

INDICIZZAZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA E RUOLO DEGLI ORGANI DI CONTROLLO: NOTE A MARGINE DEL NUOVO SISTEMA.

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza punta in parallelo sugli strumenti di allerta e composizione assistita, da una parte, e sulla rimodulazione degli assetti organizzativi societari e la mutata fisionomia degli organi societari di controllo, dall'altra. La recentissima presentazione della prima bozza di indici elaborati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti contabili offre l'occasione per una lettura critica degli aspetti qualificanti e insieme controversi del ripulsmato diritto commerciale della crisi, sospeso tra obiettivi ambiziosi e persistenti ambiguità, istituti di nuovo conio e regole ancora incerte. Un sistema profondamente mutato, che dopo il varo legislativo attende giocoforza i collaudi dell'interpretazione e dell'esperienza.

Sommario: 1. Scenari vecchi e nuovi. - 2. La crisi indicizzata. - 3. Gli indici standardizzati. - 4. Gli indici personalizzati. - 5. Il monitoraggio costante degli organi di controllo e la valutazione unitaria degli indici. - 6. L'esordio problematico dei meccanismi di allerta. - 7. Gli assetti organizzativi e la relativa *governance*. - 8. Il *tertium genus* del controllo di adeguatezza organizzativa. - 9. L'insorgenza dell'obbligo segnaletico. - 10. L'esonero da responsabilità degli organi di controllo. - 11. Gli attuali principi sulla responsabilità dei sindaci. - 12. Il tema della responsabilità da segnalazione erronea o abusiva.

1. Scenari vecchi e nuovi.

Le disfunzioni del nostro diritto concorsuale non sono dipese in misura predominante dalla qualità della legislazione, ma dalla povertà delle risorse, dalla conflittualità esasperata nelle controversie economiche, dalla costanza di riforme a costo zero, dalla mancanza di qualsivoglia ipotizzabile virtuoso meccanismo di sostegno all'impresa, dall'assenza, infine, di scelte politiche di fondo che valessero ad accorciare il divario fra diritto e mercato. Le continue modifiche hanno rincorso casi pratici, finendo per togliere certezza ai traffici dell'economia senza attrarre gli investitori, che scorgono nella stabilità delle regole un valore irrinunciabile.

All'interrogativo se la svolta del 2005 fornisse strumenti sufficienti, la risposta sarebbe stata probabilmente già positiva. All'altro corno del dilemma, quindi alla domanda se i protagonisti e, fra costoro, i creditori abbiano saputo adoperarli, la risposta non può che essere negativa.

Da qui l'esigenza di un ritorno, se non al giudice, ad organi neutrali di composizione dei problemi connessi al ciclo economico. E non è un segnale di immaturità del sistema, ma il sintomo di un sistema che cerca nel confronto informato e consapevole in un contesto imparziale il suo nuovo punto di equilibrio.

Le riforme del diritto dell'impresa, cioè la riforma del diritto delle società di capitali del 2003 e la prima riforma del diritto dell'insolvenza del 2005, hanno avuto origine in un momento di sviluppo e di crescita economica. Quando le risorse esistono ci si preoccupa di allocarle e in una fase di pacificazione sociale il miglior modo di gestire fisiologia e patologia dell'impresa appare, almeno ai più, quello di affidarsi a regole che si formano fra i consociati. Perciò, il valore dell'autonomia privata viene esaltato; le prescrizioni imposte cedono il passo alle regole patizie. Una visione coerente ma miope perché si gettano le basi di asimmetrie e diseguaglianze che poi la crisi enfatizzerà.

Quando la crisi è entrata nei gangli vitali dell'impresa italiana è germinato il fermento normativo. In una prima fase si è ritenuto che la svolta impressa con l'esaltazione dell'autonomia privata dovesse essere ulteriormente implementata: ciò è accaduto, pur se fra alti e bassi, sino al 2015, anno in cui ci si è avveduti che i risultati conseguiti erano decisamente difformi in rapporto

alle aspettative¹.

Il dato registrato attiene all'inefficienza della gestione privatistica dell'impresa in termini di risultati attesi per i creditori. Si è cambiato dunque passo, ma il passo è stato quello del gambero che corre all'indietro, con il recupero di larghi spazi di "pubblico". Il giudice torna al centro della scena, gli OCRI da qui a poco la occuperanno prima di lui.

Se si muove da queste scarse premesse, quando ci si avventura a cambiar le regole, è buona norma darsene di nuove e diverse, visto e considerato che quelle correnti non hanno per plurime ragioni funzionato. Regole rispondenti ad un'anima nuova sono forse un rischio da correre, che non ammette agnosticismi di maniera. E lo Stato, dovendosi misurare ancora una volta con la necessità di affrontare l'ennesima riforma a casse invariate, ha preferito dirigere le poche risorse disponibili sulle misure di allerta e sulla nuova *facies* degli organi di controllo, riallocando le spese necessarie in buona parte sui privati.

Da qui, l'impalcatura del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora in avanti, CCII)², che muove da una rigorosa presa d'atto: come tutte le attività, è fisiologico che l'impresa incroci, nel corso della sua vita – per ragioni endogene o esogene, oggettive o soggettive – parentesi di alterazione dei fattori di equilibrio su cui si regge la produzione del valore. Quando l'impresa, anziché generare valore, consuma ricchezza, è in crisi.

¹ L'ultima "mini-riforma" del diritto fallimentare è stata apportata dal d.lgs. 27 giugno 2015, n. 83, recante "*Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*", poi convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132.

² Tra i primi contributi ad ampio spettro sulle novità del CCII v. Rordorf, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *I contratti*, 2019, 129; Lamanna, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Il civilista*, I, 2019, 30; Sanzo-Burroni (a cura di), *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, Faucegna, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, Torino, 2019, Lo Cascio, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Fallimento*, 2019, 263; Nuove Leggi Civ. Comm., 2019, 4, 809 (commento alla normativa); Guerrieri, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14)*, 2019, 4, 809; Stanghellini, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Corriere Giur.*, 2019, 4, 449 (commento alla normativa); Fabiani, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principî generali e qualche omissione*, in *Foro it.*, I.

Per quest'ultima, tuttavia, il CCII sceglie una definizione articolata e la fa consistere nello “*stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*” (art. 2, lett. a). Al suo “debutto” nell'ordinamento la nozione di crisi è, dunque, un embrione d'insolvenza.

Lo stato di “difficoltà” che conduce alla decozione è, in realtà, di rado subitaneo; è conseguenza frequente di involuzioni organizzative e programmatiche dell'attività sfilacciate nel tempo. Dallo scopo unionale di “*consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire l'attività*” (Raccomandazione n. 214/135/UE), è gemmata l'esigenza di un ingresso anticipato dell'impresa in un'area d'osservazione, utile a gestirne gli squilibri e a salvaguardarne, fin dove possibile, la continuità aziendale³.

La finalità comunitaria diventa obiettivo “interno” del CCII: quello dell'emersione precoce degli stati di difficoltà passibili di declinare verso l'insolvenza, con le conseguenze della cessazione dell'attività e della fuoriuscita dell'impresa dal mercato. Un cambio netto dunque: le difficoltà economico-finanziarie rimediabili (quindi le crisi) devono affiorare alla svelta, perché se le contromisure aggrediscono le patologie d'impresa quando sono acerbe e non inguaribili, ogni squilibrio può essere fronteggiato o corretto e l'attività conservare un valore per la miglior soddisfazione dei creditori.

L'obiettivo riformistico si tiene sui due cardini nuovi accennati: la scommessa degli strumenti di allerta e composizione assistita; la differente fisionomia degli organi di controllo.

Innanzitutto, gli strumenti di allerta, concepiti né più e né meno che come obblighi a carico degli organi di controllo appunto, e aventi, come contenuto, il monitoraggio dei “segnali”

³ La continuità aziendale è nozione che il nostro legislatore non descrive, ma solo adombra nell'art. 2423-bis, comma 1, n. 1), c.c., quale principio di redazione o “postulato” del bilancio d'esercizio (“*la valutazione delle voci di bilancio deve essere fatta nella prospettiva della continuità aziendale*”); essa implica l'idoneità dell'impresa a operare sul mercato come “*entità in funzionamento*”, quindi nell'ottica della prosecuzione dell'attività per un periodo pari ad almeno dodici mesi dalla chiusura dell'esercizio. Ovvio che per una definizione più specifica del concetto sia d'uopo riportarsi precipuamente al *principio di revisione ISA Italia 570*.

di fumo della crisi e la loro segnalazione rapida e motivata, ora all'organo amministrativo, ora al c.d. OCRI presso la Camera di Commercio (Capo I, Titolo II, artt. 12-15 CCII).

Inoltre, il procedimento di composizione della crisi, contenitore neutro e scarno al cui interno sperimentare i margini reali di una soluzione concertata della crisi “fuori dal tribunale”, in un ambito “*riservato e confidenziale*” (art. 12, comma 2, CCII) che, nelle segrete stanze della Camera di Commercio, spaventa meno debitore e creditori (Capo I, Titolo III, artt. 19-23 CCII). Nell'intelaiatura dell'allerta e della composizione assistita, saranno gli OCRI a tenere le fila dei nuovi istituti, svolgendo in entrambi i contesti incombenze variegate di assistenza e consulenza, coordinamento e mediazione delle attività delle parti, indirizzo e direzione anche maieutica del debitore verso l'adozione delle iniziative più idonee e la contrattazione più efficace con creditori e *stakeholders*⁴. I soggetti che l'impresa coinvolgerà dinanzi all'organismo camerale saranno quelli con cui essa riterrà necessario interloquire, nelle prospettive parallele di una riduzione e spalmatura dei debiti o di una rinegoziazione dei contratti in essere, quindi in funzione dell'affronto di una crisi di cui nella medesima sede si indagheranno le cause (art. 19, comma 2, CCII).

Certamente l'emancipazione dell'iniziativa economica da ogni controllo e la prosperità collettiva che ne scaturirebbe sembrano essere un assioma ormai lontano; la neutralità del modello ristrutturativo concorsuale da strumento si è fatta valore in sé ma ha dato scarsa prova di sé. Le disposizioni che in qualche modo, attraverso diversi canali, sembrano favorire una reazione anticipata alla crisi sono serie e condivisibili, sol che si consideri che la pietra d'inciampo della legislazione anteriore al CCII è stata costituita dalla estrema difficoltà di far comparire la crisi dell'impresa prima che questa si tramutasse in un dissesto. L'esperienza di oltre sessant'anni ci ha consegnato, almeno in via tendenziale, un approdo alle procedure concorsuali di imprese ormai irrimediabilmente decotte nelle quali il percorso della liquidazione si palesava come l'unico praticabile.

⁴ La definizione dei nuovi organismi è resa dalla lett. u dell'art. 2 CCII: “... disciplinati dal capo II del titolo II del presente codice ... hanno il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire la fase dell'allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, la fase della composizione assistita della crisi”.

2. La crisi indicizzata.

L'allerta "all'italiana"⁵ si giocherà sull'interpretazione di una norma a contenuto mobile: l'art. 13 CCII sugli indicatori della crisi⁶.

Al primo comma la disposizione assolve, non senza ambizioni, ad un triplice compito: definisce gli strumenti per intercettare la fondatezza degli indizi di crisi ai fini della loro segnalazione ai sensi dell'art. 14 CCII; orienta il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti contabili nella definizione dei sintomi di essa (ribattezzati "indici" e irregimentati dentro modelli essenzialmente "algebrici"); costituisce il momento di discriminare tra situazioni di crisi anticipata ancora gestibili come faccende interna all'impresa (nel solco di un auspicabile, diuturno confronto fra controllanti e *governance*) e situazioni di crisi avanzata, comportanti la segnalazione, e davvero molto semiglianti all'insolvenza⁷.

La crisi possiede congenita una componente aleatoria e la sua rilevazione si offre ad esegesi arbitrarie, connesse alla necessità di tenere in conto dati previsionali connotati da un inevitabile tasso di incertezza, se non di evanescenza.

Nel campo dell'allerta, il Riformatore ha ritenuto imprescindibile predisporre segnali "ordinari" d'allarme, destinati ad entrare in funzione ogniquale volta i sistemi di controllo aziendali si dimostrino inadatti a captare a tempo opportuno la crisi, ovvero quando gli amministratori non intendano spontaneamente rilevare le avvisaglie di questa, attivandosi di conseguenza.

