

Titolo: Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria



RIVISTA
DELLE SOCIETÀ

Fonte: Rivista delle Società', fasc.02-03, 1 GIUGNO 2017, pag. 311

Autori: Vincenzo De Sensi

Classificazione: [AZIENDA - In genere](#)

Sommario

Sommario: 1. Inquadramento Del Tema E Delimitazione Dell'indagine. — 2. Il Contesto: Dagli Ordinamenti Di Settore Alla Disciplina Di Diritto Comune Degli Adeguati Assetti Organizzativi. — 3. Emerging Insolvency E Pianificazione Degli Interventi In Caso Di Crisi. — 4. Uno Sguardo Comparatistico. — 5. Impatti Problematici Del Nuovo Contesto E Della Nuova Sensibilità Per La Prevenzione Della Crisi. — 6. Adeguato Assetto Organizzativo Nell'attuale Disciplina. — 7. Rilevanza Della Circolazione Delle Informazioni Ed Incidenza Sui Profili Di Crisi: Una Prima Considerazione. — 8. Progressiva Evoluzione Degli Adeguati Assetti: Dall'intestazione Dell'obbligo All'identificazione Di Specifiche Finalità. — 9. Nella Prospettiva De Iure Condendo: Necessità Di Raccordo Tra Adeguati Assetti Organizzativi, Circolazione Delle Informazioni E Ruolo Degli Organi Di Vigilanza E Controllo In Rapporto Alla Competenza Gestoria Degli Amministratori. — 10. Il Contenuto Degli Adeguati Assetti Organizzativi E Riflessi Sui Doveri Gestionali E Di Controllo. — 11. Emersione Precoce Della Crisi, Pianificazione Degli Interventi E Valorizzazione Dei Profili Dinamici Degli Adeguati Assetti Organizzativi. — 12. Adeguati Assetti E Business Judgment Rule. — 13. Possibili Riflessi Sulla Responsabilità Per La Gestione Della Crisi E Della Perdita Di Continuità Aziendale. — 14. Approdo (Non) Conclusivo.

1. Il disegno di legge delega approvato dalla Camera dei Deputati il 1° febbraio 2017, n. 3671-*bis*, di riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza (di seguito riforma *Rordorf*) presenta ampi profili di rilevanza per il diritto societario. Tra questi spicca quello attinente all'adeguato assetto organizzativo ed alla valorizzazione del ruolo degli organi di controllo e di vigilanza (1) per l'emersione precoce della crisi. Con ciò confermando, sempre più, che la crisi è questione che riguarda la *corporate* e l'*internal governance* societaria e che ha impatto sui criteri di gestione e controllo. Questo aspetto sollecita l'esigenza di ripensare i doveri degli organi societari fino ad ora esaminati soprattutto in rapporto alla crisi in atto o alla fase pre-concorsuale, mentre l'orientamento che va sempre più emergendo è quello di incentivare azioni preventive e di monitoraggio della continuità aziendale (2).

Un ulteriore tassello, che proveremo a collocare in questo mosaico in divenire, è quello di poter prefigurare un'anticipata pianificazione degli interventi e dei rimedi da attuare nello scenario di crisi quale dovere insito in quello di adottare adeguati assetti organizzativi per la sua tempestiva rilevazione, preconizzato dalla riforma *Rordorf* in capo agli organi di gestione.

La nostra riflessione, muovendo anche dal dibattito in corso, vuole dunque indagare questa prospettiva in cui sembra collocarsi il progetto di riforma citato, così come emerge da alcune norme del disegno di legge delega. Ci si riferisce in particolare alle seguenti. L'art. 2, laddove al primo comma, lett. d), si indicano anche gli organi di controllo e vigilanza tra i soggetti legittimati ad avviare l'unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi e di insolvenza.

L'art. 4, lett. c), in base al quale, nell'esercizio della delega, il Governo disciplina procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, ponendo a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e della società di revisione, l'obbligo di avvisare immediatamente l'organo amministrativo dell'esistenza di

fondati indizi della crisi e, in caso di omessa o inadeguata risposta, di informare direttamente l'organo di composizione della crisi. Coinvolgimento degli organi di controllo che può aversi anche indirettamente laddove, secondo la lett. *d*), siano i creditori qualificati come l'Agenzia delle Entrate, gli Agenti della riscossione, gli Enti previdenziali a segnalare inadempimenti di importo rilevante.

Ed infine l'art. 14, nel delineare le modifiche da apportare al codice civile, indica alla lettera *b*) la previsione del dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la «rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale», nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale.

L'assetto organizzativo tende a divenire un presidio strutturale per le c.d. *special situations* contribuendo così ad una nuova visione del diritto della crisi sensibile alle strategie gestionali ed alle esigenze di mercato (3). Ciò in risposta — sul piano organizzativo — all'idea che la rilevazione tempestiva della crisi, la pianificazione ed attuazione degli interventi per la sua prevenzione ed i rimedi giuridici utilizzabili rientrano nella gestione dell'impresa, per la quale occorre adottare appunto un adeguato assetto organizzativo (4).

Le prospettive di riforma sembrano inoltre aggiungere un ulteriore parametro dell'adeguatezza degli assetti. Mentre il codice fa riferimento ad un dato qualitativo e quantitativo: natura e dimensioni dell'impresa; la modifica prospettata fa invece riferimento ad un dato finalistico ovvero, da un lato, la tempestiva rilevazione della crisi e della perdita di continuità aziendale e, dall'altro, l'attivazione dei rimedi per recuperare tale continuità.

In altri termini, il legislatore delegante vuole che l'adeguatezza dell'organizzazione sia valutata rispetto alla sua idoneità a realizzare tale duplice finalità di rilevazione e risoluzione della crisi, in un'ottica privilegiata di recupero di continuità.

Il che, come vedremo, implica una maggiore valorizzazione della circolazione delle informazioni nell'ambito della struttura organizzativa dell'impresa. Ed infatti mentre l'adeguato assetto organizzativo, secondo l'attuale disciplina, si declina nel concreto attraverso la predisposizione di procedure e strutture interne con articolazione di organigrammi e funzioni (5); l'adeguato assetto organizzativo finalizzato alla rilevazione della crisi assume un connotato più dinamico, incentrato soprattutto sulla condivisione più stringente di flussi informativi; peraltro, come noto, già previsto nell'attuale impianto codicistico. E ciò soprattutto nell'ottica dell'operatività del futuro sistema di allerta e di composizione assistita della crisi.

Possiamo dire che nel pensiero sotteso alla c.d. riforma *Rordorf*, le rinnovate modalità di prevenzione e gestione concorsuale della crisi avranno dei riflessi sull'organizzazione della stessa impresa, soprattutto nella sua configurazione societaria, nonché sui modelli di utilità perseguiti dagli **amministratori** in questo speciale frangente (6).

La nostra analisi vuole dunque sollevare alcune questioni di fondo che riguardano tre profili: i flussi informativi, i doveri e le competenze decisionali, nonché la configurazione della **responsabilità** gestoria in relazione alla crisi.

Per far questo si partirà da una riflessione iniziale, per così dire di contesto, che illustra — in tratti sintetici — l'evoluzione della sensibilità normativa per gli adeguati assetti e delle riflessioni dottrinali sul punto, per poi proseguire con una valutazione comparatistica, con una analisi dell'attuale assetto normativo e degli elementi di valutazione che da esso è possibile trarre, nonché di quelli rivenienti dalla riforma *Rordorf*; per approdare infine ad una riflessione su quelli che potrebbero essere i corollari di questa impostazione per così dire societaria e gestionale del diritto della crisi in relazione ai profili di **responsabilità**.

2. La rilevanza della dimensione organizzativa e la correlazione funzionale tra *corporate* ed *internal governance* entra nel diritto societario comune a seguito della riforma del 2003, la quale sul punto recepisce quanto sin a quel momento era venuto a maturare negli ordinamenti di settore delle società quotate, bancario e finanziario. La positiva refluenza di questi ordinamenti su quello societario di diritto comune si percepisce ad esempio sul piano dei principi di corretta amministrazione e sulla formulazione letterale dell'art. 149, lett. *b*, T.U.F., e degli artt. 2403 c.c. e 2409-*octiesdecies*, comma 1, c.c..

Il primo articolo, come noto, relativo alle società quotate prevede che il collegio sindacale vigili sul rispetto della legge e dello statuto, nonché sull'attuazione dei principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza degli assetti (7). Compiti questi che ritroviamo nella disciplina del collegio sindacale, del consiglio di sorveglianza e, secondo autorevole e condivisibile opinione (8), anche del comitato per il controllo sulla gestione nel sistema monistico. Per cui, i principi di corretta amministrazione, elaborati a livello aziendalistico e recepiti nella disciplina delle quotate sono poi penetrati in quella ordinaria in un percorso evolutivo segnato dalla consapevolezza della rilevanza dell'organizzazione (9) per il corretto svolgimento dell'impresa.

Il passaggio poi dal principio di corretta amministrazione a quello degli adeguati assetti organizzativi è stato più che breve, atteso che questi sono attuazione concreta di tale principio generale. Da qui allora le previsioni

codicistiche, cui faremo un sintetico cenno nel prosieguo, circa la cura degli assetti organizzativi ed il controllo e la vigilanza sulla loro attuazione e sul loro concreto funzionamento.

Come dicevamo, ampia risonanza del principio di corretta amministrazione e dei riflessi sugli assetti si è registrata anche nella disciplina delle banche e degli intermediari del mercato mobiliare. Basti qui richiamare gli artt. 53, comma 1, lett. d) e 67, comma 1, lett. d) del T.U.B., nonché l'art. 6, comma 2-*bis*, del T.U.F. Queste norme, nel disciplinare il potere delle Autorità di vigilanza, prevedono che, nelle rispettive competenze, Banca d'Italia e Consob emanino disposizioni di carattere generale che hanno ad oggetto il contenimento del rischio nelle sue varie configurazioni, il governo societario e l'organizzazione amministrativa e contabile, nonché il sistema di controllo interno [\(10\)](#).

Il tema degli assetti non nasce dunque con la riforma societaria del 2003 avendo avuto invece ampia risonanza già prima negli ordinamenti segnalati e nelle norme in breve richiamate. Non solo, ma in questi ordinamenti di settore è andata anche definendosi l'idea che vi fosse una correlazione tra adeguatezza degli assetti e migliore gestione del rischio di impresa. In effetti, nelle norme da ultimo citate questo dato emerge in punto di disciplina regolamentare per il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni.

Una correlazione che è stata ad esempio colta nella disciplina Mifid degli intermediari del mercato finanziario in rapporto a quel livello di controllo che riguarda proprio il rischio variamente declinato: di credito, di mercato, operativo, reputazionale, strategico etc.

Ecco dunque che il contesto di riferimento offre due coordinate di interesse. La prima è che il principio di corretta amministrazione è tutt'altro che astratto; esso invece esige in concreto assetti organizzativi adeguati, attingendo ai risultati della scienza aziendalistica per arricchire i modelli organizzativi e dando ad essi valenza giuridica. La seconda è la correlazione tra adeguati assetti e gestione del rischio che evidentemente non può che implicare anche quello di crisi e di insolvenza.

Dalla combinazione di queste due coordinate, possiamo dire che sia venuto emergendo il secondo tema che torna utile alla nostra riflessione, ovvero quello della continuità aziendale e del suo monitoraggio.

