piano e scelta dello strumento di gestione della crisi o di recupero della continuità aziendale

La scelta dello strumento giuridico utilizzato e del contenuto del piano annesso volti a superare lo stato di crisi e a recuperare la continuità aziendale costituisce un ulteriore aspetto da valutare con particolare

attenzione da parte degli amministratori che possono in teoria essere chiamati a rispondere delle scelte operate.

Per quanto riguarda la scelta dello strumento giuridico, abbiamo un vincolo normativo. Mentre nel caso di perdita della continuità aziendale, l'organo amministrativo deve muoversi necessariamente nel contesto degli strumenti ordinari di natura civilistica (aumento capitale, ristrutturazione debiti, etc.), nel caso di situazione di crisi esso deve, invece, ricorrere agli strumenti giuridici indicati all'interno del Codice della crisi. Sotto questo profilo, quindi, si tratta di un'attività vincolata che non presuppone alcuna discrezionalità.

All'interno di questo vincolo (strumenti ordinari in caso di perdita della continuità aziendale/istituti concorsuali in caso di crisi), la scelta concreta dello strumento giuridico da utilizzare all'interno di tali categorie e il contenuto del piano appartengono al novero degli atti di gestione. Essi sono da valutare alla luce delle regole generali che, in base ai principi della *business judgment rule*, escludono una valutazione di merito e affermano la responsabilità per le ipotesi di decisioni irrazionali o arbitrarie ovvero per i vizi di natura procedimentale derivanti dall'omissione di cautele o dalla mancata o insufficiente acquisizione di informazioni nell'assunzione delle decisioni.

La responsabilità degli amministratori in ordine al contenuto del piano e agli strumenti giuridici per attuarlo può in teoria derivare:

- a) da un processo decisionale non idoneo;
- b) dalla non coerenza del piano e dello strumento di realizzazione con i presupposti in base ai quali essi sono stati redatti;
- c) dall'infondatezza o dall'irragionevolezza dei presupposti posti alla base del piano e dello strumento²⁰.

Compiti e responsabilità degli organi di controllo societari

Gli amministratori non sono più gli unici soggetti coinvolti nella predisposizione e nel corretto funzionamento di un adeguato sistema organizzativo d'impresa. La normativa sulla crisi d'impresa è intervenuta anche sui compiti e doveri dell'organo di controllo²¹ e del revisore o della società di revisione²² con l'obiettivo di far emergere precocemente i segnali della crisi.

²⁰ N. Baccetti, "La gestione delle società di capitali in crisi tra perdita della continuità aziendale ed eccessivo indebitamento", in Riv. Soc. 2016, pag. 619.

²¹ Per organo di controllo, sono da intendere: nel sistema tradizionale, il sindaco unico o il collegio sindacale; nel sistema monistico, il Comitato per il controllo sulla gestione; nel sistema dualistico, il consiglio di sorveglianza.

²² Per revisore e società di revisione, si intende il revisore (o la società di revisione) incaricati della revisione legale del bilancio d'esercizio o consolidato effettuata in conformità delle disposizioni del codice civile e del D.Lgs. 39/2010.

In particolare, gli organi di controllo societari, nell'esercizio delle loro funzioni, avranno il compito di verificare periodicamente che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative:

- l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa;
- la sussistenza dell'equilibrio economico e finanziario;
- il prevedibile andamento della gestione.

È stato, altresì, posto a carico dell'organo di controllo e del revisore l'obbligo di intercettare precocemente i segnali di crisi d'impresa e adottare provvedimenti immediati e tempestivi per il riequilibrio aziendale, prevedendo, a loro carico, il dovere di segnalazione (c.d. sistemi di allerta) all'organo di amministrazione dell'esistenza di fondati indizi di crisi, rappresentati dagli indicatori finanziari, economici e patrimoniali elaborati dal Cndcec.