Sarà l'endiadi indicatori-indici a segnare l'orizzonte di attività dei sindaci e dei collegi sindacali.

In linea concettuale, gli indicatori sono dati e situazioni che svelano squilibri reddituali, patrimoniali o finanziari, facendo

⁵ In tema v. Panzani, *Allerta interna, indicatori ed indici. Alcune riflessioni sulla disciplina del codice della crisi e dell'insolvenza e sulla disciplina delle società a controllo pubblico*, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, 2019, a cura di D'Arrigo, De Simone, Di Marzio e Leuzzi, 71.

⁶ Si tratta del tema più discusso e controverso del Codice se non altro perché, come è stato rilevato, "non esiste una formula magica capace di intercettare senza possibilità di errore la presenza di una crisi": Ranalli, *Il codice della crisi gli "indicatori significativi": la pericolosa conseguenza di un equivoco a cui occorre porre rimedio*, in www.ilcaso.it.

⁷ In tema v. anche Bini, *Procedure di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo*, in *Società*, 2019, 430 ss.

pronosticare la cessazione dell'attività di impresa, poichè il quadro complessivo che illustrano è tale da precludere la continuità aziendale, quindi la capacità dell'impresa di generare flussi idonei a compiere il ciclo produttivo, facendo fronte regolarmente alle obbligazioni aziendali.

Nella nuova architettura a rivelare i “*fondati indizi di crisi*” che fanno scattare gli obblighi di segnalazione di cui all'art. 14 CCII saranno precipuamente proprio gli indicatori contemplati dal primo comma dell'art. 13 CCII. Vengono in evidenza l'insostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e le prospettive negative di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, qualora la durata residua dell'esercizio sia minore, per il semestre a seguire.

Gli indicatori verranno essenzialmente scandagliati attraverso lo strumentario degli indici, previsti poco oltre dalla medesima norma. Questi ultimi sono parametri “quantitativi” che identificano il malessere dell'impresa⁸. Ad essere appositamente dichiarati “*significativi*” i “*segni*” economico-finanziari che danno il metro dell'insostenibilità degli oneri con i flussi di cassa rivenienti dalla gestione aziendale o che rivelano l'inadeguatezza dei mezzi propri dell'impresa rispetto a quelli di terzi⁹.

Si coglie il tentativo di dar risalto, per un verso, alla capacità dell'impresa in esercizio di generare risorse sufficienti a coprire le obbligazioni maturate, per altro verso, alla sua attitudine a corredarsi di una struttura che non sia pervasa da un eccessivo apporto di risorse esterne (con correlato fardello debitorio) rispetto alla misura di quelle proprie spendibili nel ciclo produttivo e per

⁸ Dubbi frequenti hanno riguardato fin dalla genesi delle norme “*l'ossessione di inserire indicatori ed indici quantitativi*” per stabilire quando sorge l'obbligo di segnalazione della crisi: Così Rodorf, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., 134; in generale su questo tema si v. anche Spolidoro, *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. Soc.*, 2018, 180, Guiotto, *I sistemi d'allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Il Fallimento*, 2019, 409, Ferro, *Allerta e composizione assistita della crisi nel d.lgs. n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Il Fallimento*, 2019, 419 Jorio, *La riforma della legge fallimentare fra utopia e realtà*, in *Il diritto fallimentare e delle soc. comm.*, 2019, 290.

⁹ La lettera del secondo periodo del primo comma dell'art. 13, è piuttosto infelice, dacchè i “*segni*” della crisi, piuttosto che espressi in negativo nel detto senso di insostenibilità e inadeguatezza sono declinati stranamente “in positivo”, ossia con riguardo alla sostenibilità degli oneri finanziari e all'adeguatezza dei mezzi propri in rapporto a quelli esterni.

la gestione corrente.

A venire in auge in linea di principio soltanto indici predittivi. L'elemento è rivoluzionario: a rilevare sarà il "futuro" dell'impresa, attraverso elementi prognostici che ne consentono una rigorosa prefigurazione; non risalteranno più, di converso, i meri dati statici e contabili, né gli accadimenti accertati, da riguardare alla moviola e a ritroso.

La concreta specificazione dei "segnali" di crisi è stata demandata dal comma 2 dell'art. 13 CCII al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti contabili, che elaborerà indici "standardizzati" con cadenza almeno triennale.

I sintomi verranno, dunque, "clusterizzati" per tipologie di attività, con individuazione di dati e situazioni suscettibili di lasciar diagnosticare settorialmente lo stato di crisi; ciò terrà conto delle differenze che finiscono per innervare l'attività d'impresa, vuoi per le sue dimensioni, vuoi per il comparto merceologico di operatività della stessa.

È a ragion veduta precisato che la valutazione degli squilibri va rapportata alle specifiche caratteristiche dell'impresa e all'attività effettivamente svolta dal debitore. Gli squilibri dovranno, inoltre, tenere conto della data di costituzione e di inizio dell'attività: necessario, infatti, considerare il grado di maturità dell'impresa e il consolidamento della sua presenza nel *marketplace* del ramo di appartenenza.

Qualora l'imprenditore stimi inadeguati gli indici "standard" in relazione alle caratteristiche della propria attività, potrà avvalersi di indici "sartoriali", che confezionerà a suo grado addosso all'impresa (art. 13, comma 3, CCII), sterilizzando l'incidenza dei primi. All'uopo motiverà sulle ragioni della ritenuta inadeguatezza degli strumenti precostituiti in relazione a natura e struttura dell'attività esercitata, quindi darà conto di indici diversi consoni alla condizione e alle sembianze di questa. Di detti indici "tailor made" occorrerà dar conto nella nota integrativa al bilancio di esercizio; tali strumenti alternativi pretenderanno, inoltre, una previa attestazione da parte di un professionista qualificato.

L'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 13 predispone un altro significativo indicatore della crisi, da valutare in autonomia rispetto agli altri due: si tratta dei ripetuti e rilevanti ritardi nei

pagamenti dei debiti aziendali, evenienza tutt'altro che infrequente nel contesto imprenditoriale italiano. Significativi sono “*anche*”, quindi non esclusivamente, i ritardi previsti nell'art. 24 CCII per l'accesso alle c.d. misure premiali, norma alla quale il comma in parola fa espresso rinvio. Rileveranno dunque come salienti: a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso i fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato o comunque per oltre tre mesi, degli indici “standardizzati” o di quelli “personalizzati”.

Eppure il rimando all'art. 24 non è – come additato – tranciante, sol che si consideri il tenore letterale della disposizione racchiusa nel comma in esame, che evoca “*anche*” quei ritardi, senza escluderne altri. La disposizione pare allora ammettere che pure inadempimenti diversi da quelli esplicitati possano configurare “*fondati indizi*” di crisi, quale che sia la misura dell'importo non versato, l'inesattezza compiuta o la consistenza della mora.

Ai sensi dell'art. 14, comma 4, CCII rilevano *ab implicito* quali indicatori della crisi (benchè non espressamente appellati tali) anche le variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti poste in essere dagli istituti di credito e dagli intermediari finanziari di cui all'art. 106 del TUB. Non è casuale, infatti, che di operazioni sui “conti” del debitore banche e intermediari debbano dar notizia anche agli organi di controllo societari.

Uno sguardo al sistema dà la misura della scelta di campo intrapresa: tutte le grandezze rilevanti in funzione della sollecitata apparizione della crisi sono grandezze future, non ricavabili *sic et simpliciter* da sondaggi o retrospettive contabili rappresentativi di eventi aziendali già intercorsi. L'approccio è *forward-looking*, non più *backward-looking*: gli indicatori pretendono una valutazione lungimirante e prospettica, costruita su elementi che troveranno realizzazione nel prosieguo dell'impresa. È in quest'ottica che va intesa anche l'importanza affidata al “semestre”, quindi la fissazione di un intervallo temporale stringato e severo all'interno del quale l'imprenditore deve costantemente monitorare la propria capacità prognostica di adempiere alle obbligazioni e di mantenere la vitalità aziendale.

Il mutamento di visione, che dall'epoca della rilevanza storica e statica, conduce all'era della valutazione evolutiva dei dati, avrà un impatto relevantissimo sugli assetti organizzativi che, non fortuitamente, il legislatore prevede debbano essere adeguati a consentire all'imprenditore e agli organi di controllo di disporre di un quadrante spie – quindi di indici – utili a precognizzare, con un congruo anticipo, l'andamento della tesoreria aziendale e dei flussi economici, così da adottare per tempo i rimedi.

3. Gli indici standardizzati.

Nell'art. 13 CCII, il legislatore abdica a una definizione generale degli indici, quali parametri di intercettazione della crisi¹⁰. Normale che sia così, la crisi è una condizione dilatata e febbrile, sicchè l'idoneità a fare venire a galla i sintomi specifici utili alla sua diagnosi non può essere circoscritta entro soglie tipizzate. Piuttosto, è imprescindibile poter valorizzare un catalogo eterogeneo e aperto di segnali d'allarme: tutti quelli atti a denotare nel caso concreto, vuoi l'incapacità dei flussi di cassa aziendali a sostenere gli oneri dell'indebitamento, vuoi il conclamato disequilibrio tra i mezzi propri dell'impresa e quelli forniti da terzi, vuoi una prognosi infausta sulla continuità aziendale.

Il legislatore, pur senza renderlo mezzo esclusivo di lettura della crisi, ha ritenuto vantaggioso fornire una “bussola” di approccio metodologico ad essa. Lo ha fatto delegando il Consiglio Nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili, *ex art. 13, comma 2, CCII*, a coniare un *panel* di indici, da sottoporre al Ministero dello Sviluppo economico, ad intervalli al massimo triennali.

Gli indici hanno una declinazione aritmetica e sono stati elaborati tenendo conto delle migliori prassi nazionali ed internazionali, con riferimento a ciascuna categoria di attività economica ISTAT.

Si tratta di congegni validi, ma che non valgono ad escludere

¹⁰ In tema v. di recente Perrino, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corriere Giur.*, 2019, 5, 653.

l'impiego, da parte degli organi societari, di ulteriori e alternative chiavi di lettura acconce ad individuare le situazioni di crisi.

Non è occasionale, del resto, che l'art. 14 CCII, nel tracciare gli obblighi di segnalazione in capo agli organi di controllo societari, non contenga riferimento alcuno agli indicatori e agli indici di cui all'art. 13 CCII. Il rapporto tra il binomio indicatori-indici, da una parte, e i “*fondati indizi*”, cui la disposizione l'art. 14 aggancia la crisi e l'obbligo di segnalarla, è ancillare, ma non assorbente.

L'endiadi su indagata serve a scrutare la sintomatologia della crisi, ma non a giustificarne o sorreggerne in via esclusiva la diagnosi. Quest'ultima si appaga di eventuali, ulteriori strumenti ed è suscettibile di essere corroborata di altri riscontri, di trovare altre conferme.

Nondimeno il Gruppo di Lavoro del CNDCEC ha varato, da ultimo, un primo novero di indici. Il documento appena presentato non si limita ad individuare i parametri, custodendo una vera e propria guida operativa per la rilevazione dei “*fondati indizi*” dai quali scaturisce l'obbligo segnaletico cui al successivo art. 14.

L'esigenza di favorire la valutazione unitaria degli indici, da una parte, e quella di assicurare la razionalità e controllabilità del percorso valutativo, dall'altra, hanno indotto il CNDCEC ad adottare una strutturazione degli indici combinata e gerarchica, rispetto alla quale non può che rimanere comunque avulsa l'applicazione meccanica di algoritmi.

Un ruolo prevalente è affidato al patrimonio netto e ai ritardi reiterati e significativi nei pagamenti; un ruolo di filtro subalterno è assegnato al c.d. DSCR (*debt service coverage ratio*); un ruolo ulteriormente gradato e suppletivo è attribuito ad una griglia di cinque parametri variamente declinati.

Nell'ottica del documento, affinché possa escludersi la crisi il patrimonio netto deve mostrarsi positivo e almeno pari al minimo di legge. Un segno “più” del patrimonio rivela l'assenza di un pregiudizio attuale alla continuità aziendale dell'impresa; un segno “meno” ne svela la crisi, con quel che ne consegue sugli obblighi di segnalazione a carico dei controllanti.