Ed infatti, lo stesso impianto di disciplina citato a proposito degli assetti organizzativi degli intermediari, delle società quotate e delle banche prevede proprio il monitoraggio della continuità aziendale. In questo senso rilevano diverse norme, in particolare: gli artt. 6, comma 2-*bis*, e 156 del T.U.F. e l'art. 52 del T.U.B.. I primi due articoli rispettivamente affidano alla disciplina regolamentare di Banca d'Italia e Consob l'individuazione degli obblighi degli intermediari in materia di continuità aziendale ed al revisore legale dei conti il dovere di informare tempestivamente la Consob in caso di dubbi significativi sulla continuità aziendale; il terzo articolo citato prevede esplicitamente che il soggetto incaricato della revisione legale dei conti comunica senza indugio a Banca d'Italia gli atti o i fatti che possano pregiudicare la continuità dell'impresa.

Ed ancora, il valore pregnante della continuità aziendale e del suo costante controllo informa i principi di revisione legale dei conti n. 570 e IAS 1, par. 24, che impongono appunto al revisore legale dei conti, ex art. 11 del d.lg. 27 gennaio 2010, n. 39, di verificare la sussistenza del presupposto della continuità aziendale della società soggetta a revisione legale. Così come, le norme di comportamento del Collegio Sindacale, predisposte dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, prevedono esplicitamente il controllo da parte di tale organo sugli elementi di sussistenza della continuità aziendale [\(11\)](#).

Questo percorso evolutivo è stato colto dal recente dibattito dottrinale nel quale si può in effetti ravvisare la sensibilità per il nuovo approccio alla gestione della crisi e per la sua correlazione con la *governance* societaria. Volendo definire in breve i termini di tale dibattito, si può dire che emergano due significativi, quanto collegati orientamenti.

Il primo, più attento agli aspetti legati alla continuità aziendale ed al suo costante monitoraggio da parte degli organi di gestione e controllo. Questo orientamento [\(12\)](#) prende in considerazione in particolare le problematiche relative alla portata dei doveri gestionali degli **amministratori** ed al conflitto che si può generare, nel momento della crisi, tra gli interessi dei soci alla massimizzazione del valore della loro partecipazione e quello dei creditori ad essere soddisfatti, giungendo alla conclusione che la funzionalizzazione di tali doveri rispetto agli interessi dei creditori potrebbe provocare una perniciosa delimitazione della libertà gestionale degli **amministratori**.

Un secondo orientamento [\(13\)](#) si muove nell'ottica privilegiata della prevenzione che passa attraverso il monitoraggio dell'andamento dell'attività e che lascia intravedere un dovere di pianificazione degli interventi e dei rimedi prima ancora che lo scenario di crisi si manifesti.

Dunque, da questa breve descrizione di contesto è dato registrare una progressiva correlazione tra principi di corretta amministrazione, adeguati assetti e monitoraggio della continuità aziendale che vedremo, nel corso della nostra indagine, divenire l'asse intorno al quale ruota il collegamento funzionale tra *corporate* e *internal governance* nella disciplina societaria di diritto comune.

3. L'attenzione per la continuità aziendale, nei diversi livelli normativi esaminati, ha consentito di sviluppare

un nuovo approccio alla crisi di impresa informato al principio della precoce emersione degli indizi iniziali. Del resto, per avere ulteriore conferma di quanto evidenziato, basti solo osservare il criterio di redazione del bilancio di esercizio di cui all'art. 2423-*bis* c.c. secondo il quale la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività. Questa nuova sensibilità, declinata quale *emerging insolvency*, è venuta via via definendosi ed ha finito per orientare sempre di più l'idea che la garanzia per i creditori non può prescindere dal valore della continuità.

Se la continuità aziendale è la capacità dell'impresa di svolgere la propria attività in un prevedibile futuro, ne deriva l'importanza della pianificazione (14) degli interventi da adottare nel momento della crisi e dunque quando la continuità inizia ad essere pregiudicata.

Questo ulteriore tassello evolutivo lo ritroviamo ad esempio nella nuova disciplina delle misure di intervento precoce (*early intervention*) per prevenire e gestire le crisi bancarie ed in particolare nella previsione di cui all'art. 69-*quater* T.U.B. secondo la quale le banche si dotano di un piano di risanamento individuale, approvato dagli **amministratori**, che prevede l'adozione di misure volte al riequilibrio patrimoniale e finanziario in caso di suo significativo deterioramento.

Ed ancora, più di recente, la nuova disciplina delle società a controllo pubblico di cui al d.lg. 19 agosto 2016, n. 175, all'art. 6, comma 2, prevede l'obbligo di predisposizione di specifici programmi di valutazione del rischio di crisi dandone informazione all'assemblea.

Ed allora, il criterio di delega di cui all'art. 14, lettera b), della c.d. riforma *Rordorf* non può di certo sorprendere nella misura in cui prevede la modifica del codice civile con la previsione del dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale.

4. Questa idea di fondo, che pervade la riforma *Rordorf*, di emersione anticipata della crisi e di predisposizione di un adeguato assetto per tale scopo, nonché la tendenza a porre sempre maggiore attenzione alla continuità aziendale, trova riscontro anche in un'analisi comparatistica di altri ordinamenti dai quali il nostro legislatore trae spesso ispirazione (15).

Il dato di fondo che vedremo emergere da questa, pur contenuta, analisi è nel senso che l'incentivo a far emergere tempestivamente la crisi e la perdita di continuità aziendale viene tendenzialmente attivato sul piano della **responsabilità** gestoria degli **amministratori**, sul presupposto che nel momento della crisi, secondo la c.d. *duty shifting doctrine*, si realizzerebbe uno scivolamento dei doveri degli **amministratori** verso la tutela dei creditori piuttosto che della compagine societaria (16).

Questo aspetto è abbastanza enfatizzato nel Regno Unito ed in particolare nel *wrongful trading* di cui alla sec. 214 dell'*Insolvency Act* che configura la **responsabilità** dei *directors*, nella fase per così dire crepuscolare dell'impresa (c.d. *twilight zone*), al ricorrere di due presupposti: oggettivo e soggettivo (17).

Quello oggettivo riguarda l'attivazione della procedura di liquidazione della società insolvente (*winding up proceeding*) e quindi l'apertura del concorso sul patrimonio da liquidare che, come noto, rappresenta un *common pool problem* che trova nella disciplina del soddisfacimento proporzionale, salve le cause di preferenza, la sua ordinata definizione. L'apertura della procedura ufficializza quindi il conflitto tra le pretese creditorie a fronte di un patrimonio tendenzialmente incapiente, con ciò integrando un momento cruciale di emersione degli interessi creditori rispetto ai quali andranno verificate le condotte dei *directors* (18).

Vi è poi il presupposto soggettivo che, in sostanza, si traduce in uno *standard* di comportamento, che mira a verificare se è stato perseguito ogni possibile tentativo (*every step*) nel momento in cui si provi che l'amministratore conosceva o avrebbe dovuto conoscere la situazione di compromissione della continuità aziendale.

Dalla combinazione di questi due presupposti, il sistema di gestione della crisi viene integrato da un regime di **responsabilità** che determina un incentivo a monitorare costantemente la continuità aziendale e ad adottare le misure adeguate per attenuare le perdite in capo al ceto creditorio. Peraltro, con criteri di imputazione che, come visto, prescindono da comportamenti fraudolenti, basandosi invece su colpevoli errori previsionali.

Più complessa è la realtà statunitense, a motivo del vivace e mai sopito dibattito sulla sussistenza di *fiduciary duties* da parte del *management* nei confronti dei creditori. A tale dibattuta questione, si affiancano orientamenti giurisprudenziali oscillanti in merito alla c.d. *deepening insolvency* ovvero alla configurazione della **responsabilità** degli **amministratori** per avere continuato l'attività di impresa pur in stato di insolvenza.

Senza voler ripercorrere l'articolato sviluppo giurisprudenziale di questo titolo di **responsabilità**, si può in questa sede ricordare una importante decisione della Corte del Delaware nel caso *Trenwick Group Inc.* (19). Con tale decisione la Corte ha affermato che gli **amministratori** non possono essere ritenuti responsabili dell'aumento dell'indebitamento della società laddove abbiano, con diligenza ed in buona fede, tentato un recupero della continuità aziendale, anche se poi tale tentativo sia risultato infruttuoso con aumento della

debitoria.

Tale decisione viene riportata come un momento di tramonto della c.d. *deepening insolvency* anche se in realtà si sono registrate decisioni di altre Corti in senso diverso (20). Non solo, ma la stessa sentenza della Corte del *Delaware* in effetti consente di ravvisare margini di **responsabilità** laddove la condotta sia stata fraudolenta o negligente.

Il che evidentemente comporta che il rispetto dello *standard* di diligenza, richiesto nel frangente concreto, implica il dovere per gli **amministratori** di una pronta cognizione delle condizioni dell'impresa e quindi della sua capacità di rimanere sul mercato secondo un piano di ragionevole previsione.

Infatti, nei casi in cui la **responsabilità** da *deepening insolvency* è stata riconosciuta sono state enucleate due condizioni essenziali. La prima si radica nella verifica di uno stato di *illiquidity* a seguito di un *balance sheet* o *cash flow test*; la seconda nella prognosi negativa circa la ragionevole prospettiva di continuazione dell'attività sociale. Da qui la possibile configurazione della **responsabilità** dei *managers* laddove non abbiano fatto tempestivo ricorso alla procedura di liquidazione o al *Chapter 11* per la ristrutturazione aziendale (21) o abbiano continuato l'attività senza alcuna ragionevole prospettiva di ripresa.

Per cui non si può del tutto dire che non sia configurabile un tale tipo di **responsabilità**, quanto piuttosto che essa è stata applicata nel diritto statunitense alle condizioni indicate anche nell'ottica di spingere gli **amministratori** a monitorare la continuità aziendale e ad approntare interventi precoci di risoluzione della crisi (22).

C'è da dire che questo sistema del diritto statunitense dipende anche dal fatto che non vi è una nozione normativa di stato di insolvenza e ciò evidentemente influenza il comportamento e le decisioni degli **amministratori** sotto una duplicità di profili.

Quello di monitorare costantemente la solvibilità dell'impresa, con l'uso delle tecniche proprie del *balance sheet test* o del *cash flow test*; e quello di valutare, nel momento in cui emergono segnali di squilibrio finanziario, la permanenza della continuità aziendale secondo una ragionevole previsione.

Il ricorso a *standard* comportamentali di diligenza è anche connesso alla circostanza che la normativa federale prescinde dalla sussistenza in concreto dello stato di insolvenza per accedere al *Chapter 7* (procedura di liquidazione) o al *Chapter 11* (procedura di ristrutturazione), essendo acquisita l'idea che l'opzione procedimentale debba essere collegata ad una strategia gestionale dell'impresa: o in termini di liquidazione o in termini di ristrutturazione e quindi di riposizionamento sul mercato (23).

Nel sistema statunitense possiamo dunque rilevare una diretta incidenza della normativa fallimentare sulle scelte di strategia aziendale nella prevenzione e nella gestione della crisi.

Un orientamento forse più orientato verso le *rules* lo riscontriamo invece nel sistema tedesco, fermo restando che anche in questo ordinamento si fa leva sulla **responsabilità** gestoria per spingere verso l'emersione precoce della crisi e della perdita di continuità aziendale.