Nel dettaglio, in caso di fondati indizi della crisi, i sindaci e revisori sono obbligati a norma dell'[articolo 14](#) del Codice:

- procedere alla comunicazione all'organo amministrativo, a mezzo di pec o comunque con mezzi idonei che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione, fissando una data non superiore a 30 giorni entro il quale lo stesso, anche a mezzo di un delegato, dovrà riferire le motivazioni in merito alla eventuale fondatezza dell'indizio della crisi posto a base della segnalazione in merito alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese o da intraprendere;
- in caso di omessa e inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione, nei 60 giorni successivi, delle misure necessarie per superare lo stato di crisi, l'organo di controllo dovrà informare, senza indugio, l'organismo di composizione crisi d'impresa (Ocri) istituito presso ciascuna CCIAA, al fine di attivare la procedura d'allerta, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni.

Questi obblighi riguardano: gli organi di controllo e i revisori contabili o la società di revisione, che a norma dell'articolo 14, comma 1, del Codice, devono essere esercitate da ciascuna figura *“nell'ambito delle proprie funzioni”*.

Questa previsione sembra indicare che tali attività sono da ricondurre nell'ambito dell'esercizio delle funzioni tipiche e proprie a essi affidate dall'ordinamento in base ai principi generali e non possono essere intese nel senso di ampliare le competenze delle suddette figure²³.

Il dovere di vigilanza dell'organo di controllo sull'adeguatezza degli assetti dovrebbe avere a oggetto, secondo la dottrina²⁴, *“da un lato, l'esistenza di un'idonea organizzazione per funzioni e di processi e*

²³ In tal senso P. Benazzo, *“Il Codice della crisi d'impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?”*, in Riv. soc., 2019, pag. 291.

²⁴ P. Sfameni, *“Art. 2403”*, in *“Le società per azioni Abbadessa Portale”*, Milano, 2016, p. 1593.

procedure idonei a regolare l'attività di gestione, dall'altro, il controllo sulla corretta attuazione dei processi e delle procedure”.

È da riconoscere un ruolo di vigilanza dei sindaci, sulla base dei compiti loro assegnati dalle regole generali, anche in ordine alla valutazione dell'equilibrio finanziario dell'impresa e al prevedibile andamento della gestione. Infatti, il dovere di gestire con diligenza l'impresa societaria, che si colloca all'interno dei principi di corretta amministrazione, comporta il dovere di assicurare le condizioni per la salvaguardia ed efficienza dell'attività d'impresa, preservando la continuità aziendale. In tale ottica, il collegio sindacale può essere chiamato a valutare non solo i singoli atti di gestione ma anche l'attività in senso più complessivo, al fine di valutare il rispetto della corretta amministrazione nell'ottica di salvaguardia della continuità aziendale.

Per quanto riguarda i doveri di vigilanza dei revisori, se pure essi sono di natura specifica, in quanto funzionale all'espressione di un giudizio sulla corretta predisposizione del bilancio d'esercizio e consolidato, è pure vero che essi, in base alle prescrizioni contenute nei principi di revisione, devono svolgere specifiche verifiche sul sistema di controllo interno dell'impresa (limitate ai profili rilevanti per la revisione)²⁵ e specifiche verifiche per la valutazione del rischio inerente la capacità dell'impresa di continuare a operare come un'entità in funzionamento che implica una valutazione dell'equilibrio finanziario dell'impresa e del prevedibile andamento della gestione²⁶.

Al fine di consentire agli organi di controllo societari di svolgere in modo efficiente il proprio ruolo di verifica sull'equilibrio economico finanziario, l'[articolo 14](#), comma 4 del Codice si impone alle banche e agli intermediari finanziari *ex* [articolo 106](#), Tub di rendere note anche agli organi di controllo le variazioni, le revisioni o le revoche degli affidamenti nel momento in cui sono comunicate al cliente.

La responsabilità dell'organo di controllo inerente ai profili della crisi d'impresa

Agli obblighi posti in capo all'organo di controllo corrisponde un altrettanto importante profilo di responsabilità che ovviamente inerisce non solo la mancata effettuazione dei controlli ma, soprattutto, come confermato anche da una recente pronuncia della Corte di Cassazione, [n. 21662/2018](#), l'assenza di reazione agli atti di *mala gestio*, che integra l'azione di responsabilità per non aver assolto al dovere di vigilanza. L'elemento della colpa rileva quindi sotto 2 profili: colpa della conoscenza e colpa nell'attivazione. La reazione dell'organo di controllo alla rilevazione di atti potenzialmente dannosi deve essere fattiva con la segnalazione all'assemblea dei soci, ove ne riscontri gli estremi all'autorità

²⁵ Principio Isa Italia n. 315, § 12 e A42-A65.