Allo stesso modo i reiterati e significativi ritardi di pagamento fanno ostensione inequivoca e irrefutabile di una condizione di

crisi in una rassegna di ipotesi: quando gli inadempimenti comportino non episodiche azioni esecutive da parte dei creditori; allorchè i ritardi implicino l'interruzione delle forniture o la loro subordinazione a pagamenti a vista, con pregiudizio per il normale afflusso degli approvvigionamenti; qualora i ritardi siano superiori a trenta giorni nel pagamento dei tributi, dei contributi e delle retribuzioni si verifichino in via ricorrente; ove le more attengano a debiti bancari e si snodino per una durata superiore a novanta giorni, quando ad accompagnarli siano la revoca degli affidamenti ovvero la dichiarazione di avvenuta decadenza dal beneficio del termine.

Solo in presenza di un patrimonio netto positivo e in assenza di ritardi reiterati e significativi del tenore di quelli anteposti, viene in uso un secondo criterio selettivo della crisi, occorrendo verificare la sostenibilità del debito per almeno i sei mesi successivi facendo impiego del suddetto DSCR. È il criterio costruito sul rapporto tra i flussi al servizio del debito ed il debito da servire ed è fruibile attraverso approcci metodologici diversi, che il documento rimette alla scelta degli operatori, premurandosi soltanto di precisare che, in ogni caso, numeratore e denominatore devono essere tra di loro confrontabili.

Il DSCR non si concede, peraltro, ad una applicazione acritica: esige siano disponibili i dati prognostici (a partire dal *budget* di tesoreria da utilizzarsi per la determinazione dei flussi di cassa rilevanti) e postula che gli organi di controllo non li ritengano inaffidabili, secondo il proprio giudizio professionale. Il paradigma neanche troppo velato è quello della diligenza del buon professionista di cui all'art. 1176, comma 2, c.c.

Se il DSCR è indisponibile o inutilizzabile, si ricorre, infine, ad una sequenza di cinque indici, con soglie settorializzate. Detti indici, che in tanto rilevano in quanto siano congiuntamente violati, sono i seguenti: a) indice di sostenibilità degli oneri finanziari in termini di rapporto tra gli oneri finanziari ed il fatturato;

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

Con ogni evidenza il documento dà dettaglio e sostanza ai due indici “significativi” preindicati dall’art. 13, comma 1, CCII nella sostenibilità degli oneri dell’indebitamento con i flussi di cassa generati dall’impresa e nell’adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Evidente, infatti, che il rapporto fra oneri finanziari e flussi di cassa si presti ad essere ponderato attraverso una lettura coordinata dell’indice di sostenibilità degli oneri finanziari e dell’indice di ritorno liquido dell’attivo; altrettanto chiaro che il rapporto mezzi propri-mezzi di terzi sia mutuato nell’indice di *leverage* o di adeguatezza patrimoniale.

Rimarchevole che il documento introduca la periodicità almeno trimestrale della rilevazione. Il segmento cronologico prescelto è ritenuto congruo e adeguato a consentire l’adempimento dell’obbligo, gravante sull’organo di controllo, di verificare che quello amministrativo valuti costantemente la sussistenza dell’equilibrio economico-finanziario e il prevedibile andamento della gestione. Non si tratta di un lasso temporale ipotizzato a caso, rinvenendosi – si noti bene – un identico turno di mesi nel comma 1 dell’art. 24 CCII ai fini dell’accesso alle misure premiali da parte dell’imprenditore tempestivo.

Naturale che il monitoraggio per trimestri, facendo difetto un bilancio approvato, debba svolgersi sulla base di una situazione infrannuale, volontariamente redatta dall’impresa, proprio in funzione della valutazione dell’andamento economico e finanziario; pare sufficiente, a tal fine, che la situazione sia elaborata con riferimento a stato patrimoniale e conto economico, aggregando le voci.

4. Gli indici personalizzati.

Si è dianzi veduto (par. 2) come l’ultimo comma dell’art. 13 faccia salva la possibilità di disapplicare gli indici “standard” e di individuarne di personalizzati, atti a porre in luce, in caso di sfioramento, la sussistenza dello stato di crisi.

Pure detti differenti indici, entro una logica che è di sistema, dovranno accertare la sostenibilità del debito attraverso i flussi di cassa che l’impresa è in grado di generare nel prossimo futuro nonchè l’equilibrio tra mezzi propri e indebitamento. Ed è per evitare che da personalizzati divengano autoreferenziali, che ne

è richiesta l'attestazione di adeguatezza da parte di un professionista indipendente.

La possibilità di fabbricare "in casa" gli indici, in realtà, sottende un vero e proprio obbligo per gli amministratori, da adempiere di necessità ogniqualvolta gli indici "standard" si palesino manifestamente inadeguati a misurare, in prospettiva, la sostenibilità del debito e l'equilibrio patrimoniale dell'impresa.

La mancata soggiacenza ai parametri predisposti dal CND-CEC non sarà arbitraria, dovendo essere motivata, con la specificazione delle ragioni a supporto nella nota integrativa al bilancio, nella quale verranno sciorinati i diversi indici maggiormente idonei e chiariti i motivi della loro maggiore idoneità.

L'attestatore degli indici "*tailor made*" corrisponde alla figura descritta alla lett. o) dell'art. 2 CCII, a sua volta sovrapponibile a quella oggi espressa nell'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall. Il professionista chiamato a valutare i parametri caratteristici dovrà, dunque, essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese e al registro dei revisori legali, avere i requisiti di cui all'art. 2399 c.c. e non essere legato all'impresa o ad altri soggetti interessati all'operazione da rapporti di natura personale o professionale.

Il giudizio tecnico misurerà, avvalorandola, la capacità degli indici alternativi prescelti ad integrare un adeguato meccanismo di *early warning*.

Trattandosi di congegni con funzioni previsionali essi non possono erigersi sul semplice esame di situazioni contabili che, per loro natura, recepiscono accadimenti aziendali già occorsi; è necessario, piuttosto, che si sostengano su un giudizio espresso al lume di piani prospettici che l'impresa sarà, pertanto, tenuta a predisporre.

È certamente escluso che l'attestatore possa assumere un ruolo proattivo e spingersi a verificare l'esistenza di altri e migliori indici della crisi; egli deve limitarsi al giudizio (favorevole o contrario, per quanto sempre argomentato) su quelli sottopostigli dall'ente.

La circostanza che la relazione d'attestazione sia allegata alla nota integrativa al bilancio, quindi depositata con quello presso il Registro delle imprese, consentirà a chiunque ne abbia interesse di esaminare il percorso logico-valutativo seguito dal professionista e, se del caso, di contestarlo.

Di spicco è – una volta di più – il ruolo ascrivito all'organo di controllo al cospetto degli indici personalizzati. Quand'anche assistiti da positiva attestazione, ove appaiano manifestamente disadatti a cogliere prontamente gli indizi di crisi o a rispondere alle finalità indicate nel primo comma dell'art. 13, è inevitabile che l'organo anzidetto dia evidenza delle proprie opinioni. Lo farà manifestando le proprie considerazioni critiche nella relazione *ex art. 2429 c.c.* al bilancio (nella cui nota integrativa saranno stati riversati i nuovi indici). D'altronde, l'espressione consapevole, da parte dei sindaci, di osservazioni e proposte in merito al bilancio e alla sua approvazione, da inserire nella relazione in parola presuppone una verifica puntuale relativamente alla correttezza dell'impostazione del documento contabile e dei principi di valutazione applicati.

Da lì in avanti il sindaco (o il collegio) sarà deputato a svolgere autonome valutazioni sull'eventuale emersione di “*fondati indizi*” di crisi, rispetto ai quali gli indici personalizzati adottati dalla *governance* gli sono apparsi inefficaci.

5. Il monitoraggio costante degli organi di controllo e la valutazione unitaria degli indici.

Le verifiche dell'organo di controllo sono state finora ristrette alle verifiche trimestrali ed all'esame del bilancio d'esercizio, con la redazione della relazione di cui all'art. 2429 c.c..

Il dato emerso nel flusso giurisprudenziale sta, peraltro, in ciò, che il controllo sindacale non si esaurisce in una mera verifica formale o in un riscontro contabile della documentazione messa a disposizione dagli amministratori, ma contempla il riscontro tra la realtà e la sua rappresentazione¹¹.

Il giudice nomofilattico ha, d'altronde, evidenziato che il dovere di controllo gravante sui sindaci riguarda non soltanto i singoli atti gestori degli amministratori, ma, più in generale, l'intero andamento della gestione sociale, in quanto l'attività di vigilanza non è rivolta esclusivamente alla tutela dell'interesse dei soci, ma anche di quello, concorrente, dei creditori sociali. Ne deriva che il controllo operato dall'organo di controllo non può

¹¹ V. *ex multis* Cass., 22 marzo 2016, n. 14045, in *Giur. It.*, 2016, 10, 2250

limitarsi ad una mera verifica sulla correttezza formale dell'amministrazione ma deve estendersi alla regolarità sostanziale della gestione, così come ricavabile dall'esame della documentazione contabile e dai dati forniti dall'organo amministrativo¹².

Tale controllo non può, peraltro, giungere a sindacare il merito e l'opportunità della gestione in termini di valutazione *ex post* della redditività e proficuità economica dell'operazione compiuta, poiché tale apprezzamento rientra nella insindacabile discrezionalità dell'organo gestorio, secondo la *business judgment rule*. Del resto, se alla luce di quest'ultimo principio il controllo giudiziale non si può estendere al merito dell'attività, pure quello dei sindaci deve scontentarlo come limite¹³.

In realtà, astenendosi da *rules* d'importazione, può rilevarsi che la vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione di cui all'art. 2403 c.c. è clausola generale del nostro sistema, nella quale si inseriscono il controllo sulla diligente gestione degli amministratori, nonché tutti i profili dell'amministrazione in relazione alla specificità dimensionale-qualitativa delle singole società, con il solo limite delle scelte di merito in senso stretto.

Già oggi, allora, se non è compito dei sindaci discutere le scelte della *governance*, è loro dovere verificare che le valutazioni da questa proposte siano conformi ai criteri dettati dalla legge e intrinsecamente ragionevoli, in quanto, da un lato, coordinati agli *standards* previsti per le operazioni alle quali ineriscono, dall'altro lato, improntati a sani e non incongrui criteri di gestione dell'impresa.

Il CCII, puntando sulle misure idonee all'emersione tempestiva della crisi, ha riplasmato, arricchendole, le funzioni dell'organo di controllo.

Se gli obblighi tracciati permangono e con essi i paradigmi e i principi della responsabilità, con il CCII cambia sensibilmente il livello delle regole d'azione dei sindaci. L'assetto necessiterà un prolungato collaudo dagli esiti incerti, eppure suggestivi.

L'art. 14, comma 1, CCII, nel porre a carico dei sindaci, dei collegi sindacali e dei soggetti incaricati della revisione dei conti

¹² Cass., 27 maggio 2013, n. 13081, in *Società*, 2013, 7, 856.

¹³ V. Rordorf, *Il nuovo sistema dei controlli sindacali nelle società per azioni quotate*, in *Foro It.*, 1999, V, 238; Cavalli, *I sindaci*, in *Tratt. Colombo, Portale*, 5, Torino, 1988, 94.

l'obbligo di "*segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo ... l'esistenza di fondati indizi della crisi*", marca due esigenze sistemiche: quella del monitoraggio costante e non occasionale e differito dei controllanti sull'attività dei gestori; l'altra – servente rispetto alla prima – del confronto interorganico, che si fa serrato e costante, fra gli uni e gli altri.

Il dado è tratto nel senso del sovvertimento dell'impostazione classica: l'attività sindacale come controllo *ex post* su atti ed eventi già conclusi si appanna e svanisce; a riempirne lo spazio è un impianto nuovo, concepito come vigilanza incessante sull'attività nel suo complessivo dispiegarsi.

Detta vigilanza si approssima, fino a coincidervi, con un controllo in tempo reale *just in time* di matrice aziendalistica, atteggiandosi ad aspetto consustanziale all'esercizio d'impresa: le scelte di allocazione delle risorse, le opzioni strategiche, le attività organizzative, come pure quelle materiali di produzione e vendita dei beni e servizi, sono verificate continuativamente e passate al setaccio dagli organi di controllo, non perché debbano essere giudicate ed investite in quanto tali, ma per le ripercussioni che estroflettono sull'adeguatezza degli assetti, sulla rilevanza della crisi, sulle prospettive di continuità aziendale.