Ed infatti si prevede che in presenza di uno stato di insolvenza (*Zahlungsunfähigkeit*) o di sovraindebitamento (*Überschuldung*) gli **amministratori** sono obbligati a ricorrere alla procedura di insolvenza (*Insolvenzverfahren*) senza esitazione e comunque non oltre tre settimane dalla manifestazione dello stato di crisi (24).

A questo obbligo si collega l'eventuale **responsabilità** da *Insolvenzverschleppung*, ovvero da ritardo nel ricorso alla procedura di insolvenza e quindi a seguito del trascinarsi dello stato di crisi senza l'adozione né di misure di risanamento né di sistemazione concorsuale del debito. Il sistema della **responsabilità** spinge quindi verso l'adozione tempestiva dei rimedi ordinamentali, prevedendo peraltro il divieto di eseguire pagamenti (*Zahlungsverbot*) nel frangente dell'insolvenza o del sovraindebitamento.

Sul punto va inoltre riportata la circostanza che, a seguito dell'inizio della crisi finanziaria del 2008, in Germania è stato modificato il testo del § 19 *InsO* — relativo al sovraindebitamento — al fine di evitare il ricorso alla procedura di insolvenza quando la continuazione dell'impresa risulti in prevalenza (*überwiegend*) verosimile.

In tal modo si è cercato di temperare l'automatismo del dovere di chiedere la procedura di insolvenza laddove le prospettive di continuità aziendale risultino verosimili — in grado prevalente — alla luce delle circostanze concrete. Si è cercato quindi, con la previsione di uno *standard* di diligenza previsionale, di attenuare il rigore applicativo della *rule*.

Questo evidentemente comporta un dovere di monitorare la continuità aziendale al fine di avere in tempo utile una previsione dell'insorgere dell'insolvenza (*Zukunftprognose*). Ed in effetti tale attitudine a cogliere in tempo i segnali di crisi, trova riscontro nel diritto azionario tedesco laddove, al § 91 *Abs. 2, AktG*, è previsto che gli **amministratori** debbano predisporre un sistema di controlli interno idoneo a garantire l'emersione anticipata della crisi e quindi ad assicurare in questo frangente un pronto intervento (25).

È dunque innegabile che nei sistemi concorsuali di riferimento sussista la tendenza ad anticipare gli interventi del *management* per evitare che l'eventuale protrazione dell'attività vada a svantaggio del ceto creditorio e

quindi per incentivare comportamenti diligenti e virtuosi capaci di cogliere in tempo i segnali di crisi per tentare il risanamento aziendale senza pregiudicare le ragioni creditorie (c.d. misure *win-win*).

5. Portando a sintesi quanto sin qui illustrato, si può dire che si registra la tendenza a far emergere tempestivamente la crisi ed a finalizzare i doveri e gli assetti per questo fine in un'ottica privilegiata di preservazione della continuità aziendale.

Orbene, questo nuovo approccio, sia di diritto interno che comparato, suscita una serie di questioni che in generale investono l'organizzazione dell'impresa societaria. L'ottica nella quale si colloca la nostra riflessione è però limitata — come detto — alla società per azioni e su questa dunque focalizzeremo l'attenzione.

Ci sembra di poter enucleare, come dicevamo, almeno tre livelli problematici sui quali riflettere.

a) Il primo riguarda i flussi informativi endosocietari e quindi le modalità, le procedure, i criteri attraverso i quali le informazioni vengono raccolte e fatte circolare tra gli organi societari, tra questi e la struttura operativa della società (26). L'emersione anticipata della crisi infatti impatta in modo diretto su questo cruciale aspetto ed in particolare sul modo di intendere e quindi applicare l'art. 2381, comma 5, c.c. in base al quale gli organi delegati riferiscono al consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto ed in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo.

Quale significato può assumere questa norma alla luce delle tendenze illustrate? E da essa quali doveri informativi, oltre che gestionali, è possibile trarre una volta che si colga la valenza centrale delle informazioni? Vedremo quanto siano rilevanti questi temi che, in effetti, esigono una più approfondita comprensione della correlazione tra assetti e circolazione delle informazioni che, invero, già può essere colta a livello di formulazione letterale della norma citata, la quale appunto sembra collegare in una endiadi i predicati verbali curare e riferire: curare gli assetti e riferire al *plenum*.

b) Un secondo livello problematico attiene alle competenze decisionali e gestorie in scenari di crisi. C'è da dire che un tale ordine di questioni si è di nuovo posto — seppure nell'ottica di evitare comportamenti ostruzionistici — all'indomani dell'ennesima riforma della legge fallimentare, a seguito del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito in legge 6 agosto 2015, n. 132, in punto di modifica dell'art. 185 l. fall. laddove si prevede la possibilità di nominare un amministratore giudiziario da parte del Tribunale nel caso in cui la società debitrice non dia esecuzione alla proposta di concordato di un terzo omologata dal Tribunale.

In effetti in questo caso la norma ha inteso risolvere il problema della mancata esecuzione della proposta del terzo a fronte dell'inerzia della società debitrice, prevedendo un meccanismo endoconcorsuale di interferenza gestionale di tipo giudiziale, così dando avvio a riflessioni più approfondite sul ruolo dei soci nello scenario di crisi.

Guardando invece alle prospettive della riforma *Rordorf*, in queste si pone una questione gestionale che sta ancora a monte, ovvero attinente alla legittimazione ad avviare la procedura unitaria di insolvenza che abbiamo visto essere attribuita anche agli organi di vigilanza e controllo.

Per cui, c'è da chiedersi se, in relazione al momento della crisi, la valorizzazione della sua prevenzione e del ruolo degli organi di vigilanza e controllo — così come prospettato dal disegno di legge delega *Rordorf* — presupponga o implichi un ampliamento del concetto di gestione e, in questo specifico frangente, un arretramento o meno della competenza gestoria esclusiva degli **amministratori** ex art. 2380-*bis* e art. 2409-*novies* c.c., quasi come se il concetto di gestione della crisi possa risultare in qualche modo più ampio di quello relativo all'attuazione dell'oggetto sociale (27).

c) Ed infine, un terzo ordine di riflessioni muove dal quesito se il sistema normativo, delineato dalla riforma *Rordorf*, potrà avere dei riflessi — ed in che termini — sui criteri di valutazione della **responsabilità** gestoria (28).

Tale quesito risuona con nuovi toni, in quanto la riflessione sul punto ha voluto sino ad ora dipanare i complessi dubbi circa i doveri gestionali ed i *fiduciary duties* degli **amministratori** nei confronti dei soci e dei creditori nel momento della crisi in atto (29). Oggi invece, le prospettive della riforma *Rordorf*, da un lato, ed il contesto che abbiamo tratteggiato, dall'altro, sottopongono a sollecitazione molte delle conclusioni raggiunte sul punto e richiamano l'attenzione sullo scenario della pre-crisi e della anticipata pianificazione degli interventi da adottare laddove questa dovesse poi verificarsi.

Si può allora pensare alla configurazione di una **responsabilità** degli organi di gestione nel caso in cui non sia stata fatta alcuna pianificazione, non vi sia stata alcuna attenzione agli indizi di pre-crisi e non sia stato adottato alcun assetto organizzativo a tal fine laddove poi si dovesse arrivare al fallimento con danno per i creditori ?

Orbene, nell'affrontare questi temi utilizzeremo un metodo deduttivo e cautamente predittivo per cercare di trarre, dall'attuale sistema e da quello che la riforma *Rordorf* vuole realizzare, una possibile configurazione dei doveri di informazione e gestori in relazione alla crisi ed alla sua tempestiva emersione (c.d. *emerging*

insolvency).

6. L'impostazione del diritto societario — *post* riforma del 2003 — vede nell'amministrazione e nel controllo una correlazione di concetti e di funzioni che si presenta del tutto strategica nella complessità della gestione societaria (30). Come noto la relativa disciplina è rubricata nel codice civile con il titolo "*Dell'amministrazione e del controllo*" che, oltre a contemplare i sistemi monistico e dualistico accanto a quello tradizionale, pone nell'informazione un cardine essenziale declinato sia in termini di dovere che di diritto.

Sappiamo che la norma di riferimento è l'art. 2381 c.c. ed in particolare i commi 3 e 5, i quali rispettivamente prevedono che: il *cda* valuta, sulla base delle informazioni ricevute, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; e gli organi delegati curano che tale assetto sia adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa (31).

Senza entrare nel dettaglio della specifica disciplina, è indubbio che in tutti e tre i sistemi di amministrazione e controllo si riscontra la valorizzazione dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo con un impianto di disciplina sostanzialmente omogeneo (32).

Il legislatore della riforma societaria ha quindi voluto sostituire il generico e problematico dovere di vigilanza sul generale andamento dell'attività con doveri ben specificati ed enucleati in termini di adeguatezza organizzativa, agire informato e rispetto dei principi di buona amministrazione, con ciò sviluppando e portando nel contesto del sistema codicistico assetti e criteri gestionali già acquisiti nella disciplina delle società quotate e nei settori bancario, finanziario ed assicurativo (33).

Il fatto quindi che sia stata prevista un'articolazione e specificazione delle competenze, anche in un'ottica di cooperazione interorganica, dimostra la centralità del momento organizzativo nella dinamica gestionale della società azionaria. Si tratta di un aspetto di peculiare rilievo nella misura in cui depone nel senso che essa si presenta non solo come organizzazione della compagine sociale, e quindi del modo in cui i soci stanno insieme nella società, ma in termini più pregnanti quale forma di organizzazione dell'impresa (34). Questo evidentemente comporta l'attitudine dell'organizzazione ad esprimere la vocazione strategica della gestione societaria per garantire che questa sia aderente ai continui mutamenti insiti nell'andamento dell'attività.

Lo sforzo del legislatore di predisporre un sistema organizzativo meglio delineato e specificato, nei doveri imputati ai diversi organi, si riflette poi nei tre pilastri (35) "*curare*", "*valutare*" e "*vigilare*".

Il verbo "*curare*" è utilizzato dall'art. 2381, comma 5, c.c. laddove dispone che «Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa (...)». L'uso di questo verbo ha implicazioni molto pratiche indicando, nell'ambito dei doveri degli organi delegati, quello di farsi carico della configurazione e del concreto funzionamento dell'assetto organizzativo, intervenendo laddove vengano colti momenti di inefficienza o inadeguatezza.

Il paradigma di confronto dello *standard* organizzativo richiesto nel concreto è duplice: natura e dimensioni dell'impresa.

Si potrebbe pensare che al riguardo il legislatore intenda alludere ad un concetto di impresa non solo in termini di attività economica, ma di organismo produttivo (36) composto da beni e persone la cui corretta unità funzionale in rapporto all'attività è garantita dall'appropriata cura degli assetti organizzativi.

Ne deriva che l'organizzazione presenta un momento statico nel suo configurarsi e strutturarsi, ed un momento dinamico nel suo concreto funzionamento ed adattamento alle dinamiche dell'attività. Tale dinamica è data proprio dal collegamento tra organizzazione ed impresa: per cui la prima verrà di continuo modulata in ragione dei mutamenti della seconda. Da qui l'appropriatezza del verbo "*curare*" il quale allude ad una continua attenzione che va prodigata alla dimensione organizzativa e dunque ad un interessamento sollecito e costante.

Del resto, una delle metafore a cui ricorre la scienza aziendalistica (37) per descrivere l'unità funzionale dell'organismo produttivo, e che a ben vedere conferma la pertinenza del verbo "*curare*", è proprio quella della pianta: le risorse e le competenze aziendali rappresentano le radici, mentre le singole aree strategiche di affari ne costituiscono i rami, la cui cura organizzativa consente lo sviluppo armonico della stessa pianta (38).