²⁶ Principio Isa Italia n. 570, § 9 e 11.

giudiziaria fino a pretendere dall'organo amministrativo azioni correttive. In mancanza di tali azioni qualora dall'amministratore siano state poste in essere operazioni illecite l'organo di controllo concorre nell'illecito civile per omesso esercizio del potere-dovere di controllo.

Sotto il profilo della responsabilità i sindaci sono soggetti alla responsabilità (c.d. esclusiva) civile prevista dall'[articolo 2407](#), comma 1, cod. civ. con una previsione di responsabilità che si estende ai sensi del successivo comma 2, articolo 2407, cod. civ. anche ai fatti e alle omissioni degli amministratori (in tale evenienza si parla di “responsabilità concorrente”) se tali fatti o omissioni hanno generato un danno che sarebbe potuto essere evitato se avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

Lì dove poi il collegio sindacale sia incaricato anche della revisione legale dei conti, aumentano i doveri e, conseguentemente, si allarga il campo delle responsabilità verso la società, i soci e i terzi danneggiati per i danni derivanti dall'inadempimento dei loro doveri attinenti la specifica attività di revisione.

Un'ulteriore responsabilità posta a carico dei sindaci è quella penale nelle specifiche ipotesi di false comunicazioni sociali e impedito controllo (articoli [2621](#), [2622](#) e [2625](#), cod. civ.).

Con riferimento all'obbligo di segnalazione di cui all'[articolo 14](#) del Codice, sopra dettagliato, posto in capo agli organi di controllo societario in presenza di fondati indizi di crisi la responsabilità conseguente all'inosservanza delle modalità e dei tempi previsti dalla norma per l'effettuazione delle relative segnalazioni è quella della *culpa in vigilando* da cui scaturisce una responsabilità solidale con gli amministratori ai sensi dell'articolo 2407, comma 2, cod. civ..

Ai fini dell'esonero da tale responsabilità l'articolo 14, comma 3 del Codice, dispone che:

“la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo. L'esonero non copre gli atti o le omissioni che siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione. Nei casi in cui l'organo amministrativo non si attivi o dia una risposta inadeguata, l'esonero vale solo nel caso in cui sia anche la segnalazione all'Ocri”.

Conclusioni

Alla luce di quanto sopra si intuisce che il principale soggetto responsabile del sistema di allerta interno rimane sempre l'amministratore. I sindaci e revisori sono “solo” un supporto esterno al monitoraggio del sistema di allerta interno che devono svolgere un ruolo proattivo (*forward-looking*), ma la cui presenza non esonera l'amministratore dall'implementazione dei sistemi di allerta dalla pianificazione strategica e controllo.

Infatti, ai sindaci e revisori, ciascuno tra l’altro nell’ambito delle proprie funzioni e competenze (ai sensi dell’[articolo 14](#) del Codice), è richiesto di intervenire in via suppletiva, effettuando la segnalazione di allerta solo nei casi di inerzia dell’amministrazione. La segnalazione deve essere fatta prima allo stesso organo amministrativo e poi all’Ocri, sulla base delle rilevazioni degli indicatori di *early warnings* previsti dall’[articolo 13](#) del Codice.

L’aspetto chiave della riforma è riassunto dalla volontà indiscutibile di rendere gli organi di controllo interni capaci di alzare la testa dalle loro pratiche quotidiane per guardarsi intorno e guardare avanti verso ciò che sarà il futuro dell’azienda. La nuova normativa infatti, pretende che l’imprenditoria adotti una mentalità “*forward-looking*”. Una mentalità rivolta al futuro, anziché “*backward-looking*”, concentrata sull’analisi dei dati a consuntivo e sulla risoluzione dei problemi emersi da queste analisi spesso tardive. Tale approccio richiede però un assetto mentale completamente diverso da quello mediamente diffuso nelle pmi italiane.