Il confronto assiduo è suscettibile di sfociare nell'apertura di una procedura di allerta (*ex art. 14, commi 2 e 3, CCII*), ma pure di escluderla qualora le risposte del *management* siano convincenti e si addivenga all'interno dell'impresa a governare proficuamente gli squilibri, occupandosene reciprocamente per tempo e non *in extremis*.

Proprio alle viste di un ruolo non attendista ma operoso gli organi di controllo e della convinzione invalsa per cui l'efficacia del controllo dipende essenzialmente dal corretto funzionamento del getto informativo tra gli organi sociali, già il legislatore della Riforma del diritto societario aveva predisposto diversi strumenti mirati alla conoscenza approfondita della situazione organizzativa, amministrativa e contabile della società. Nel codice civile sono presenti l'obbligo per i sindaci di partecipare alle adunanze del consiglio di amministrazione ed alle riunioni del comitato esecutivo (art. 2405 c.c.); la facoltà di chiedere agli amministratori notizie sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari, anche con riferimento a società controllate (art. 2403-*bis* c.c.); l'obbligo degli amministratori delegati di riferire (al consiglio di amministrazione ed) al collegio sindacale

sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggiore rilievo per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate (art. 2381 c.c.); il dovere del collegio sindacale e dei soggetti incaricati della revisione legale di scambiarsi tempestivamente le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti (art. 2407-*septies* c.c.). I componenti degli organi di controllo detengono prerogative, anche individuali, di ispezione e di richiesta di informazioni e beneficiano della possibilità di scambiare informazioni con il revisore esterno, nonché con i corrispondenti organi di società controllate circa i sistemi di amministrazione e controllo e l'andamento generale dell'attività sociale; essi anche sono abilitati (in via surrogatoria) a convocare l'assemblea nei casi di riduzione del capitale per perdite¹⁴.

Nella stagione imminente dell'allerta, l'interlocuzione e il contraddittorio fra *governance* e sindaci avverranno necessariamente in campo aperto e a schema libero; saranno destrutturati, in linea di principio deformalizzati, ma dovranno essere minuziosamente tracciabili, occorrendo documentare, non solo l'attività degli organi di controllo (dalla stessa dipendendo la valutazione sull'adempimento di obblighi rimodulati), ma la storia reale dell'esercizio dell'impresa. Il percorso di quest'ultima dovrà essere nitido, completo dovrà mostrarsene il *set* informativo se e quando la stessa dovesse entrare in crisi. In caso contrario, non può esservi allerta o composizione che tenga, se non alla stregua di anticamera più o meno consolatoria del dissesto.

Il piano dei rapporti fra amministratori e sindaci da chiuso ed episodico, diviene stabile, aperto e dialettico. Solo se approcciato in tal modo il sistema ha una *chance* di buon esito. La funzionalità degli istituti postula la persistente trasmissione delle informazioni tra amministratori e organo di controllo, di modo che quest'ultimo possa essere sempre e sollecitamente informato di ogni aspetto saliente ai fini della tenuta dell'equilibrio economico-finanziario e della continuità aziendale, attivando, ove occorra, i propri penetranti poteri ispettivi.

Le norme del CCII, del resto, non sembrano delineare in favore dei controllanti posizioni di intervallo o di *stand by*, né per-

¹⁴ V. Cass. 4 maggio 2012, n. 6788, in *Le Società*, 2012, 1269.

mettono loro di adagiarsi sugli indici, men che meno di attenderli.

Lo schema è perspicuo: non è legittimo aspettare che le “spie” si accendano per governare la crisi; non è sufficiente che le stesse pulsino di luce rossa per attivare meccanicisticamente la segnalazione all’OCRI.

Gli organi di controllo non rimangono più defilati rispetto alla gestione corrente, è questo il dato nuovo e netto, quasi in una modificazione genetica del ruolo.

Certo, essi sono tenuti a verificare, innanzitutto, l’idoneità degli assetti a tenere sotto controllo il “pallottoliere” costruito attorno agli indici quantitativi degli artt. 13, 15 e 24 CCII. Ma non possono arrestarsi a tale incumbente.

La crisi che fa scattare le segnalazioni è, infatti, solo quella espressa da “*fondati indizi*” (comma 1, art. 14 CCII). Occorre un’alterazione provvista di riprove, al di là dell’evidenza di dati numerici che forniscono una porzione pure importante della realtà dell’impresa (perlomeno dove sono affidabili le scritture che li riportano).

Ad accompagnare il precetto sulla fondatezza degli indizi è quello che prescrive la segnalazione “*motivata*” da parte dell’organo di controllo (comma 2).

Fondatezza e motivazione disegnano l’area protetta entro cui si esplica il ruolo di ponderazione dell’organo di controllo.

Due i margini esterni: il primo dimora nell’impossibilità del controllante di fare fideistico assegnamento sull’esito algoritmico connesso all’impiego degli indici; il secondo è costituito dall’imprescindibilità di un vaglio critico – sempre e comunque – dei dati che descrivono “numericamente” la situazione di crisi.

Gli elementi indicizzati o indicizzabili vanno letti e filtrati sulla base degli elementi concreti e finanche atipici, che persistentemente vanno ricercati e rintracciati.

Dinamica chiara anche stavolta: non è sufficiente la violazione degli indici perché si concretizzi un fondato indizio di crisi dal quale discenda l’obbligo segnaletico. *Ex adverso* non è necessaria la violazione in parola perché la crisi si lasci fondatamente presumere.

Ai segnali “stadardizzati” del CNDCEC non possono corrispondere, in definitiva, altrettante “spie” che, illuminandosi sul

cruscotto di un'ipotetica crisi, comportino in automatico la segnalazione all'OCRI della faccenda.

Le “spie” sul cruscotto né vanno aspettate, né sono in grado di supportare segnalazioni acritiche.

Gli organi hanno, in tal senso, la facoltà di neutralizzare l'impatto degli indici, escludendo, nonostante gli allarmi da essi lanciati, la sussistenza dello stato di crisi. Anche in ciò si sostanzia l'unitarietà di valutazione espressamente sancita dal comma 2 dell'art. 13 CCII.

Specularmente, gli organi di controllo hanno il compito di ricervare gli indizi al di là dagli indici, ossia anche fuori dai bilanci.

Gli indici sono il mezzo, non il fine ultimo dei meccanismi di allerta. Perché recano una radice di criticità – così da poter essere forieri di “falsi negativi” – per l'incapacità della matematica di sfogliare le pagine complesse dell'impresa, che non rinvengano traccia sui libri contabili. Ad alimentare gli indici sono documenti di retrospettiva, spesso non rappresentativi (si pensi alla congerie di casi in cui la contabilità è carente o addirittura mancante o, comunque, poco meticolosa), men che meno illustrativi della verità delle dinamiche economiche e dei loro dettagli. I fatti espressivi dell'andamento dell'impresa sono spesso estranei al bilancio, dal che il rischio non meno ragguardevole di “falsi positivi” ove ci si concentri solo sui dati organizzati da quello.

È in quest'ottica che il legislatore consegna gli strumenti che indicizzano la crisi ad una ineludibile valutazione unitaria, che vuole essere filtro e sintesi tra ciò che è matematicamente emerso e ciò che è concretamente rimasto sottotraccia. È solo la comparazione tra gli elementi aritmetici noti a consentire di assegnare alla somma di essi una patente di idoneità sintomatica a giustificare l'illazione sul *factum probandum*, che è – non si dimentichi – l'insolvenza “*probabile*” dell'imprenditore (art. 2, lett. b), CCII).

Tutto ciò è conciliabile con la prerogativa riassunta all'ultimo comma dell'art. 13 CCII: se è consentito all'impresa costruirsi *in house* le proprie soglie di crisi, le è permesso farlo in ciascun frangente, pure in quello in cui la valutazione unitaria degli *standards* dovesse svelarli inadatti a cogliere la contingenza dell'impresa e dei suoi sviluppi.

Sindaco e collegio assumono dunque un volto nuovo, cui corrispondono prerogative originali. È l'art. 37 CCII a marcarne la principale, innovando sensibilmente il quadro della l.fall. (come evincibile dall'art. 6 della stessa), tanto da stabilire che la domanda di apertura della liquidazione giudiziale può essere proposta anche dagli organi che hanno funzioni di controllo e vigilanza sull'impresa. Ciò testimonia di un ruolo dell'organo di controllo che non è limitato ad un vaglio meccanico sui numeri dell'impresa, ma all'esercizio di un'analisi puntigliosa della sua dimensione reale.

6. L'esordio problematico dei meccanismi di allerta.

Una prima caratteristica della crisi mutuata dal CCII è il suo essere adiacente ad uno stato insolvenza, incentrandosi l'art. 2, comma 1 sulla "*probabilità*" di questa, senza peraltro richiamare la reversibilità dell'alterazione dei fattori della produzione e dell'organizzazione d'impresa.

L'attuale "*inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*" su un orizzonte temporale di sei mesi (arg. ex art. 13, comma 1, CCII, ove il riferimento è alla "*sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi*") sembra già integrare uno stato sostanziale di decozione, più che uno squilibrio suscettibile di rimarginarsi.

Né va trascurato che l'art. 13 CCII tra gli "*indicatori della crisi*" evoca "*ritardi nei pagamenti reiterati e significativi*", ovvero ciò che già oggi, in punto di azione revocatoria fallimentare, costituisce indice sintomatico di un vero e proprio stato d'insolvenza, non di una patologia affrontabile in guisa da rimettere in sesto il paziente-impresa.

Su queste basi, tre paiono in dettaglio le criticità intrinseche ai meccanismi di allerta: il segnale rischia di giungere troppo tardi; il segnale può generare esternalità negative per l'impresa, in quanto è dubbia la tenuta della riservatezza¹⁵; il segnale riguarda la manifestazione finanziaria dello stato di crisi, non la

¹⁵ Si è anche sottolineata la necessità di colmare il vistoso vuoto di disciplina con riferimento alla precisazione dei doveri e delle correlative responsabilità dell'OCRI nella gestione del nuovo apparato procedimentale dell'allerta anche con riguardo alla violazione della riservatezza delle informazioni: v. Ranalli, *Le*

crisi vera e propria.

Della intempestività del segnale in parte si è detto, giovando soggiungere che gli amministratori che approvano il bilancio debbono verificare se esistono le condizioni per la continuità aziendale (*going concern*). Analoga ed autonoma valutazione deve essere compiuta dalla società di revisione ai sensi del principio di revisione ISA 570 Italia e dall'organo di controllo chiamato a pronunciarsi sulla proposta di bilancio degli amministratori. La continuità aziendale presuppone due profili: la sostenibilità dei debiti per almeno i dodici mesi successivi; l'assenza di significative incertezze che potrebbero rendere il debito insopportabile (si pensi ai mancati rinnovi di una licenza o di una importante commessa). Sono indicatori – quelli accennati – di sicuro più severi di quelli previsti dal CCII per l'allerta, nel cui contesto rilevano l'orizzonte semestrale di copertura dei debiti e l'impatto di meri parametri quantitativi. Poiché il *management* dell'impresa presumibilmente avrà già adottato tutte le possibili soluzioni per evitare la perdita della continuità aziendale, vi è il serio rischio che il segnale di allerta vibri quando l'impresa abbia già perduto il *going concern* ovvero sia tramontata la realizzabilità di tutte le condizioni sulla base delle quali era stata valutata la continuità aziendale in sede di ultimo bilancio. Viceversa, può fisiologicamente accadere che l'allerta non suoni pur in presenza di fatti qualitativamente negativi suscettibili di rilevare in un orizzonte temporale superiore ai sei mesi (si pensi al caso del mancato rinnovo di una commessa), ma che la verifica della continuità aziendale a fini di bilancio avrebbe rilevato comunque in anticipo.

Di non poco momento le esternalità negative che possono ridondare sull'avvenire dell'impresa. Qualora lo stato di allerta divenisse di dominio pubblico, ne sarebbero influenzate le decisioni di tutti gli *stakeholder*, con il rischio concreto di danneggiare l'impresa. Per questo motivo il CCII introduce un obbligo di riservatezza in capo ai soggetti coinvolti (impresa e OCRI). Molti rimangono i dubbi sulla reale tenuta della *privacy* e sui rischi di *information leakage* sullo stato di crisi fra i dipendenti,

procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità, in *Il fallimentarista*, 31 ottobre 2017.