Se spetta agli organi delegati il compito di "*curare*" che l'assetto organizzativo sia adeguato, al *cda* ed al collegio sindacale spetta rispettivamente il compito di valutare e vigilare su tale adeguatezza. I rispettivi campi di competenza sono delineati dall'art. 2381, comma 3, c.c. e 2403, comma 1, c.c.

Anche in questo caso l'uso dei verbi — che designano appunto l'azione richiesta — "*valutare*" e "*vigilare*" non è casuale anche se la contiguità del loro significato potrebbe indurre a delle sovrapposizioni di compiti sul punto (39).

Tuttavia è opportuno sottolineare la differenza ontologica e funzionale tra queste due azioni.

Il compito del *cda* di "*valutare*" implica che si ripercorra il giudizio svolto dall'organo delegato per la cura dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo. Per cui, nel ripercorrere questo giudizio e nel cogliere eventuali evidenze diverse, il *cda* può esercitare il suo potere di impartire direttive all'organo delegato (40) e ciò per indicare obiettivi organizzativi più adeguati nel senso: o di incrementare i relativi sistemi o di ridimensionarli

secondo appunto un criterio di proporzionalità [\(41\)](#).

La valutazione dell'assetto organizzativo — così come curato dall'organo delegato — determina quindi un entrare nel merito delle scelte e delle opzioni in concreto adottate per verificarne la corrispondenza allo *standard* richiesto ed integrandone le finalità con l'esercizio del potere direttivo o di avocazione delle scelte gestorie.

Al contrario, il compito del collegio sindacale ha le tonalità proprie di una verifica e di un controllo, tendenzialmente *ex post*, senza possibilità di entrare nel merito o di impartire direttive. Il criterio sarà allora quello di controllare se vi è un adeguato assetto organizzativo, se funziona e se del caso segnalare le deficienze al *cda* perché si attivi con l'organo delegato.

In altri termini, mentre il compito del *cda* sembra rispondere alle domande “*come*” è stato esercitato il potere organizzativo e “*perché*” in un determinato modo piuttosto che in un altro, ovvero in nessun modo; il compito del collegio sindacale risponde alla domanda “*se*” tale compito è stato esercitato e “*se*” in concreto le scelte adottate funzionino attraverso l'esercizio dei poteri ispettivi previsti e segnalando, ove opportuno, i propri rilievi al *cda* [\(42\)](#).

7. Inquadrata in sintesi l'articolazione dei doveri sul piano organizzativo, orientiamo la nostra attenzione sulle informazioni le quali, come vedremo, possono avere un contenuto che attiene proprio ai tre ambiti dell'organizzazione, dell'amministrazione e dei dati contabili.

Così ad esempio, l'art. 2381 c.c. dispone, all'ultimo comma, che gli **amministratori** sono tenuti ad agire in modo informato e che ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società. Ed ancora, l'art. 2409-*septies*, c.c. intitolato proprio “*Scambio di informazioni*” prevede che il collegio sindacale ed i soggetti incaricati della revisione legale dei conti si scambino « tempestivamente le informazioni rilevanti » per l'espletamento dei rispettivi compiti [\(43\)](#). Questa norma ha interessanti riflessi sul sistema dualistico e monistico in rapporto alle funzioni rispettivamente del consiglio di sorveglianza e del comitato per il controllo della gestione.

In relazione al consiglio di sorveglianza, l'art. 2409-*terdecies*, c.c., primo comma, lettera c), prevede che esso esercita le funzioni di cui all'art. 2403 c.c., primo comma, che riguarda proprio i doveri di vigilanza del collegio sindacale sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta gestione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile. Sicché il richiamo, da un lato, della disciplina del collegio sindacale in capo al consiglio di sorveglianza e, dall'altro, l'esplicita previsione di cui all'art. 2409-*quaterdecies*, c.c. comma 1, rendono operante per quest'organo la previsione dello scambio di informazioni con il soggetto incaricato della revisione legale dei conti [\(44\)](#).

Questo stesso collegamento con il soggetto incaricato della revisione legale dei conti lo ritroviamo nella disciplina del sistema monistico e dei compiti del comitato per il controllo sulla gestione, il quale, a norma dell'art. 2409-*octiesdecies*, comma 5, c.c. vigila sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società, del sistema di controllo interno, e del sistema amministrativo e contabile, nonché sulla sua idoneità a rappresentare correttamente i fatti di gestione — lett. b); nonché svolge gli ulteriori compiti affidatigli dal *cda* con riguardo particolare ai rapporti con il soggetto incaricato della revisione legale dei conti — lett. c) [\(45\)](#).

Forse l'organo più distanziato, per così dire, dal revisore legale dei conti sembra essere il consiglio di amministrazione nel sistema tradizionale il quale, pur essendo chiamato a valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, e quindi ad assumere informazioni sul punto soprattutto dall'amministratore delegato, non sembra avere un potere diretto di richiesta di informazioni al revisore legale dei conti essendo tale dovere attribuito al collegio sindacale, nel caso in cui non sia quest'organo ad avere tale compito, *ex art.* 2409-*bis*.

Nondimeno però occorre osservare che, da un lato, la partecipazione obbligatoria dei **sindaci** alle riunioni del *cda* (*ex art.* 2405 c.c.) e, dall'altro, il dovere dell'amministratore delegato di riferire al consiglio di amministrazione ed al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto ed in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo effettuate anche dalle controllate (*ex art.* 2381, comma 5, c.c.), possono consentire nel *cda* la partecipazione di informazioni attinte dall'organo incaricato della revisione legale dei conti, oltre a quelle relative all'assetto organizzativo ed amministrativo.

Si può dunque notare che lo scambio di informazioni è strettamente legato all'esercizio della funzione, integrando dunque lo stesso sistema di amministrazione e controllo; e che in tutti e tre i sistemi di amministrazione e controllo, seppur con sfumature diverse, vi è un raccordo tra i doveri che impattano sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e lo scambio di informazioni con l'organo cui è affidata la revisione legale dei conti.

Questo aspetto è, come vedremo, rilevante per la nostra riflessione nella misura in cui le prospettive di riforma si muovono nel senso di addossare agli organi di controllo il dovere di segnalare “*fondati indizi di crisi*” anche se

potrebbe non esserci, come visto, un diretto coinvolgimento nel controllo contabile.

Per inciso, va detto che la correlazione tra circolazione delle informazioni endosocietarie, ed in particolare del dovere degli **amministratori** di agire informati, e gestione della crisi poteva essere già segnalata, nella sua valenza strategica, con riguardo al concordato "con riserva" o "in bianco" a seguito della novella dell'art. 161, comma 6, l. fall..

Tale strumento nella prassi si è tradotto molto spesso nella semplice richiesta di un termine (al buio) senza una tempestiva e preliminare attività di monitoraggio aziendale idonea ad una pronta percezione degli indizi di crisi (46). È altrettanto nota la reazione all'abusato di questo istituto, tant'è che il legislatore, nell'arco di poco tempo, è nuovamente intervenuto introducendo — guarda caso — precisi obblighi informativi in capo alla società ammessa al concordato "in bianco" con poteri di vigilanza in capo ad un commissario giudiziale provvisorio. Obblighi informativi talmente cogenti nel contenuto e nei tempi che la loro violazione determina la revoca dell'ammissione al concordato.

Eppure sin da subito poteva essere colto un collegamento tra il concordato "in bianco" ed il dovere degli **amministratori** di agire in modo informato (47). Dovere che comporta, da un lato, la percezione di quelle informazioni che sono in grado di far cogliere lo stato di crisi e le soluzioni concretamente prospettabili; e, dall'altro, la capacità di informare a propria volta il ceto creditorio su quali iniziative possono essere messe in atto in rapporto alla reale situazione economico-finanziaria dell'impresa. E questo ancora di più nel caso in cui la società chieda al Tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili, ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, comma 2, l. fall., quando questi sono funzionali a sovvenire ad urgenti esigenze legate alla continuità aziendale in pendenza di un concordato "in bianco", atteso che in questo frangente l'erosione delle prospettive di soddisfacimento dei creditori concordatari avrebbe dovuto comportare un maggior onere informativo sulle prospettive finanziarie ed industriali della continuità.

L'aver invece trascurato ciò ha determinato una deriva finalistica di questo istituto che, da strumento per la rilevazione tempestiva della crisi e la prospettiva altrettanto tempestiva del suo superamento, è stato di fatto applicato quale rimedio per bloccare le azioni esecutive e prendere ulteriore tempo con buona pace del dovere degli **amministratori** di agire in modo informato.

Questa esperienza è dunque significativa nel confermare che, quando la percezione della crisi è estemporanea, non supportata da adeguate informazioni da parte del *management* e del tutto disancorata dalla programmazione degli interventi attuabili in tali frangenti, qualunque strumento concorsuale si voglia approntare questo è tendenzialmente destinato all'insuccesso o comunque ad una scarsa rilevanza funzionale.

Da qui dunque la percezione dell'importanza di assetti organizzativi che assicurino anche la circolazione delle informazioni e quindi di un corretto raccordo, nella prospettiva della riforma, tra il dovere di percepire in tempo utile la crisi e la perdita di continuità con il sistema normativo che si ricava dall'attuale sistema codicistico (48).

8. L'obbligo di adottare adeguati assetti organizzativi non è stato visto come un'assoluta novità della riforma del diritto societario essendo stata, al contrario, segnalata la sua sussistenza anche prima della riforma, quale riflesso del più generale dovere di diligenza (49). Si è ritenuto cioè di poter ravvisare nella diligenza la radice del dovere di dotare la società di un adeguato assetto organizzativo funzionale a garantire corretti processi decisionali e gestionali (50).

La novità della riforma societaria è stata invece colta sul piano dell'intestazione soggettiva di tale dovere e quindi in una più specifica delimitazione delle rispettive competenze e **responsabilità**. Questo dato emerge con sicura evidenza proprio dalla portata dell'art. 2381 c.c. nella parte in cui intesta in capo all'organo delegato il dovere di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile ed al *plenum* di valutare tale adeguatezza in rapporto alla natura ed alle dimensioni dell'impresa.

Senza trascurare la specificazione del ruolo del collegio sindacale nel vigilare sull'adeguatezza degli assetti ex art. 2403 c.c.. Specificazione che abbiamo visto caratterizzare anche il sistema di amministrazione dualistico e monistico, con trasferimento del relativo dovere in capo al consiglio di sorveglianza ed al comitato per il controllo di gestione.

Il legislatore della riforma societaria ha delineato quindi i campi di azione dei diversi organi nella ricerca di un attento equilibrio tra gestione e controllo societario, modulato in termini tali da evitare un eccessivo restringimento dell'autonomia operativa del *management* per non pregiudicarne un'efficiente libertà di azione (51).

Se dunque è stato questo l'obiettivo della riforma del 2003, tuttavia non si rintraccia nel tessuto normativo del codice civile il contenuto di tale dovere di curare, valutare e vigilare in rapporto all'adeguatezza degli assetti organizzativi, rimanendo per così dire questo atipico in rapporto alle diverse modulazioni che possono essere colte guardando alle dimensioni ed alla natura dell'impresa.

Con la riforma *Rordorf* assistiamo alla configurazione di una tendenza ulteriore che, ferma restando la necessità

di verificare in quali termini verrà tradotta, nondimeno è chiara nell'additare una precisa dimensione finalistica degli assetti organizzativi. Questi infatti devono consentire di: — rilevare tempestivamente la crisi e la perdita di continuità; — attivare tempestivi interventi per adottare gli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità.