, con particolare riguardo alla responsabilità per violazione della riservatezza delle informazioni.

i clienti, i fornitori e il ceto bancario.

D'altronde, qualora nella fase di assistenza da parte dell'OCRI si chiudesse il bilancio d'esercizio, gli amministratori, la società di revisione ed il collegio sindacale, non potrebbero mantenere l'informazione "criptata", avendo forse l'obbligo di darne informazione nel documento contabile.

Vi è allora il pericolo dei costi indiretti legati alla circolarizzazione di informazioni sull'attuale condizione di difficoltà economico-finanziaria dell'impresa: il rischio riguarda la possibile perdita di risorse o di relazioni chiave (con clienti o fornitori) o di opportunità operative (ad esempio col rallentamento della partecipazione a bandi di gara).

Infine, a sporgersi è il profilo della manifestazione solo finanziaria della crisi. La crisi che si prevede evolverà in insolvenza nei successivi sei mesi è una crisi approdata oramai al suo ultimo stadio, fatta rara eccezione per i casi di imprese che soffrano di una temporanea condizione di tensione di liquidità. La crisi d'impresa sporadicamente è rapida e improvvisa, traendo normalmente origine da condizioni strutturali, vuoti di declino, vuoti di vulnerabilità.

Dal primo punto di vista, può aver venire in risalto un'accesa competizione volta ad escludere le imprese più piccole dal settore, l'obsolescenza del portafoglio prodotti in virtù dell'accelerazione di investimenti di nuova generazione da parte dei concorrenti, la presenza di nuovi beni sostituti, l'invecchiamento del modello di *business*, lo scotto degli investimenti errati compiuti nel passato. Dal secondo punto di vista, può venire in evidenza una fragilità tanto sul piano organizzativo ed operativo (è il caso di un'inadeguata valutazione dei rischi) quanto sul piano finanziario (è il caso di un'insufficiente dotazione di patrimonio che non permette di sopportare una contrazione dei ricavi a seguito di una concorrenza di prezzo, la quale a parità di volumi di vendita, si traduce pressoché integralmente in una perdita di risultato netto).

Se le cause di declino e di vulnerabilità sono strutturali, solo trasformando il *business*, la sua struttura organizzativa ed operativa e/o intervenendo sulla struttura finanziaria d'impresa è possibile porvi un'argine rimediabile. Si tratta di trasformazioni che *more solito* richiedono investimenti innovativi, disinvestimenti selettivi, iniezioni di nuove competenze manageriali e di

nuovo capitale, nuovi equilibri di *governance*; esse presuppongono quindi, per la propria adozione, la consapevolezza dell'irreversibilità della situazione di debolezza, in assenza di azioni correttive di vera e propria trasformazione del modello e della formula *business*.

Il funzionamento dell'allerta dipende, allora, dalla capacità del collegio sindacale di svolgere a priori un'analisi focalizzata sulla corretta predisposizione e sull'effettivo funzionamento di forme di procedimentalizzazione necessarie alla formazione della volontà sociale, la quale necessiterà di un'approfondita attività di raccolta di informazioni. Il monitoraggio costante va, allora, ben oltre le ipotesi legali di intervento necessario del collegio sindacale¹⁶ e reclama valutazioni attente e basate, non solo su un esame dei dati contabili, quanto su elementi gestionali ed organizzativi desunti dalle informazioni trasmesse dagli altri organi sociali o dalle attività di ispezione e controllo dirette del collegio sindacale.

Considerevoli sono anche le criticità esogene ai dispositivi d'allerta coniati dal legislatore. Esse attengono all'*humus* culturale, che ha tutt'altro che l'aspetto di un terreno fertile. Sin dal 2003, si girava attorno al tema dell'allerta. Se ne era lungamente discusso durante i lavori della prima "Commissione Trevisanato", allorchè il manipolo propenso ad accogliere la sfida venne drasticamente sconfitto dalla maggioranza di quanti guardavano a detti dispositivi come un corpo estraneo rispetto al cono visivo dell'imprenditore, arbitro di scegliere se, come e quando partecipare ad un nucleo ristretto di creditori o all'intera collettività di essi il proprio stato di crisi.

Il nostro sistema imprenditoriale è a tutt'oggi caratterizzato da una forte matrice familiare, in cui il socio considera la società alla stregua di un qualunque altro bene di cui sia dato essere titolari, con la conseguenza di poter esercitare con assoluta discrezionalità ogni prerogativa discendente dall'assunta titolarità anche e soprattutto a livello di *governance*¹⁷.

Nel panorama imprenditoriale italiano stenta, poi, a radicarsi

¹⁶ Come nei casi di perdita del capitale sociale o della sua riduzione al di sotto del minimo legale o del verificarsi di cause di scioglimento.

¹⁷ Costituisce un dato di esperienza che, soprattutto nelle società più piccole, gli amministratori sono anche i maggiori azionisti, interessati alla massima distribuzione di dividendi, soggetti al timore di perdite reputazionali in caso di fallimento, ed al desiderio di conservare la loro posizione all'interno della società.

– anche per penuria di risorse investibili, per la verità – l'idea che qualora l'impresa presenti un elevato grado di specializzazione tecnica e di complessità organizzativa occorranza specifiche e complesse qualità manageriali che spesso non si rinven- gono nell'ambito della compagine familiare.

Eppure l'accantonamento della logica proprietaria è un pas- saggio decisivo per la lettura dell'intera legge concorsuale come sistema in cui i valori regolativi della crisi sembrano più ampi della sola tutela del credito.

Non ci si può nascondere che nella tradizione iper-privatistica o finanche solipsistica dell'imprenditoria italiana i nuovi stru- menti d'allarme e, con essi, gli obblighi di controllo e di inter- vento, possano rappresentare uno sconvolgimento, ma questo è ormai oggettivamente imposto dinanzi ad un conflitto sempre più acceso e vasto di interessi e soggetti. Una pur moderata etero-regolazione difensiva contro la crisi rimane, pertanto, comprensibile sulla base del dato di comune evidenza che crisi e insolvenza non siano un affare esclusivo dell'imprenditore, coinvolgendo una miriade di situazioni di interesse e di rapporti superindividuali.

7. Gli assetti organizzativi e la relativa *governance*.

La parte II del CCII, rubricata “Modifiche al Codice Civile”, si compone di norme (artt. 375 – 384) che, con l'eccezione dell'art. 376 (relativo all'incidenza della liquidazione coatta am- ministrativa e della liquidazione giudiziale sui rapporti di la- voro), attengono al diritto commerciale¹⁸.

Alcune sono disposizioni d'immediata attuazione, entrate in vigore il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione del CCII in Gazzetta Ufficiale (artt. 375, 377, 378, 379); altre regole entreranno a regime decorsi diciotto mesi dalla pubblicazione anzidetta (artt. 376, 380, 381, 382, 383, 384)¹⁹.

L'art. 14, lett. b) della l. delega 19 ottobre 2017, n. 155 preve- deva l'introduzione del "*dovere dell'imprenditore e degli organi*

¹⁸In tema v. Riolfo *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e le modifiche al codice civile: il diritto societario tra "rivisitazione" e "restauratione"*, in *Contratto e Impr.*, 2019, 2, 399.

¹⁹ In tema, tra i primi contributi v. Trimarchi, *Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme*, in *Notariato*, 2019, 2, 115.

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 e il recupero della continuità aziendale".

Il principio ha trovato espressione negli artt. 375 e 377 CCII, rubricati rispettivamente "Assetti organizzativi dell'impresa" e "Assetti organizzativi societari"²⁰.

L'assetto organizzativo, amministrativo e contabile diventa cruciale, quale complesso di direttive e procedure prestabilite a garanzia della gestione efficiente dell'impresa, adeguato alla natura e alla dimensione di essa solo in quanto appaia, ad un giudizio *ex ante* e rispettoso dei margini di imprevedibilità dei fenomeni economico-finanziari, astrattamente idoneo ad assicurare la piena operatività delle funzioni aziendali²¹.

La riforma realizzata dal d.lgs. n. 6 del 2003 aveva già veicolato nel plesso normativo societario il concetto di "assetto organizzativo, amministrativo e contabile", menzionandolo in due disposizioni che, con riferimento alle s.p.a., trattano a tutt'oggi dell'attività degli amministratori e del collegio sindacale. L'art. 2381 c.c., al comma 3, c.c. assegna al consiglio di amministrazione il compito di valutare l' "adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società", e al comma 5 incarica gli amministratori delegati di curare che "l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa", attraverso un rapporto che, "in ogni caso almeno ogni sei mesi", deve essere comunicato nell'ambito di tale organo – se esso non è monocratico, ma collegiale – e comunque all'indirizzo dell'organo di controllo (collegio sindacale o sindaco unico). L'art. 2403 c.c., al comma 1, grava il collegio sindacale della vigilanza "sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento".

²⁰ In tema v. soprattutto Abriani e Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 393 ss.

²¹ Nello specifico, è organizzativo l'assetto che attiene all'istituzione di un organigramma nel cui quadro risultino chiari poteri, funzioni e deleghe di firma; è amministrativo quello che identifica l'insieme delle procedure dirette a garantire l'ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi nelle quali le stesse si articolano; è contabile quello che rivela l'idoneità e la chiarezza del sistema di rilevazione dei fatti di gestione.

In uno sfondo concettuale presente, l'art. 375, per un verso, ha modificato la rubrica dell'art. 2086 c.c. – intitolandolo "*Gestione dell'impresa*" in luogo "*Direzione e gerarchia nell'impresa*" –, per altro verso, ha incastrato al suo interno un secondo comma, in forza del quale: "*L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*".

Le norme codicistiche civili non avevano dato in punto di assetti egregia prova di sé. In tal senso, l'art. 375 CCII rimodella la formula dell'art. 2086 c.c. intonando l'obbligo di istituire l'assetto adeguato, non solo alla natura e alle dimensioni dell'impresa come finora previsto, ma pure ad una chiave teleologica nuova, rappresentata dalla rilevazione tempestiva della crisi in funzione di salvataggio della continuità aziendale. L'angolazione diventa finalistica: il buon assetto serve a consentire all'imprenditore, rilevato il pericolo, di attivarsi senza indugio per l'adozione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e la salvaguardia o il recupero del *going concern*, strumenti che sono ora rappresentati anche dalle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, ma che seguitano, in parallelo, a consistere negli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, in quelli di ristrutturazione dei debiti, nella convenzione di moratoria, nel concordato preventivo.

Se il diritto societario della crisi già prevedeva i principi di corretta amministrazione, il dovere di dotare la società di adeguati assetti organizzativi e il dovere di istituire un adeguato sistema di controllo interno sono ora indirizzati, in virtù del novellato art. 2086 c.c., anche (e soprattutto) a rilevare immantinentemente gli accenni e i presagi della crisi, con l'espresso scopo di tutelare la continuità aziendale²².

²² Gli assetti organizzativi aziendali adeguati sono i pilastri su cui è eretto l'edificio del c.d. *early warning*: v., in anticipo sul CCII, De Sensi, *Adeguati assetti*

Attraverso la riscrittura dell'art. 2086 c.c., la regola di adeguatezza degli assetti si consacra come principio generale di corretta conduzione dell'impresa, che vale in tutte le realtà economiche di estrazione collettiva o societaria, con un abbassamento sensibile della discrezionalità degli amministratori nella allocazione delle risorse: queste ultime vanno anzitutto spese per la costruzione degli assetti, la cui adeguatezza assurge, inaugurandola, a preconditione di ogni susseguente libera e virtuosa gestione aziendale.

La discrezionalità gestoria verrà delimitata dagli indici dell'allerta e per trovare spazi meno angusti dovrà sfruttare l'opportunità, pure riconosciuta agli amministratori, di ridefinire "*indici idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi*", ove si ritengano inadeguati alla specifica realtà imprenditoriale quelli elaborati in termini generali dal CNDCEC (v. Par. 4.).

La preparazione di assetti adeguati diventa perciò il cuore pulsante della funzione gestoria. L'epifania del nuovo art. 2086 c.c. rappresenta la novità eclatante del riscritto diritto concorsuale. Significativo che la norma più pregnante ed eccentrica di questo si collochi fuori dal CCII, con una saldatura evidente tra diritto commerciale e diritto della crisi d'impresa²³. Alla primigenia disposizione che faceva dell'imprenditore il capo dell'impresa affidandogli il potere gerarchico, si affianca quella contemplativa del precipuo dovere di stabilire un assetto adeguato a rilevare tempestivamente la crisi e la perdita della continuità aziendale, così da permettere l'adozione senza indugi degli strumenti utili a fronteggiare gli squilibri.

Questo novero di obblighi riguarda l'imprenditore in quanto tale, non l'imprenditore in quanto debitore. La responsabilità del capo dell'impresa è, in altri termini, proiettata nei riguardi di

organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria, in *Riv. Società*, 2017, 324 ss.

²³ Si parla oggi diffusamente, pur con varietà di accenti, di "Diritto societario della crisi": v. Portale, "*Verso un 'diritto societario della crisi'?*", in Tombari (a cura di), *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2014, 1 ss.; Tombari, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, ivi, 5 ss.; Brizzi, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, *passim*; Guerrera, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, ivi, 65 ss..

tutti i soggetti interessati a vario titolo alla conservazione dell'attività economica²⁴. L'assetto organizzativo è della società, ma ha per oggetto l'impresa e fissare doveri generali dell'imprenditore verso quest'ultima significa onerarla di condotte protettive di tutti gli interessi coinvolti e intercettati da essa, non solo del suo o di quelli dei creditori.

Del resto, se nel diritto civile la fenomenologia economica si presta ad essere disciplinata secondo lo schema dell'obbligazione, del contratto e dell'adempimento garantito dal patrimonio, nel teatro della crisi e dell'insolvenza il baricentro fisiologicamente si sposta e, in certo senso, si espande. Riduttivo pensare l'impresa alla stregua di microcosmo occupato per competenza esclusiva da debitori e creditori. La crisi si distende sul mercato e le figure in parola ne sono una voce importante, non certo l'unica.

Peregrino ipotizzare, d'altronde, che tutti i creditori si determinino nelle scelte ignorando la propria specifica posizione nel contesto della crisi: essi (*in primis* lavoratori o fornitori) partecipano alla decisione sull'impresa per crediti maturati nel passato, ma scelgono con lo sguardo lanciato al futuro.

Certamente vi è nel nuovo sistema l'opportunità di tenere in piedi interessi distinti a presidio, tanto del concorso tra i creditori, quanto della continuità delle attività economiche. La novelazione dell'art. 2086, la rimodulazione dei compiti degli organi di controllo e le misure d'allerta, se non un sigillo di primazia della salvaguardia dell'impresa, sono il viatico a monte che consente di predicare un'equa, contestuale tutela di ambedue i valori: creditori e mercato.

Nella cornice tracciata, l'art. 377 CCII si incarica di delineare la *governance* degli assetti adeguati; lo fa modificando le norme in tema di amministrazione delle società personali (art. 2257 c.c.), azionarie (artt. 2380 *bis* e 2409-*novies* c.c.) e a responsabilità limitata (art. 2475 c.c.), e prevedendo che in tutti i tipi societari "*la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale*".

Dal combinato disposto degli artt. 375 e 377, si evincono con

²⁴ Di Marzio, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, 2019, *passim*.

riguardo all'impresa in forma collettiva tre punti essenziali, che segneranno l'architettura del sistema: vanno predisposti assetti adeguati, anche in funzione della prevenzione della crisi; qualora tali assetti rivelino indizi di crisi, vanno attivati senza indugio adeguati strumenti per farvi fronte; la decisione sulla predisposizione degli assetti è di esclusiva competenza degli amministratori.

Invero, la parte dell'art. 377 CCII che prescrive che "*la gestione dell'impresa (...) spetta esclusivamente agli amministratori*" va opportunamente interpretata; detta norma si colloca in un alveo normativo preconstituito che assegna funzioni e competenze di *governance* a tutti gli organi sociali e non le sovrverte, di talchè l'esclusività di prerogative degli amministratori, nel complesso dei tipi societari, attiene soltanto alla gestione organizzativa non a quella operativa, ossia afferisce i soli doveri introdotti dal richiamato nuovo secondo comma dell'art. 2086 c.c. in punto di adeguatezza degli assetti, concetto non a caso incisivamente adombrato e che di per sé implica la predisposizione degli stessi, il loro monitoraggio e aggiornamento "*anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale*".

Se l'area di competenza esclusiva degli amministratori concerne la creazione degli assetti e, di poi, la responsabilità "*di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*", viceversa la scelta dello strumento specifico da adottare è rimessa ai soci nelle società di persone, mentre è loro rimettibile in quelle di capitali (ai sensi degli artt. 44, comma 1 e 265 del CCII), in quanto operazione gestoria che segue il riparto di "attribuzioni" previsto dalle disposizioni regolative dei distinti tipi societari e dalle regole accluse nei relativi statuti.

8. Il *tertium genus* del controllo di adeguatezza organizzativa.

L'art. 379 del CCII interviene sull'art. 2477 c.c., ridefinendo le soglie al di sopra delle quali è obbligatoria la nomina dell'organo sindacale o del revisore. Viene in tal guisa considerevol-

mente incrementato il numero di società che dovranno essere dotate di organo di controllo²⁵; la nuova norma codicistica introduce, altresì, nuovi doveri e responsabilità a carico del sindaco o del revisore²⁶.

I limiti previsti dalla legge comporteranno la nomina dell'organo di controllo anche per piccole realtà imprenditoriali, normalmente dotate di una struttura amministrativa minuta, caratterizzate da concentrazione di proprietà e rappresentanza in capo a pochi soggetti (per lo più imprese a carattere familiare), dall'esternalizzazione della contabilità, da un'attività interna ristretta alla produzione e vendita dei beni o servizi, dall'aggiornamento *in extremis* dei documenti necessari al rispetto delle scadenze fiscali, con rinvio ad un momento successivo dell'aggiornamento dei documenti obbligatori ai fini degli adempimenti civilistici.

Nel CCII la possibilità di intraprendere azioni correttive già nella fase della pre-crisi (la c.d. "twilight zone"), grazie a un efficace sistema di *early warning*, assume, nondimeno, un livello d'attenzione ignorato in precedenza.

Nella direzione di accrescere le possibilità di successo delle procedure di allerta e composizione, è l'art. 14 CCII a fare da *pendant* all'art. 2086 c.c., immettendo l'obbligo in capo agli organi di controllo societario (collegio sindacale, revisore contabile e società di revisione) di verificare (ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni) che "*l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le idonee iniziative se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi di crisi*" (art. 14 CCII).

Sinora oggetto del controllo dei sindaci è stata la diligenza adoperata dagli amministratori nello svolgimento della propria attività, quindi il "modo" in cui le decisioni sono state assunte e le operazioni svolte; ci si è concentrati sulle omissioni ravvisate

²⁵ Per una disamina delle cambiate soglie dimensionali per l'obbligatorietà dell'organo di controllo per le s.r.l., v. Pollio, *Novità per la nomina degli organi di controllo e nuovi adempimenti*, in *Amm. & Fin.*, 2019, 41 ss.

²⁶ Cfr. su questi temi Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. Comm.*, 2018, I, 74, Cagnasso, *Il diritto societario della crisi tra passato e futuro*, in *Giur. Comm.*, 2017, I, 39.

ed i fatti accaduti, conseguenti alla violazione dei doveri dei gestori, indipendentemente da una valutazione sulla opportunità e sulla convenienza degli atti compiuti. In altri termini, il controllo sindacale è consistito innanzitutto nel riscontro di legalità "formale" sugli atti, salvo spingersi fino al controllo di legalità "sostanziale" dell'operato degli amministratori e della diligenza dell'organo gestorio nell'espletamento degli affari sociali²⁷.

Nel disegno del CCII accanto alle due tradizionali categorie di controllo si affianca in capo al sindaco e al collegio sindacale un *tertium genus* di controllo, che attiene alla correttezza e adeguatezza organizzativa. L'organo di controllo adesso "*vigila sull'osservanza della legge ..., sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto amministrativo, organizzativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento*" (art. 2403, comma 1, c.c.). Nella relazione dei sindaci al bilancio l'organo di controllo "*deve riferire all'assemblea ... sull'attività svolta nell'adempimento dei propri doveri*" e quindi sull'istituzione dell'assetto in parola e sull'utilizzo degli strumenti richiesti per il suo concreto funzionamento.

La mancata istituzione dell'assetto e l'omesso approntamento degli strumenti contabili minimi, richiesti per la sua operatività, sono fonte quindi di responsabilità per l'amministratore. L'omesso rilievo di tale mancanza o la non corretta definizione dell'assetto avuto riguardo alla natura e dimensione dell'impresa fa sorgere, inoltre, la responsabilità del sindaco.

Gli organi di controllo societari, nonché il revisore contabile o la società di revisione avranno infatti l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo monitori ininterrottamente se l'assetto organizzativo sia adeguato, se sussista l'equilibrio economico e finanziario e quale sia il prevedibile andamento della gestione, così da assumere prontamente le idonee iniziative ogniqualvolta ciò si renda necessario. Fondamentale è, proprio in questo quadro, l'introduzione dell'ulteriore e correlato obbligo in capo agli organi di controllo di segnalare immediatamente all'organo amministrativo l'esistenza di "*fondati indizi*" della crisi. A seguito della verifica, qualora gli organi di controllo ravvisino l'esi-

²⁷ V. Cass., 27 maggio 2013, n. 13081, cit.; Trib. Milano, 3 febbraio 2010 in *Giur. It.*, 2010, 11, 2352.

stenza di fondati indizi della crisi si attiveranno per darne segnalazione motivata allo stesso organo amministrativo, il quale avrà cura di riferire sulle soluzioni individuate e sulle iniziative da intraprendere in un torno massimo di trenta giorni, pena la segnalazione all'OCRI.

9. L'insorgenza dell'obbligo segnaletico.

L'art. 14 CCII passa in rassegna i doveri di osservazione degli organi di controllo societari (nonché revisore contabile e società di revisione), chiamati a verificare che l'organo amministrativo valuti, con le opportune iniziative, in primo luogo, se l'assetto organizzativo è adeguato; in secondo luogo, se sussiste l'equilibrio economico finanziario; infine, quale sia il prevedibile andamento della gestione. Altro obbligo è la segnalazione vera e propria della crisi incipiente, in prima battuta allo stesso organo amministrativo.

Mentre CNDCEC e MISE elaborano i parametri per appurare la sussistenza dello stato di crisi, gli organi di controllo segnalano soltanto gli indizi della crisi che appaiano "*fondati*". La distinzione non appare solo nominalistica.

Il dettato dell'art. 14 CCII non chiarisce cosa debba intendersi per fondatezza della crisi. Due sono i dati ricostruttivi disponibili: il CCII, che all'art. 2 definisce il termine "crisi" come "*lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*"; l'art. 13, che quando introduce il segnale di allerta basato su indicatori quantitativi, fa espresso riferimento all'incapacità di tenuta dell'impresa nell'orizzonte corto dei successivi sei mesi. Qualora i fondati indizi fossero interpretati alla luce fioca dell'art. 13, riprodurrebbero l'incognita di una segnalazione a ridosso dell'insolvenza, secondo lo schema di un'ineluttabile constatazione sulla prossimità del venir meno dei presupposti per la continuità aziendale.

Un'interpretazione più estesa della locuzione "*fondati indizi di crisi*", potrebbe piuttosto far leva sull'obbligo dell'organo amministrativo di valutare costantemente l'adeguatezza dell'assetto organizzativo e la sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario. Evidente, infatti, che un assetto organizzativo inadeguato

o uno squilibrio economico-finanziario possano manifestarsi anche quando l'insolvenza non è così ravvicinata, pur costituendo detti aspetti altrettanti sintomi di uno stato di difficoltà dell'impresa che, in assenza di interventi correttivi, è destinato prima o poi ad evolversi in dissesto.

In altri termini, i "*fondati indizi della crisi*", che impongono ex art. 14, comma 1, CCII ad organi di controllo e revisori la segnalazione in prima battuta all'organo amministrativo, paiono avvisaglie di qualcosa di diverso e meno "maturo" della probabilità d'insolvenza di cui all'art. 2, comma 1, CCII, conglobando nel loro ambito anche le situazioni di pre-crisi.