Abbiamo dunque questa duplice finalità: di rilevazione e di intervento. Entrambi devono essere tempestivi per puntare al superamento della crisi ed al recupero della continuità.

Se quindi è possibile registrare un'evoluzione sul piano finalistico degli adeguati assetti organizzativi, tuttavia la legge delega non dà indicazioni di intestazione soggettiva di tale dovere, parlando genericamente di imprenditore e di organi sociali.

Al di là di quale sarà l'opzione del legislatore delegato in termini di traduzione soggettiva di tale dovere, ci sembra indubbia, ai fini della nostra analisi, la rilevanza della circolazione delle informazioni endosocietarie quale presidio che, già sin dall'attuale impianto normativo, è possibile cogliere in un'ottica di tempestiva rilevazione della crisi e quindi di tempestiva attivazione dei relativi rimedi.

Ed allora guardando a quello che potrebbe essere il futuro impianto di disciplina, ci sembra che un primissimo dato su cui riflettere è che il dovere di rilevare tempestivamente la crisi e di adottare, in modo altrettanto tempestivo, i rimedi volti a recuperare la continuità aziendale pone un'esigenza di coordinamento con l'articolazione dei poteri di amministrazione e controllo nel codice civile. Su questo punto proseguirà la nostra riflessione.

9. Dalle riflessioni svolte è emerso che la riforma *Rordorf* intende valorizzare il ruolo degli organi di vigilanza e controllo sotto una duplicità di profili: (1) quello di avvisare (*id est* informare) immediatamente l'organo amministrativo dell'esistenza di fondati indizi di crisi, ed in caso di omessa o inadeguata risposta di informare direttamente l'organismo di composizione [\(52\)](#); e (2) quello di poter attivare il procedimento per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza.

In relazione invece alla modifica del codice civile, il legislatore delegante indica soltanto l'istituzione di adeguati assetti organizzativi per la rilevazione tempestiva della crisi e la sua gestione, da parte degli organi societari senza alcun'altra puntualizzazione.

Limitandoci per ora ai primi due punti, diciamo che si tratta di una prospettiva di riforma che evidenzia un dovere di condotta di grande impatto in ragione del fatto che tali organi, nel frangente della crisi, non sono chiamati soltanto a vigilare sull'operato degli **amministratori**, ma ad assumere essi stessi un ruolo attivo in funzione della tempestiva informazione dei fondati indizi e di risoluzione della crisi, visti dal legislatore come interesse primario da perseguire.

a) Orbene, guardando al dovere di informare l'organo amministrativo della presenza di fondati indizi di crisi, l'elaborazione della norma delegata necessiterà di un coordinamento con l'impianto di disciplina codicistica, visto che non sempre gli organi di controllo e vigilanza sono dotati del controllo legale dei conti.

Ed infatti, al di fuori dell'ipotesi in cui il controllo legale dei conti sia affidato al collegio sindacale, lo stesso collegio sindacale, nel sistema tradizionale, il consiglio di sorveglianza, nel sistema dualistico ed il comitato per il controllo sulla gestione, nel sistema monistico, non sono dotati del potere di verifica contabile, per cui potrebbero non riuscire a percepire con tempestività ed immediatezza i fondati indizi di crisi. Questo, appunto, per la mancanza di prossimità con la fonte di informazione al riguardo rilevante.

È vero che indizi di crisi possono essere colti anche sul piano del rischio operativo, legale o gestionale, tuttavia il profilo economico — finanziario costituisce un parametro di valutazione del tutto cruciale rispetto al quale la conoscenza delle evidenze contabili diventa imprescindibile [\(53\)](#).

Da qui l'opportunità della valorizzazione della collaborazione interorganica nella circolazione delle informazioni sulle risultanze contabili e quindi sulle evidenze economico-finanziarie che da esse emergono. Questo al fine di consentire a tali organi di percepire i fondati indizi di crisi seppure attraverso la mediazione delle informazioni da parte del soggetto incaricato della revisione legale dei conti.

b) Una seconda considerazione che è possibile svolgere porta, come anticipavamo, a riflettere sulla circostanza che la competenza esclusiva degli **amministratori** a gestire l'impresa verrebbe, in parte, ridimensionata nel momento della crisi, in ragione dell'attribuzione della legittimazione ad avviare la procedura di insolvenza da parte degli organi di controllo. Non si può certo dubitare del fatto che le opzioni per la risoluzione della crisi, tra cui rientra quella di attivare il procedimento di insolvenza, attengono proprio alla gestione dell'impresa [\(54\)](#). Ed allora cosa accade nel momento della crisi in termini tali da sollecitare il legislatore a collocare in un ruolo — per così dire — gestorio anche gli organi di vigilanza e controllo?

Si è accennato, nelle riflessioni precedenti poste in nota [\(55\)](#), al fatto che, secondo autorevole dottrina, nel momento della crisi finanziaria l'interesse sociale diviene un interesse alla conservazione ed alla continuità dell'impresa; e quindi all'adozione di quelle misure gestorie o all'attivazione di quei rimedi che consentono di raggiungere tale obiettivo.

Orbene, se questo è vero ancor di più oggi dopo l'esperienza del concordato in continuità e la prospettiva futura dell'abolizione o del ridimensionamento di quello liquidatorio, va detto però che la continuità, quale possibile contenuto dell'interesse sociale nel momento della crisi, non potrebbe essere predicata in termini assoluti.

In realtà, a ben vedere, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati sui doveri degli **amministratori** di protezione dei creditori nel momento della crisi e delle norme della legge fallimentare, accanto all'interesse positivo alla continuità aziendale va colto quello negativo a non aumentare, in modo irragionevole, la consistenza del passivo ovvero a scongiurare il cosiddetto danno "incrementale" per aumento della debitoria (56).

Sappiamo che la continuazione dell'attività deve essere tale da creare valore e, nel momento della crisi, tale creazione di valore dovrà andare anche e soprattutto a beneficio del ceto creditorio (57). Del resto la stessa formulazione normativa dell'art. 186-bis, comma 2, lett. b) l. fall. depone in questo senso nel prevedere che nella relazione attestativa si evidenzia che la continuità è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Uguale valore sintomatico della finalità della prosecuzione dell'attività di impresa può essere intravisto anche nell'art. 182-quinquies, commi 1 e 4, l. fall., laddove si dispone che i c.d. finanziamenti interinali prededucibili ed i pagamenti di debiti anteriori devono essere funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori. Ed è interessante notare che il dato normativo non coglie l'interesse dei creditori quale limite esterno alla continuità, ma specificamente quale suo obiettivo finale. Infatti la portata dispositiva degli articoli citati non è nel senso che la continuità non debba andare a svantaggio dei creditori, ma che essa sia piuttosto funzionale al loro miglior soddisfacimento.

In quest'ottica quindi ci sembra di poter sostenere, alla luce dell'attuale assetto normativo, che la continuità aziendale non assurge a fine ultimo dell'intervento degli **amministratori** nel momento della crisi, ma a fine mezzo attraverso il quale si deve pervenire per quanto possibile ad un miglior soddisfacimento del ceto creditorio (58).

Se dunque questo sembra essere l'obiettivo della continuità — alla luce proprio del dato normativo (59) — si può comprendere, ad un livello teorico, la ragione del coinvolgimento degli organi di vigilanza e controllo, e quindi di un ampliamento del concetto di gestione, che giustificherebbe, per così dire, una inframmettenza di questi organi nel momento della crisi. Potremmo dire che in questo caso la gestione si colloca in un raggio operativo più ampio di quello proprio delle operazioni essenziali all'attuazione dell'oggetto sociale, andando ad intercettare interessi che ruotano intorno all'impresa, tra i quali ovviamente rientrano con più ampio spessore quelli dei creditori.

A questo ampliamento del perimetro della gestione ed alla sussistenza di una "comunità di interessi" che ricomprende anche i creditori sociali, il legislatore sembra rispondere, nella prospettiva della riforma, con la valorizzazione degli organi di vigilanza e controllo sia nel momento della rilevazione ed informazione della crisi che dell'attivazione del procedimento concorsuale unitario e ciò peraltro nel nuovo contesto del previsto sistema di allerta (60).

Con la riforma *Rordorf* il nostro sistema dovrebbe tendere dunque ad un livello di maggiore sofisticatezza. La tutela dei creditori — affidata, da un lato, alle regole delle obbligazioni e dei contratti e, dall'altro, a quelle che presiedono all'impatto delle perdite sul capitale — vede infatti la valorizzazione di uno spazio intermedio che è quello dell'emersione tempestiva della crisi per prevenire approdi irreversibili di insolvenza e consentire così, ove possibile, la preservazione della continuità aziendale.

Guardando alla disciplina attuale, emblematica è la portata dell'art. 2486 c.c. il quale — come noto — addossa sugli **amministratori** la **responsabilità** (solidale e personale) per i danni (e non più per i debiti contratti secondo la precedente versione dell'art. 2449 c.c.) (61) arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione del dovere di gestire l'impresa per la conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale al verificarsi di una causa di scioglimento.

Ma tale norma, così come l'impianto di disciplina dell'effettività del capitale sociale, si colloca troppo a valle del fenomeno della crisi, entrando in operatività quando questa ha forse già assunto i contorni dell'insolvenza e le perdite hanno eroso il capitale (62).

Al contrario, l'impianto delineato nella legge delega *Rordorf* dovrebbe essere tale da attivare l'emersione della crisi già appena se ne configurano i c.d. *fondati indizi* e ciò in rapporto all'esigenza di preservare per quanto possibile sul piano gestionale la continuità aziendale. Gli organi di controllo verrebbero dunque responsabilizzati non solo sul piano della verifica della sussistenza della continuità, ma in termini ancora più incisivi con l'attribuzione dell'iniziativa per avviare la soluzione concorsuale.

È possibile pensare inoltre — sempre a livello teorico — che tale tendenza sia divenuta tanto più cruciale in un sistema che ha visto del tutto depotenziata la revocatoria fallimentare sia nella sua portata temporale che in quella contenutistica. Sappiamo che essa rappresentava una sorta di contrappeso correttivo ad eventuali

spinte di *moral hazard* degli **amministratori**, i quali, vedendo prospettarsi la crisi e svanire i valori patrimoniali per i soci, potevano essere indotti ad assumere rischi che altrimenti non avrebbero corso e ciò a svantaggio dei creditori. La revocatoria invece consentiva di stendere una sorta di *cordone sanitario* intorno all'impresa e, con la sua portata retroattiva, di colpire gli atti di depauperamento del patrimonio aziendale, con ciò inducendo i terzi a non contrarre con l'imprenditore nel periodo sospetto, inibendo così atti gestori di depauperamento (63).

Abbandonato questo sistema o comunque decisamente ridimensionato, è maturata via via la tendenza a puntare su modelli gestionali che inducono gli organi sociali a dare tempestiva evidenza alla crisi in una prospettiva di *emerging insolvency* capace di sollecitare gli interventi più adeguati per preservare la continuità aziendale ed evitare che questa si dispieghi a danno dei creditori.