D'altronde, il comma 1 dell'art. 14 stabilisce che organi di controllo e revisore debbano svolgere un controllo "di secondo grado" circa il fatto che l'organo amministrativo "*valuti costantemente, assumendo le conseguenti iniziative, ...se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione*". Si tratta di doveri di monitoraggio che non evidenziano come oggetto la crisi in senso stretto (e tipico), attenendo a quella dinamica dell'attività d'impresa che può essere caratterizzata da segnali di malessere propedeutici alla "*probabilità di insolvenza*".

Ed allora, l'attribuzione di un ruolo proattivo agli organi di controllo impone a questi una tempestiva reazione già ove si verificano circostanze che potremmo definire di declino e vulnerabilità, non ancora manifestatesi all'esterno delle segrete stanze della *governance* ma capaci, se non convenientemente pilotate, di degradare verso la crisi "tipica"²⁸.

Ciò che importa – si potrebbe dire – è l'“incubazione” della malattia, non quest'ultima in quanto già rivelatasi.

Il rapporto interorganico – e a monte pure l'equilibrio fra obblighi e responsabilità degli organi – non può vivere di improvvisazioni ultimative, né del rigido automatismo delle segnalazioni agli OCRI, ma deve articolarsi in un dialogo incessante che partorisce un percorso resocontato e leggibile. La crisi deve alimentarsi di “*fondati indizi*”, che vanno colti in anticipo sulla manifestazione esteriore della crisi stessa: occorre perciò che gli or-

²⁸ Per un'indagine sulla scansione temporale delle tipiche situazioni che si succedono quanto un'azienda entra in crisi, cfr. Danovi - Riva, *Le cinque fasi della crisi e dell'allerta*, in *Il fallimentarista*, 20 agosto 2018, 3 ss.

gani di controllo si occupino e interloquiscano della “*possibilità*” che l’alterazione possa divenire dissesto, non della “*probabilità*” di un’insolvenza della quale l’impresa ha ormai preso la china.

Sono gli stessi principi di corretta amministrazione, il cui rispetto deve essere monitorato *ex art.* 2403 c.c. dall’organo di controllo, ad imporre, secondo uno schema che affida agli *standard* un ruolo finanche poziore rispetto alle regole del CCII, una pronta reazione degli amministratori, in termini di “*idonee iniziative*”, alle perturbazioni che insidiano l’andamento dell’impresa.

Solo se queste iniziative mancano o sono prive delle caratteristiche della idoneità, costituendo la loro valutazione oggetto di un dovere specifico dell’organo di controllo *ex art.* 14, comma 1, CCII, s’impone l’attivazione dell’obbligo di segnalazione disciplinato, anche nella formalizzazione del suo adempimento, dal comma 2 della norma ora richiamata.

E allora, ancor prima della manifestazione di una crisi culminante in probabilità d’insolvenza, e già soltanto da quando si manifestino dubbi sull’andamento della gestione e sul suo equilibrio economico-finanziario, l’ordinamento impone l’apertura del dialogo interorganico disciplinato dall’art. 14, comma 2, CCII.

Certo, se la pre-crisi non corrisponde alla crisi tipica *ex art.* 2, comma 1, CCII, l’inadeguata reazione dell’organo di amministrazione non imporrà l’ulteriore segnalazione all’OCRI, che invero la presuppone. Rimane, tuttavia, da vedere se, l’inidonea risposta della *governante* non imponga il ricorso, da parte dei controllanti diligenti, agli strumenti che l’ordinamento consegna all’organo di controllo per l’ipotesi di violazione degli obblighi incombenti sull’organo di amministrazione: dalla convocazione dell’assemblea *ex art.* 2406 c.c., alla denuncia al tribunale *ex art.* 2409 c.c., all’impugnazione delle deliberazioni assembleari²⁹.

²⁹ A suo tempo la giurisprudenza di legittimità ha osservato che la mancata impugnazione da parte dei sindaci della delibera dell’assemblea, che approva un bilancio di esercizio redatto in violazione dei principi stabiliti dal c.c., può fondare la loro responsabilità *ex art.* 2407 c.c. quand’anche essi abbiano assunto la carica soltanto in occasione della sua approvazione, essendo, il documento contabile, destinato a spiegare i suoi effetti anche sull’esercizio successivo, mentre il controllo sull’osservanza della legge, al quale essi sono tenuti *ex art.* 2403 c.c., ha ad oggetto anche la legittimità delle delibere assembleari: Cass. 8 febbraio 2005, n. 2538, in *Giur. it.*, 2005, 1637,

10. L'esonero da responsabilità degli organi di controllo.

Ai sensi dell'art. 14, comma 3, CCII, il diligente adempimento del dovere di tempestiva segnalazione costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale con l'organo gestorio per le conseguenze pregiudizievoli che possano derivare da atti o omissioni degli amministratori successivi alla segnalazione e che non siano legate a decisioni assunte (sempre dagli amministratori) in un periodo antecedente alla segnalazione³⁰. Ciò a condizione che, dopo aver fatto inutilmente la segnalazione, per così dire interna, l'organo di controllo abbia proceduto a informare ritualmente l'OCRI. Tra l'altro il CCII precisa come il ricevimento della "segnalazione" non costituisca giusta causa di revoca dall'incarico.

L'obbligo di segnalazione potrebbe trasformarsi in un provvedimento salvacondotto per il collegio sindacale quando invece la permanenza nella carica e lo svolgimento delle attività di controllo richieste in un periodo di turbolenza presentano rischi di notevole entità e difficile previsione.

La norma rischia di generare una singolare zona di deresponsabilizzazione del sindaco o del collegio proprio in una fase – quella della gestione della crisi conclamata – nella quale sarebbe anzi necessaria la più attenta vigilanza da parte dell'organo di controllo. Sotto questo profilo, mette in conto ritenere che la responsabilità del controllante sarà esclusa per il danno provocato dal ritardato intervento a fronte del presentarsi della crisi, ma non potrà che rimanere ferma per i danni causati da fatti e omissioni che esso avrebbe dovuto rilevare dopo la segnalazione e che non abbiano a che fare con essa.

Le intenzioni del legislatore non mirano, difettandone esigenze sistematiche, all'automatica salvaguardia del collegio sindacale, indipendentemente dai comportamenti che questo tenga successivamente alla segnalazione. Viceversa, anche dopo quel momento, l'organo di controllo è tenuto comunque proseguire, nella cura dei propri obblighi di vigilanza sulla legalità e sulla corretta amministrazione, salvo subire le conseguenze della propria inattività.

³⁰ In tema v. Russo, *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*, in *Giur. Comm.*, 2018, I, 119.

11. Gli attuali principi sulla responsabilità dei sindaci.

La responsabilità dei sindaci ha una duplice articolazione³¹. La prima, di matrice commissiva, li vede rispondere, ai sensi del comma 1 dell'art. 2407 c.c., per violazione dell'obbligo di verità nelle attestazioni e di segretezza sui fatti e documenti della società di cui i sindaci vengano a conoscenza *rationae officii*. La seconda, d'indole omissiva, li espone, in virtù del comma 2 della norma anzidetta, per via della mancata vigilanza sui comportamenti dannosi tenuti dagli amministratori, rispetto ai quali divengono corresponsabili qualora consti la prova che il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi loro ascritti.

Quanto all'oggetto della vigilanza, il collegio sindacale ha il dovere di sorvegliare sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione. Ai sindaci viene richiesto di controllare che gli amministratori non compiano operazioni illegittime e non ledano l'integrità del patrimonio. Ai controllanti è, inoltre, rimessa la supervisione sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società, assetto che il comma 2 dell'art. 2086 finalizza adesso – come s'è veduto – alla rilevazione precoce della crisi e alla salvaguardia della continuità aziendale.

La responsabilità da omessa vigilanza dei sindaci³² è ipotizzabile allo stato solo se chi agisce in giudizio si mostra in grado di provare taluni aspetti, che – a volerli schematizzare – sono i seguenti: fatto o omissione degli amministratori; danno determinato da tale comportamento; negligenza dei controllanti; rapporto di causalità fra tale negligenza ed il danno³³.

Altrettanto certamente deve stimarsi imprescindibile accertare che un diverso e più diligente comportamento dei sindaci

³¹ Sul punto v. Domenichini, Sub art. 2407, in G. Niccolini - A. Stagno d'Alcontres (a cura di), *Società di capitali*, Commentario, Napoli, 2004, 769 ss.; Ambrosini, Sub art. 2407, in F. Galgano (diretto da), *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIX, Padova, 2003, 298; Magnani, Sub art. 2407, in P. Marchetti - L.A. Bianchi - F. Ghezzi - M. Notari (diretto da), *Collegio sindacale-Controllo contabile*, Commentario alla riforma delle società, Milano, 2006, 258 ss.

³² Sul tema v. tra gli altri, Macrì, La responsabilità dei sindaci nelle società di capitali, in *Società*, 2013, 11, 1241.

³³ V. Cass., 29 ottobre 2013, n. 24362, in *Società*, 2014, 1, 96, Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538, cit..

nell'esercizio dei loro compiti sarebbe stato idoneo ad evitare le conseguenze degli illeciti compiuti dagli amministratori³⁴. Di converso, i sindaci sono tenuti a dimostrare, per andare esenti da responsabilità, di aver assolto i propri doveri di vigilanza e, quindi, di non aver potuto impedire il verificarsi del danno alla società, nonostante il corretto esercizio delle loro funzioni.

A questi principi sedimentati, se ne accostano altri.

Così, in tema di responsabilità degli organi sociali, l'inosservanza del dovere di vigilanza, imposto ai sindaci dall'art. 2407, comma 2, c.c., non richiede l'individuazione di specifici comportamenti che si pongano espressamente in contrasto con tale dovere, ma è sufficiente che essi non abbiano rilevato una macroscopica violazione o comunque non abbiano in alcun modo reagito di fronte ad atti di dubbia legittimità e regolarità, così da non assolvere l'incarico con diligenza, correttezza e buona fede³⁵.

Inoltre, esclusivamente un più meticoloso e capillare controllo, articolato su attività informative e valutative può conferire un contenuto concreto all'obbligo dell'organo di controllo, cui non è permesso di rimanere acriticamente legato e dipendente dalle scelte dell'amministratore, quando queste collidano con i doveri imposti dalla legge, al contrario dovendo il primo individuarle e segnalarle ad amministratori e soci, non potendo assistere inerte alle altrui condotte dannose; né, peraltro, può limitarsi alla richiesta di chiarimenti all'organo gestorio, dovendosi spingere a pretendere dal medesimo le c.d. azioni correttive necessarie³⁶.

Ancora, rispondono in solido con gli amministratori ed i sindaci in carica nel momento in cui si è consumata la condotta negligente degli amministratori anche i nuovi sindaci, gravati come sono dal dovere di assumere tutte le informazioni necessarie per ottenere un quadro preciso della situazione patrimoniale ed amministrativa della società³⁷. Nè basta ad esonerare i

³⁴ V. ancora Cass., 8 febbraio 2005, n. 2538, cit. In tema v. anche Cass., 14 ottobre 2014, n. 21644, in *Società*, 2014, 12, 1416.

³⁵ Cass., 25 luglio 2018, n. 19743, in *Società*, 2018, 11, 1321.

³⁶ Cass., 29 dicembre 2017, n. 31204, *Foro it.* 2018, 4, I, 1292, con nota di *La Marca*.

³⁷ V. Trib. Roma 20 febbraio 2012, in *www.ilcaso.it*, che ha ritenuto la responsabilità dei sindaci accontentatisi di spiegazioni generiche sulla rivalutazione delle

sindaci da responsabilità il fatto che gli stessi siano stati tenuti all'oscuro dagli amministratori, né la circostanza che i controllanti abbiano assunto la carica dopo l'effettiva realizzazione dei fatti dannosi³⁸.

Di poi, l'esenzione da responsabilità copre solo il sindaco che, dal momento dell'assunzione della carica, si attivi per riportare la gestione della società nel quadro della correttezza e della legalità, sollecitando frequenti chiarimenti, verifiche e convocazioni straordinarie, sino al punto di chiedere l'intervento dell'ente di controllo e di redigere un esposto alla Procura della Repubblica³⁹.