Se abbiamo colto correttamente le intenzioni del legislatore della riforma delegata, (64) possiamo trarne il corollario che non dovremmo assistere ad una inopportuna interferenza degli organi di controllo nella gestione dell'impresa in crisi, ma alla valorizzazione delle loro competenze funzionali in relazione all'interesse sociale che, in questo frangente e secondo autorevole dottrina, ricomprende anche il ceto creditorio (65), quantomeno — potremmo aggiungere e specificare — nella sua dimensione di protezione.

L'attribuzione della legittimazione degli organi di vigilanza e controllo a presentare istanza per il procedimento unitario di crisi e insolvenza potrebbe essere vista come naturale evoluzione del sistema normativo di disciplina delle attuali competenze che, come rilevato, già ora ricomprende il monitoraggio della continuità aziendale (66).

Sicché nella prospettiva di *emerging insolvency* appare giustificata una tale valorizzazione, anche perché — come noto — un sistema di prevenzione che si basa sulla riduzione del capitale per perdite potrebbe risultare non del tutto appropriato in quanto esso passa attraverso un *balance sheet test*, mentre l'insolvenza emerge attraverso un *cash flow test*. Per cui le prospettive di analisi sono diverse. Ed infatti ben può capitare che una società possa essere insolvente, pur non ricadendo nell'applicazione degli artt. 2446 e 2447 c.c.

Da qui potrebbe essere una soluzione più efficiente quella che punta sulla cooperazione interorganica e quindi sul coinvolgimento più significativo degli organi di vigilanza e controllo in un contesto di valorizzazione della circolazione delle informazioni.

In concreto però ci sembra di poter dire che questa opzione pone un'esigenza di raccordo con i sistemi di amministrazione e controllo diversi da quello tradizionale e di equilibrata attuazione almeno sotto una duplicità di profili. Per un verso, occorrerà riflettere sull'opportunità di una legittimazione suppletiva rispetto a quella dell'organo gestorio, piuttosto che concorrente e ciò al fine di evitare delle inopportune sovrapposizioni di iniziative o di conflittualità su quella da intraprendere. Per altro verso, sarebbe opportuno delinearne le condizioni operative valutando con attenzione se attribuire la legittimazione all'organo di controllo in ogni caso o solo nelle ipotesi in cui l'intervento concorsuale sia indispensabile ai fini della continuità aziendale. Ci sembra quindi che sussista un'esigenza di raccordo con gli organi di gestione, atteso che l'opzione per la procedura unitaria di crisi o insolvenza — proprio per la sua vocazione onnicomprensiva e strategica potendo contenere soluzioni di prosecuzione, riorganizzazione o di liquidazione — dovrebbe essere preceduta da un confronto con tali organi, evitando così fughe in avanti da parte degli organi di vigilanza e controllo con pretermissione del ruolo comunque centrale degli organi di gestione e della stessa assemblea.

10. Si è dunque visto che nella disciplina societaria è stato acquisito il principio dell'adeguatezza degli assetti organizzativi in rapporto alla natura ed alla dimensione dell'impresa: principio che si è ritenuto di poter estendere a tutte le tipologie di società in quanto attinente all'impresa-società in generale (67).

Questo dunque implica una procedimentalizzazione dell'attività ed una strutturazione aziendale tale da definire precise competenze funzionali, **responsabilità** e procedure decisionali. Il legislatore non individua il contenuto degli adeguati assetti organizzativi, lasciando che questo sia enucleato dalla scienza aziendalistica o dai codici di comportamento aziendale (68), e pone all'attenzione dell'*internal governance* dell'impresa la questione del rischio organizzativo e della **responsabilità** che ne può conseguire.

Allora, prima di addentrarci nell'esame dei profili di **responsabilità** che possono rivenire dall'applicazione del suddetto principio organizzativo, cercheremo di coglierne il contenuto e la portata applicativa.

Diciamo subito che, ai fini della nostra riflessione, non interessa un'indagine che rischia di sfociare in nozioni di tipo aziendalistico. Quello che è pertinente alla nostra indagine è considerare un duplice profilo di rilevanza degli assetti organizzativi.

Il primo attiene alla strutturazione di un'organizzazione interna che sia in grado di "adeguarsi" all'andamento dell'attività di impresa e quindi alle variazioni del rischio gestionale che questo comporta. Tale strutturazione dovrà quindi essere oggetto di continue analisi e verifiche in quella tripartizione di competenze che abbiamo visto emergere dal tessuto codicistico in termini di "curare", "valutare" e "verificare".

A livello operativo questo comporta: l'adozione di organigrammi, la definizione di procedure che presiedono

all'adozione delle decisioni, alla loro attuazione ed al controllo della stessa attuazione, la programmazione dei controlli e delle verifiche interne sino a giungere, eventualmente, all'adozione di un sistema di controllo interno (69).

Ovviamente, l'uso dell'aggettivo qualificativo "adeguati" implica una valutazione discrezionale da parte degli organi gestori in merito al livello di organizzazione da raggiungere. Cionondimeno, i parametri quantitativi della natura e della dimensione dell'impresa consentiranno di orientare tale discrezionalità e quindi anche, come vedremo, di poterla assoggettare a sindacato giudiziale secondo i criteri della proporzionalità e della ragionevolezza (70).

Il secondo profilo di rilievo è quello che attiene alla necessaria interazione che dovrà esserci tra organi di gestione e controllo e le strutture organizzative predisposte. In altri termini queste costituiscono un sofisticato *trait d'union* tra gli organi societari, con la funzione di alta amministrazione che essi svolgono, e l'impresa nel suo concreto esplicarsi. Questo di certo non implica che gli organi gestori debbano entrare in tutti gli aspetti di dettaglio dell'attività e delle strutture aziendali; quanto piuttosto che essi siano in grado di poter dare direttive, di orientare strategicamente l'attività, di predisporre i passaggi amministrativi ed i rilievi contabili necessari avendone poi riscontro attraverso verifiche sul corretto funzionamento delle strutture predisposte.

Orbene questo secondo aspetto ci sembra di significativa rilevanza in relazione al dovere di percepire in tempo precoce la crisi e di predisporre quindi i relativi rimedi.

Difatti, sul punto la portata del principio della legge delega *Rordorf* è nel senso che il legislatore delegato è chiamato a modificare il codice civile prevedendo il "dovere" degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti per il suo superamento e per il recupero della continuità.

Il criterio di delega sottende dunque l'idea che la struttura organizzativa debba essere lo strumento operativo attraverso il quale la percezione della crisi arriva agli organi societari, affinché la sua completa conoscenza consenta di predisporre i rimedi più opportuni.

Ed allora, la rilevazione della crisi e la sua gestione dovrebbero entrare, attraverso l'adeguato assetto organizzativo, nelle funzioni di alta amministrazione e di controllo dell'impresa societaria e così dovrebbero divenire un punto d'attenzione costante da parte degli organi e delle strutture interne, e ciò in quanto la crisi è appunto un riflesso patologico, ma non necessariamente colpevole, del rischio insito nell'attività di impresa.

Se quanto sin qui detto è corretto, ne discende che non sarebbe sufficiente la previsione statutaria e la predisposizione formale degli adeguati assetti organizzativi, o l'enunciazione dogmatica della loro doverosità; sarebbe invece necessario in concreto assicurare che essi interagiscano con gli organi societari in un rapporto di stretto collegamento, di cooperazione interorganica e strutturale che consenta la trasmissione costante e corretta delle direttive impartite e delle relative informazioni.

11. Il contesto di esame nel quale ci siamo sin qui mossi ha riguardato, da un lato, l'attuale impianto di disciplina degli adeguati assetti organizzativi, la loro correlazione con l'efficienza e l'efficacia gestionale, la modulazione della loro doverosità in ragione della dimensione e della natura dell'attività svolta; e, dall'altro, le previsioni di riforma contenute nella legge delega *Rordorf*, imperniata sul principio dell'*emerging insolvency*. La logica di questo confronto, secondo l'impostazione ed il metodo di esame che ci siamo dati, è stata quella di fornire un percorso di analisi che ora ci conduce ad esaminare le questioni rilevanti sotto il profilo della **responsabilità** gestoria.

Si tratta, in primo luogo, di verificare quale possibile nuova configurazione possono assumere i doveri di condotta degli organi gestori rispetto alla crisi e quale rilevanza può essere riconosciuta al principio della *business judgment rule* in rapporto alle scelte inerenti gli adeguati assetti organizzativi finalizzati alla prevenzione della crisi, il tutto appunto nella prospettiva dei profili di **responsabilità** che potranno configurarsi.

Muoviamo quindi dalla prima questione, per poi soffermarci sulla *business judgment rule*.

Diciamo subito che l'opzione per un sistema di *emerging insolvency* potrebbe forse portare a declinare diversamente i doveri degli organi di gestione i quali, sino ad ora, sono stati tendenzialmente predicati, come detto, nel momento della crisi già in atto; mentre invece la tendenza sarebbe quella di enucleare il dovere di rilevazione della crisi e della perdita di continuità, e diremmo anche di pianificazione degli interventi e dei rimedi, in modo precoce e tempestivo per prevenire la degenerazione della crisi. E tale mutamento di rotta verrebbe in effetti canonizzato con la modifica indicata del codice civile e con l'inserimento del dovere di adottare adeguati assetti organizzati per questa specifica finalità, a livello di norma primaria e generale, e non più limitato a norme di comportamento deontologico degli organi societari (71).

Le ragioni che sostengono questa nuova possibile prospettiva sono molteplici.

In primo luogo, va detto che l'emersione anticipata della crisi e della perdita di continuità aziendale incide sensibilmente sulla funzione degli adeguati assetti organizzativi. Perché mentre l'adeguatezza dell'assetto

organizzativo, amministrativo e contabile, di cui all'art. 2381 c.c., va curata, valutata e verificata in rapporto alla natura ed alla dimensione dell'impresa; in termini più specifici, invece, nell'assetto organizzativo finalizzato alla rilevazione della crisi abbiamo un'opzione organizzativa che deve essere funzionale all'individuazione delle modalità più opportune di gestione della crisi.

Possiamo cioè sostenere che, nella misura in cui la predisposizione dell'assetto organizzativo diverrà funzionale alla rilevazione ed alla gestione della crisi, essa stessa diviene scelta gestionale e non meramente organizzativa. E questo perché la gestione della crisi presuppone momenti di monitoraggio della continuità aziendale, di previsione di scenari e di pianificazione di interventi — prima ancora che questa sia in atto — per un *prompt intervention* nell'ottica di prevenzione che il legislatore vuole sempre di più perseguire.

Per cui, sugli organi societari verrebbe ad incombere un dovere a contenuto specifico, in quanto non si tratta di garantire genericamente che attraverso la struttura organizzativa si attuino in modo efficace ed efficiente i principi di corretta amministrazione societaria; ma che in termini specifici venga rilevata tempestivamente la crisi e vengano adottati gli strumenti approntati dall'ordinamento. Il legislatore delegante dunque sembra voler riempire di contenuto specifico quello che nell'attuale impianto codicistico appare come regola di condotta a contenuto generale. A tale proposito può essere richiamata la recente riforma della disciplina delle società a controllo pubblico, di cui al d.lg. 19 agosto 2016, n. 175, che, all'art. 6, espressamente prevede l'obbligo di predisposizione di «specifici programmi di valutazione del rischio di crisi», dandone informazione all'assemblea nella relazione annuale sul governo societario che va pubblicata unitamente al bilancio. Relazione che assume un ruolo informativo di significativa portata, essendo previsto che, laddove la società non adotti la struttura organizzativa prevista dal comma 3 dell'articolo citato (adozione di regolamenti interni, organo di controllo interno, codici di condotta, programma di gestione della **responsabilità** sociale di impresa, *etc.*) se ne debba dare conto nella suddetta relazione (c.d. *comply or explain*) (72). Inoltre, come dicevamo, le riflessioni sui doveri di condotta degli organi gestori (e, *per incidens*, lo stesso vale anche per quelli di controllo) sono state sino ad oggi svolte in rapporto alla fattispecie nella quale la cessazione della continuità aziendale — o la stessa crisi — si sono già manifestate, sono già in atto.

In questo frangente si è ritenuto di poter individuare diverse soluzioni comunque incentrate sull'idea che la gestione degli **amministratori** dovesse conformarsi ad un criterio conservativo o di gestione ordinaria *day to day management*, se non il dovere di presentare istanza di fallimento in proprio, risultando difficile immaginare in questo frangente una pianificazione strategica per nuovi affari senza una significativa ricapitalizzazione da parte dei soci o di terzi interessati alla relativa area di *business* (73).

Nell'ottica invece della riforma *Rordorf*, che punta decisamente alla precoce percezione della crisi e al sistema di allerta, sembra plausibile sostenere che lo scenario della crisi e della perdita di continuità debba essere preso in considerazione dal *management* prima ancora del suo manifestarsi, quale contenuto ormai necessario dell'alta amministrazione che si esercita attraverso la pianificazione strategica (74).

E ciò per far sì che, laddove questo scenario dovesse poi realizzarsi, siano già indicate le linee guida operative, siano predisposti i criteri gestionali ed i rimedi — anche stragiudiziali — adeguati; sino a giungere, ove necessario, alla previsione del dovere di ricorrere agli strumenti previsti dall'ordinamento per il recupero della continuità aziendale, con possibilità ovviamente di successivi adattamenti laddove le circostanze sopravvenute ragionevolmente lo impongano.

Il nuovo corso della riforma potrebbe quindi determinare un dovere degli **amministratori** di essere tempestivi nella pianificazione degli interventi e dei rimedi per garantire un'appropriata e tempestiva gestione della crisi o della perdita di continuità aziendale e non soltanto di rispettare un canone di gestione conservativa laddove la perdita di continuità sia già in atto (75).

In senso contrario, non si potrebbe validamente sostenere che l'art. 2381, comma 3, c.c. prevede che il consiglio di amministrazione esamina i piani strategici, industriali e finanziari “quando elaborati” e ciò per escludere una doverosità della pianificazione degli interventi per il possibile scenario di crisi, atteso che pacificamente anche ora si ritiene che, laddove le dimensioni e la natura dell'attività lo richiedano, la redazione di tali piani diviene invece obbligatoria quale manifestazione del dovere di diligenza (76).

Del resto, l'idea di una tale anticipata e preventiva pianificazione in fondo è già insita nello stesso concetto di continuità che è stato elaborato dalla scienza aziendalistica (77) come condizione nella quale l'impresa può sussistere quale entità operativa in un “*prevedibile futuro*”. E questo ancora di più ove vi è ormai convergenza di opinioni sul fatto che la perdita di continuità o l'insolvenza non sono mai del tutto irreversibili ed irrecuperabili, (78) e comunque non hanno una eziologia istantanea ed improvvisa. Questa constatazione allora dovrebbe rafforzare il dovere di pianificazione in anticipo degli interventi nell'ottica di prevenzione e di *emerging insolvency* che si vorrebbe perseguire. Né può essere sottaciuta la circostanza che il principio della pianificazione degli interventi, da adottare nell'eventuale scenario di crisi, trova ormai piena acquisizione nel nuovo sistema di gestione delle crisi bancarie e nell'introduzione nel T.U.B. dell'art. 69-*quater* da parte del d.lg.

16 novembre 2015, n. 181 di attuazione della Direttiva 2014/59/UE (79), che disciplina appunto detti piani.

È previsto infatti che le banche adottino, nel quadro di un rafforzamento dell'*ongoing supervision*, piani di risanamento e di risoluzione che prevedano gli interventi da adottare al configurarsi di determinati *trigger events* che possano mettere in pericolo la sostenibilità economica della banca. Si tratta di piani che vengono adottati durante l'attività di gestione dell'impresa bancaria e prima che si possano configurare sintomi di crisi. Vi è dunque una significativa anticipazione della pianificazione che si basa sul principio *know your structure*, che porta dunque a considerare tali piani come momenti di integrazione della struttura organizzativa della banca volta ad assicurare una sana e prudente gestione da parte del *management*.

Per cui, come si è constatato che, in tema di adeguati assetti organizzativi, molte delle conclusioni raggiunte in ordinamenti di settore siano poi refluite nel codice civile (80), così non è da escludere che la pianificazione degli interventi per la risoluzione delle crisi bancarie possa costituire un ambito da cui trarre ispirazione — *mutatis mutandis* — per una rinnovata conformazione del *modus operandi* del *management* nelle società per azioni ordinarie, soprattutto se aperte, ovviamente tenendo conto della loro dimensione ed attività, in applicazione del già richiamato principio di proporzionalità.

Un ulteriore argomento, che può essere ancora speso a favore delle tesi qui sostenute, è dato dall'idea che la pianificazione strategica, nella quale vogliamo far rientrare quella relativa agli interventi per la gestione della crisi, non è estranea agli adeguati assetti organizzativi; anzi è acquisito che essa stessa costituisce un assetto organizzativo.

In ogni caso, anche a voler distinguere concettualmente tra adeguato assetto e pianificazione strategica, è indubbio che tra questi due presidi sussista una stretta correlazione, soprattutto laddove si coglie la doppia dimensione statica e dinamica degli assetti. Quella statica designa appunto il momento della configurazione dell'assetto, mentre quella dinamica il momento del suo concreto funzionamento e quindi anche del suo adattamento ai mutamenti (di rischio, di mercato, economico-finanziari, *etc.*) insiti nell'attività di impresa. Ed allora ci sembra di poter dire che, quantomeno in relazione alla dimensione dinamica, la pianificazione strategica assuma un ruolo rilevante essendo manifestazione di un criterio di diligenza gestoria (81) che richiede agli organi amministrativi un'attenzione costante all'andamento dell'attività secondo un agire informato e nel rispetto delle regole di buona amministrazione.

Se questa impostazione è plausibile, si può allora sostenere che la riforma *Rordorf* potrebbe anche determinare il dovere che l'organo gestorio predisponga la pianificazione degli interventi da adottare nel prevedibile futuro scenario di crisi (c.d. *special situations*) e quindi ancor prima che questa sia in atto e ciò quale riflesso specifico del generale dovere di adozione della pianificazione strategica, peraltro già operante nel nostro sistema codicistico (82).

Per cui, così come accanto agli — o all'interno degli — adeguati assetti organizzativi sussiste un dovere di pianificazione strategica di tipo generale, in ragione delle condizioni dell'impresa, così pure è plausibile sostenere una pianificazione degli interventi in caso di pericolo per la continuità aziendale quale riflesso degli adeguati assetti finalizzati alla rilevazione tempestiva della crisi.

La pianificazione degli interventi e dei criteri gestionali, in previsione di scenari di crisi, sembra inoltre trovare una sua ragionevole giustificazione anche nel dovere di agire in modo informato e nella circolazione interorganica delle informazioni, che abbiamo visto integrare in modo dinamico il sistema di amministrazione e controllo.

I flussi informativi infatti possono di certo garantire una continua implementazione degli assetti, così come del contenuto della pianificazione e programmazione strategica e ad un tempo trovare negli stessi piani e programmi momenti di sintesi e di confronto nel corso dell'attività di impresa. Questi infatti possono costituire un parametro storico di registrazione di determinati eventi e di elaborazione di criteri di condotta la cui adeguatezza ed aggiornamento vengono garantiti dal flusso informativo interorganico; ed a sua volta tale flusso informativo trova nei piani e nei programmi la rilevazione di quei dati utili per meglio definire il contenuto delle stesse informazioni (83).

In altri termini, tra pianificazione degli interventi nello scenario di crisi e scambio di informazioni sussiste un rapporto di reciproca interdipendenza funzionale, che potrebbe consentire agli organi societari condotte consapevoli, prudenti (84), avvedute e non improvvisate e ciò proprio al fine di evitare che la crisi si manifesti con effetto sorpresa.

Per concludere sul punto riteniamo che si possa sostenere, in vista della riforma *Rordorf*, che il sistema di amministrazione e controllo delle società per azioni potrebbe essere integrato da un dovere specifico, anche se non a contenuto necessariamente determinato, di pianificazione degli interventi nel prevedibile scenario di crisi e ciò proprio quale riflesso degli adeguati assetti organizzativi funzionali alla rilevazione tempestiva della crisi (85), fermo restando che alla luce dell'attuale contesto normativo un tale dovere possa essere già *in nuce* evidenziato.

12. Nell'introdurre in generale il tema della **responsabilità** gestoria, è stata anticipata la questione del principio della *business judgment rule* e del suo ambito operativo in rapporto alle scelte inerenti gli assetti organizzativi. La questione è pertinente perché si è visto che l'opzione organizzativa rientra nel concetto di gestione societaria, nel duplice senso che l'organizzazione diviene espressione di scelte di fondo di tipo gestionale ed è, a sua volta, funzionale all'adozione di decisioni in grado di orientare, influenzare, dirigere la gestione, anche nel momento della crisi. Ed allora, se così è, il problema è di capire se ed in quali termini possa essere sindacata la scelta di una determinata struttura organizzativa piuttosto che un'altra, attenendo essa al merito gestionale [\(86\)](#).

Questo però è un primo tassello della questione. Ve n'è infatti un altro, come detto, che riguarda la valenza strumentale del momento organizzativo rispetto alle decisioni del *management*. Per cui, si tratta di capire se un eventuale *deficit* organizzativo possa consentire di affermare la **responsabilità** dell'organo gestorio laddove siano state assunte determinate scelte rivelatesi poi dannose. Sotto questo profilo l'adeguatezza dell'assetto organizzativo non viene in rilievo quale oggetto della scelta gestionale, ma quale presidio che dovrebbe garantire il rispetto delle regole di corretta amministrazione societaria.

Venendo al primo aspetto della questione, si può certo aderire all'opinione che ritiene non sindacabile come tale la scelta di un determinato assetto organizzativo piuttosto che un altro; così come non è sindacabile quella di non implementarlo o eventualmente di ridimensionarlo in ragione dei mutamenti insiti nella dinamica di impresa.

In effetti questa tipologia di scelte rientra nella discrezionalità gestoria e sfugge al controllo giudiziario.

Cionondimeno però, in applicazione dei criteri di giudizio che si sono appunto formati in relazione alla *business judgment rule* [\(87\)](#), un profilo di sindacabilità potrebbe sussistere con riguardo al *modus decidendi* dell'organo gestorio — ma anche possiamo dire al *modus vigilandi* dell'organo di controllo — atteso che laddove dovessero emergere lacune nelle procedure che hanno portato ad una determinata scelta organizzativa — poi rivelatasi dannosa — o una superficiale e scarsa istruttoria, o una incompleta ricognizione delle condizioni operative dell'impresa, allora si potrebbe sostenere la sussistenza di una negligenza gestionale [\(88\)](#) che si è poi riflessa in una errata scelta organizzativa [\(89\)](#). Il che evidentemente potrebbe condurre ad un'affermazione di **responsabilità** se da ciò ne è derivato un danno ai sensi degli artt. 2392 c.c. e ss.

Una tale conclusione, sarebbe peraltro avvalorata dal principio *comply or explain* nel senso appunto che laddove il *management* non abbia modulato la struttura organizzativa della società secondo *standard* adeguati alla natura ed alla dimensione dell'impresa è tenuto a darne spiegazione proprio al fine di consentire di verificare se la scelta adottata sia o meno conforme ai principi di buona amministrazione. Abbiamo visto che questo profilo emerge ad esempio dalla disciplina delle società pubbliche [\(90\)](#), ed in particolare dagli artt. 6 e 14 del d.lg. n. 175/16, laddove rispettivamente viene regolata l'organizzazione societaria ed il momento della crisi. Il primo articolo risponde proprio al principio che abbiamo evidenziato (*comply or explain*) per cui gli **amministratori** devono rendere conto all'assemblea ed al mercato delle ragioni di un certo assetto organizzativo. Il secondo prevede in termini più stringenti che se la società ricade in una condizione di crisi, la mancata adozione delle misure adeguate è considerata una grave irregolarità rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 2409 c.c.

Di certo si può sostenere che questo sistema di disciplina può dipendere dal particolare *status* societario che deriva dall'avere un socio pubblico. Nondimeno però esso rispecchia principi e tendenze che sempre più si registrano per l'impresa societaria in generale. E di questo riteniamo va tenuto conto in quella che potrebbe essere l'evoluzione dei criteri di imputazione della **responsabilità** gestoria in relazione agli assetti organizzativi per la prevenzione e la gestione della crisi.

Portando l'attenzione al secondo crinale del problema in esame, abbiamo in parte già gli elementi che ci consentono di poter orientare i nostri corollari. Dicevamo infatti che un secondo profilo problematico attiene alla configurazione di un'eventuale **responsabilità** nel caso in cui le scelte gestionali non siano supportate da adeguati presidi organizzativi.

In effetti, è indubbio che la scelta gestionale in sé considerata non risulta sindacabile nel contenuto di merito. È invece sindacabile anche qui il *modus operandi* dell'organo gestorio in relazione all'avere approntato o meno, all'avere rispettato o meno un adeguato assetto organizzativo ed adeguate procedure istruttorie e conoscitive che avrebbero consentito — ove invece opportunamente osservate — di assumere una corretta scelta gestionale o di evitare un danno.

Sotto questo profilo si può dunque rilevare più che la violazione di uno *standard* di diligenza, proprio di una *rule* [\(91\)](#), ovvero quella che impone di assicurare la correttezza gestionale ed amministrativa attraverso l'adeguato uso del presidio organizzativo [\(92\)](#).

In questo caso dunque l'errata modulazione del rischio organizzativo può tradursi in scelte errate da parte del *management* e quindi in impossibili danni alla società, ai creditori ed ai terzi.

13. Ciò detto, si è visto che la riforma *Rordorf* sembra muoversi secondo l'idea che l'attenzione alla crisi e alla

continuità aziendale non debba integrare il dovere degli organi societari in termini isolati, sporadici o istantanei (cioè al momento del suo manifestarsi) quanto piuttosto permanenti. Ovvero, questa attenzione andrebbe prodigata non soltanto nel momento della crisi in atto, o nella fase crepuscolare di pre-insolvenza, ma dovrebbe costituire un *continuum* per tutta la gestione dell'attività.

Per un verso questo aspetto è già emerso nelle citate "Norme di comportamento del Collegio Sindacale" in punto di verifica della continuità aziendale e dunque ad un livello di norme di condotta professionale che hanno avuto sino ad ora il ruolo di riempire di contenuto gli adeguati assetti organizzativi, di creare procedure di verifica e prassi operative. Per altro verso, ci si è resi sempre più conto — soprattutto a seguito della più stringente ciclicità delle crisi — che un tale dovere di verifica non poteva essere affidato a mere norme di comportamento personale o collegiale, dovendosi piuttosto ricorrere a presidi organizzativi che fossero funzionali a tale obiettivo. Si comprende quindi, anche sotto questo profilo, l'innovativa portata del criterio di delega di cui all'art. 14 del testo *Rordorf*, laddove appunto si vuole intestare in capo agli organi societari il dovere dell'adeguato assetto organizzativo per la rilevazione tempestiva della crisi e l'adozione di un pronto intervento di recupero.

Venendo dunque alla gestione della crisi, e ricollegandoci a quanto sostenuto circa la possibilità di prevedere, anche in vista della riforma *Rordorf*, un dovere di pianificazione degli interventi, si pone la questione se possa immaginarsi una **responsabilità** gestoria laddove una tale pianificazione non sia stata adottata o sia risultata carente, insufficiente e non implementata.

Richiamando quanto detto sul piano generale, si vuole sostenere che una tale **responsabilità** potrebbe configurarsi, nella logica della riforma *Rordorf*, sotto una duplicità di profili.

Da un lato, quello appunto della mancanza di pianificazioni o di sua inadeguatezza rispetto alla natura ed alla dimensione dell'impresa. Infatti, se questo dovere di pianificazione è insito in quello di istituire adeguati assetti organizzativi per la crisi, ne deriva che la sua mancanza integra la violazione di un dovere speciale [\(93\)](#), rispetto al quale si potrà invocare il criterio di imputazione di **responsabilità** di cui all'art. 1218 c.c.

Agli organi gestori in definitiva si chiede non una generica garanzia che attraverso la struttura organizzativa si attuino i principi di corretta amministrazione societaria; ma che in termini specifici venga rilevata tempestivamente la crisi e vengano adottati gli strumenti approntati dall'ordinamento. Il legislatore delegante dunque sembra voler rendere speciale quello che nell'attuale impianto codicistico appare come dovere di carattere generale. La differenza come si è visto non è di poco momento.

Nel caso di clausola generale, che individua un obbligo di carattere generale, sarà il giudice a dover individuare la regola del caso concreto che gli organi di amministrazione e controllo avrebbero dovuto rispettare, ovvero enucleare lo *standard* di diligenza richiesto cui gli stessi avrebbero dovuto adeguarsi [\(94\)](#).

Laddove invece la clausola è speciale, per il collegamento con una finalità specifica — quella di rilevare e gestire tempestivamente la crisi — non ci sarà bisogno di un'integrazione e specificazione giudiziale, laddove ai fini della configurazione della **responsabilità** venga accertata la mancanza totale di organizzazione oppure la sua inidoneità in concreto ad attingere le finalità volute dal legislatore [\(95\)](#).

Secondo questa possibile prospettiva, gli **amministratori** potrebbero essere esenti da **responsabilità** solo laddove provassero che l'inadempimento è dipeso da cause a loro non imputabili [\(96\)](#).

Per altro verso, potrebbe sussistere un'ulteriore ipotesi di **responsabilità** che può discendere dalla circostanza che gli organi gestori si siano dati delle regole di condotta o delle procedure per lo scenario di crisi e le abbiano poi disattese irragionevolmente o immotivatamente [\(97\)](#).

Si potrebbe forse anche in questo caso applicare il principio *comply or explain*. Per cui, laddove non ci sia stata applicazione delle regole di condotta pianificate in anticipo occorre motivare tale diverso orientamento gestionale per non incorrere in **responsabilità**, ove appunto ne sia poi discesa la crisi irreversibile dell'impresa [\(98\)](#) con conseguenze dannose.

Per contro, va anche sostenuto che la pianificazione potrebbe avere un'importante valore esimente, nel senso che se correttamente adottata, implementata ed adeguata all'andamento ed alle condizioni dell'impresa, e ciononostante si verificasse l'esito irreversibile dell'insolvenza, allora non potrà esserci **responsabilità** laddove appunto il tentativo di recupero della continuità sia stato coerente con una appropriata pianificazione aziendale ed abbia portato ad un uso corretto degli strumenti anche ordinamentali approntati per tale scopo.

Detto questo, si può da ultimo osservare che, nella prospettiva della riforma, potrebbe essere rivista la **responsabilità** gestoria per ritardata dichiarazione di fallimento.

Tale rivisitazione deriverebbe proprio dalla configurazione dei doveri a monte che spingono per tentare il recupero della continuità, ove questo appaia ragionevole, senza che si possa incorrere poi in una **responsabilità** civile e penale per ritardata apertura della procedura di liquidazione (che è la nuova denominazione di fallimento nella riforma *Rordorf*) [\(99\)](#).

La correlazione tra sistema di *emerging insolvency*, monitoraggio permanente della continuità aziendale e

pianificazione dei comportamenti che consentano un pronto intervento dovrebbe essere tale da determinare una diversa colorazione dei doveri degli organi gestori rispetto al valore della continuità aziendale, meno sbilanciata su assiomi rigidi ed invece più aperta, in termini di ragionevolezza, alle opzioni che l'ordinamento offre per il mantenimento o il recupero della continuità.

14. È innegabile che con gli adeguati assetti organizzativi finalizzati all'emersione tempestiva della crisi si aprano nuovi scenari di intersezione tra il diritto della crisi e quello societario. Pur non volendo assumere la sussistenza di un autonomo e speciale "diritto societario della crisi", cionondimeno la valorizzazione, in entrambi i contesti normativi, dell'impresa, della sua gestione e conservazione, determina significativi momenti di avvicinamento tra le due discipline (100). Ma non solo.

Appare che il diritto della crisi si muove verso un'impostazione di tipo strategico, approntando dei rimedi che, da un lato, sollecitano la pianificazione degli interventi in vista di uno scenario di crisi e, dall'altro, tentano di supportare le opzioni gestionali del *management* in funzione dell'obiettivo del risanamento.

È evidente che questo comporta una spinta all'emersione anticipata della crisi ed alla predisposizione dei c.d. *early interventions* nel momento in cui, a seguito del monitoraggio della continuità aziendale, appaiano i segnali di crisi.

Questi nuovi profili funzionali ci sembrano molto rilevanti, ancor più alla luce dell'avanzato dibattito sulla funzione del capitale sociale che, rispetto a questa finalità di intervento precoce, appare abbastanza tenue. E non è un caso che tale dibattito si sia oggi arricchito delle questioni sull'*emerging insolvency* e dunque sulla idoneità di un sistema basato sul *legal capital* a rispondere efficacemente a tale esigenza (101).

Riteniamo che il punto focale, verso il quale si muoveranno le attenzioni di analisi, sarà rappresentato proprio dalla percezione di un nuovo complessivo contesto normativo nel quale cogliere gli elementi per configurare un dovere di pianificazione degli interventi da adottare in un probabile scenario di crisi. Pianificazione che abbiamo visto poter essere già ricavata alla luce dell'attuale sistema normativo e che, probabilmente, è destinata a connotarsi in termini di maggiore doverosità una volta attuata la riforma *Rordorf* con l'introduzione specifica degli adeguati assetti organizzativi per la tempestiva rilevazione della crisi.

Da qui dunque la possibile configurazione di nuovi profili di **responsabilità** gestoria, ma anche di sua esclusione laddove l'esito del fallimento sia risultato inevitabile pur essendo stato diligentemente adottato un adeguato sistema organizzativo e di pianificazione.

Correlazioni: **Legislazione Correlata (10)**

- » [d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175](#)
- » [l. 6 agosto 2015 n. 132](#)
- » [d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58](#)
- » [d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385](#)
- » [c.c. artt. 2381](#)

[+ Visualizza successivi](#)

Doc. associati: » [Documenti con la stessa classificazione](#)

- » [Documenti stesso autore](#)
- » [Bibliografia Correlata](#)