Ed ancora, con riferimento al nesso di causalità, a rilevare è la necessità di dimostrare che l'omissione dei controlli abbia consentito la prosecuzione dell'attività e, quindi, il prodursi dell'evento dannoso, ma anche, come richiesto 2407, comma 2, c.c., che l'effettuazione dei controlli avrebbe consentito di evitare il danno, alla stregua di una prognosi postuma condotta secondo il principio della regolarità causale⁴⁰.

Infine, è sufficiente per ritenere la sussistenza del nesso causale, in assenza di prova contraria, l'omissione della segnalazione all'assemblea delle irregolarità di gestione riscontrate o, nei casi in cui sia dubbio che quest'ultima possa intervenire efficacemente, dell'impiego di ulteriori strumenti, anche atipici, utili ad impedire il protrarsi dell'illegittimità della gestione ed il verificarsi del conseguente pregiudizio per il patrimonio sociale, quali – esemplificativamente – la denuncia dei fatti al Pubblico Ministero (o l'esposto per stimolare l'eventuale apertura di un'istruttoria prefallimentare) oppure, al tribunale *ex art.* 2409 c.c., nei casi in cui vi siano i presupposti, o anche solo la minaccia di farlo nell'ipotesi di mancato "ravvedimento operoso" degli amministratori⁴¹.

immobilizzazioni immateriali effettuate, sulla legge che le aveva comportate, sugli importi indicati al netto ed al lordo degli ammortamenti.

³⁸ Cass., 29 dicembre 2017, n. 31204, cit.

³⁹ Trib. Como, 17 marzo 2005, in *Giur. Comm.*, 2007, II, 428.

⁴⁰ Cass. 27 maggio 2013, n. 13081, cit..

⁴¹ Balzarini, *Responsabilità solidale e concorrente di amministratori e sindaci*, in *Giur. Comm.*, 2007, 880, commento a Trib. Milano, 18 luglio 2006, *ivi*.

12. Il tema della responsabilità da segnalazione erronea o abusiva.

Si è accennato prima al rischio riposto nella circolarizzazione delle informazioni sulla salute dell'impresa (v. Par. 6), vieppiù qualora le stesse siano fuorvianti o fallaci. È possibile che l'esteriorizzazione di una crisi che non c'è (o che non è grave come viene rappresentata) comporti degli attriti nelle relazioni negoziali dell'impresa (sia con i clienti perplessi, che con i fornitori impauriti), renda più disagiati le opportunità operative (perché diventa ostico trovare nuovi mercati di fronte ad interlocutori resi dubbiosi), inceppi i rapporti con il sistema finanziario-creditizio (in quanto gli istituti bancari divengono più scettici, meno disponibili, più pretenziosi).

Affiora in superficie un interrogativo: può costituire fonte di responsabilità dell'organo di controllo e/o del revisore l'aver fatto segnalazioni (non tanto all'organo di gestione quanto) all'OCRI basandosi su dati ed elementi che poi si rivelino non fondanti alcun sospetto di rischio di crisi?

La segnalazione viziata da eccesso di zelo più che la crisi intercetta il vasto problema della responsabilità da propalazione di inesatte informazioni economiche e della conseguente lesione che l'impresa subisce alla propria rappresentazione pubblica in ragione di quelle. La segnalazione all'OCRI di una condizione che non è di crisi può incidere sulla c.d. "reputazione economica" o "reputazione d'impresa".

Proprio perché investire l'OCRI dell'apparente difficoltà dell'impresa comporta l'esonero da responsabilità in caso di successiva crisi dell'impresa, se ne può immaginare sin d'ora una sorta di "abuso", nel senso di uso ingiustificato e brusco, proprio allo scopo di sgravarsi di responsabilità. Vi è il pericolo che l'organo di controllo trovi nella segnalazione repentina un momento liberatorio dal rischio di responsabilità, scaricando, di fatto, sugli amministratori i costi e i rischi relativi alla corretta gestione della crisi.

Lo sgombero della responsabilità autorizzata dalla norma è oltremodo ampio, posto che a una prima, facile interpretazione parrebbe escludersi qualsivoglia responsabilità dell'organo di controllo una volta che questo abbia premuto il pulsante che fa partire verso l'OCRI l'*input* della crisi.

Gli elementi di criticità dovrebbero essere chiari avuto riguardo alle considerazioni che si sono svolte finora e attengono nel loro insieme all'inevitabile discrezionalità del livello di gravità dei segnali della crisi. Non è remota l'incognita di segnalazioni innalzate su valutazioni esageratamente prudenziali che potrebbero, se non gestite in modo convincente dall'organo amministrativo, attivare un complesso meccanismo procedimentale dal quale il debitore potrebbe uscire danneggiato.

In difetto di precetti specifici rimane da vedere se l'iniziale attivazione tempestiva da parte dei sindaci e dei revisori valga concretamente ad assicurare loro, sempre e comunque, l'immunità apparecchiata dall'art. 14, comma 3, CCII. Il pericolo si annida nei potenziali "falsi positivi", in grado di trascinare in procedure di crisi imprese che in crisi non sono.

È lo spauracchio della riedizione, nel contesto societario, di quello che nel settore sanitario è noto come fenomeno della c.d. "medicina difensiva" attiva o commissiva: gli operatori sanitari prescrivono *test*, trattamenti o visite al fine, non tanto di guarire il malato, quanto di ridurre la propria esposizione al rischio di accuse di *malpractice*. Tali decisioni "difensive" sovente sono consapevoli, non di rado non lo sono, quasi sempre si appalesano poco meditate.

Ora, anche per i sindaci e i componenti del collegio sindacale vale regola per cui l'oggetto del contratto di prestazione d'opera intellettuale è costituito da un comportamento da svolgersi secondo la dovuta diligenza, concetto che impiantato sull'art. 1176 c.c., riassume in sé il complesso di cure e cautele che devono fondare il comportamento di ogni debitore al momento di assolvere all'obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto e alle circostanze di fatto che lo caratterizzano.

Pur essendo il concetto in questione un criterio obiettivo, esso va visto ed interpretato nell'ottica del particolare rapporto, in funzione di quella specialità e natura dell'attività esercitata che certamente etichettano ruolo e compiti degli organi di controllo.

In riferimento alle prestazioni di questi la diligenza comporta un singolare sforzo tecnico, manifestazione del quale è una perizia riassunta in un complesso articolato di regole tecniche e professionali aggiornate e mutevoli, espresse dal livello medio della classe d'appartenenza. La perizia del sindaco di volta in volta si colora di profili parzialmente diversi, riempiendosi dei

significati qualitativi attinti volta per volta dallo *standard* medio di categoria. L'inadempimento del controllante va, infatti, stimato alla stregua di un paradigma di diligenza che in *subiecta materia* prescinde dal criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia, per adeguarsi alla natura eminentemente tecnica dell'attività esercitata, finendo per implicare il rispetto di dettami e accorgimenti che nel loro reticolato costituiscono la conoscenza della professione⁴².

La diligenza postula, pertanto, la capacità di mettere in atto le operazioni imposte dalle nozioni e abilità tecniche nel momento opportuno e di comparare i benefici che un determinato approccio comporta nei confronti dell'impresa e i costi ad esso connessi, concludendo così per la linea d'azione più proficua. Detta diligenza presuppone, in tal senso, che si accerti o si escluda l'esistenza di altre soluzioni alternativamente percorribili, in grado di evitare concretamente il danno, secondo un criterio di proporzionalità tra rischi possibili e benefici conseguibili.

Se questo è il *background* concettuale, non sembra agevole esentare *tout court* da responsabilità il componente dell'organo di controllo che, ben potendosi avvedere della inadeguatezza della segnalazione nel caso specifico, ometta di riservare all'impresa un'indagine più approfondita. La diagnosi e l'intervento dovranno essere in grado di realizzare un risultato utile al creditore-azienda palesandosi in grado di concorrere a realizzare il suo interesse finale, che è quello di uscire dalla crisi, non di aggravarla facendone impazzire le variabili dipendenti.

Se all'impresa non possono essere garantiti risultati certi, possono tuttavia essere date assicurazioni su un certo grado di probabilità di epilogo favorevole o quantomeno possono essere suggerite le cautele capaci di evitare (entro certi limiti) rischi e conseguenze sfavorevoli.

Se gli indizi della crisi devono essere “*fondati*” e la segnalazione deve essere motivata, l'informazione che il controllore inappagato indirizzerà all'OCRI non potrà essere né automatica, né acritica, né assiomatica, bensì dovrà essere argomentata, sia in punto di carenze endemiche delle iniziative intraprese dagli

⁴² È noto che già a seguito della riforma societaria del 2003, non è sufficiente il canone generico della diligenza del buon padre di famiglia, soccorrendo la diligenza professionale di cui all'art. 1176, comma 2, c.c.: v. *ex multis*, Cass., 8 febbraio 2005 n. 2538, in *Giur. It.*, 2005, 1637. Sul tema, v. Ambrosini, *Il collegio sindacale, Tratt. di Rescigno*, VI, Torino, 2013, 277.

amministratori, che di opportunità operative che questi ultimi si sono astenuti dal percorrere sebbene incentivati a farlo.

Non va trascurato che l'omissione dell'attività di confronto, da parte degli organi di controllo, è, pertanto, astrattamente fonte di responsabilità per violazione, non soltanto dell'obbligo di diligenza professionale qualificata, ma a monte della clausola generale della buona fede oggettiva o correttezza, *ex art. 1175 c.c.*, quale criterio determinativo e integrativo della prestazione contrattuale, che impone il compimento di quanto utile e necessario alla salvaguardia degli interessi della controparte, che nella specie è proprio l'impresa.

La buona fede esclude che la prestazione corrisponda al suo archetipo strettamente tecnico, dovendo l'esecuzione della stessa preservare la controparte da pregiudizi evitabili; in senso oggettivo la nozione ingloba un criterio generale col quale valutare la condotta delle parti nell'attuazione del rapporto contrattuale, tanto da fungere da limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, e da tradursi in un dovere inderogabile di solidarietà *ex art. 2 Cost.*. In tal guisa il principio obbliga il sindaco, ove ciò non comporti un apprezzabile ed ingiustificato sacrificio dell'interesse proprio, a salvaguardare massimamente quello dell'impresa non in crisi, che ove attinta da un "falso positivo" potrebbe scontare conseguenze reputazionali finanche irreparabili.

Ed allora, se il debitore adempiente deve prefigurarsi un obbligo di protezione degli interessi del creditore che riceve la prestazione, attendere forse, da parte del sindaco, un indice in più può essere aspetto che preserva un interesse generale, senza comprimerne incisivamente il proprio; probabilmente compiere una scrupolosa valutazione unitaria degli indici disponibili e cercarne le salienti conferme presuntive altrove (nei dati extra-contabili) può dare il giusto ordine agli istituti.

Ma qual è il limite di responsabilità del sindaco frettoloso e dogmatico, il cui eccesso di zelo abbia travolto interessi tanto rilevanti del danneggiato-impresa? Non è agevole individuarlo in quanto l'organo di controllo diviene è per definizione iperspecializzato.

Tuttavia, la rimodulazione epocale di ruolo e fisionomia degli organi di controllo esigerà la ricerca di nuovi punti di equilibrio, che in difetto di coordinate precettive interne al CCII, andranno

rintracciate altrove.

Ancora una volta sarà il codice civile verosimilmente a fornirle. Sarà forse la norma civilistica dell'art. 2236, a segnare un fondamentale criterio di valutazione della professionalità dell'organo "segnalatore" adeguata alla difficoltà della prestazione.

La norma pone una limitazione di responsabilità del prestatore d'opera, circoscrivendola ai soli casi di dolo o colpa grave, qualora si trovi di fronte a problemi tecnici di speciale difficoltà. Benché dettata in tema di contratto d'opera, è disposizione che contiene un criterio universale di valutazione dell'attività del professionista e che si presta ad essere applicata indipendentemente dalla qualificazione formale della responsabilità di costui.

La responsabilità per dolo o colpa grave nella soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà pare, infatti, esprimere una regola d'esperienza dettata dall'esigenza di un giusto equilibrio tra imperizia manifestata e difficoltà di azione, specie in presenza di una opinabilità delle scelte da tenere e – nel caso che occupa – di una "sarabanda" di indici da orchestrare.

La limitazione della responsabilità professionale dell'organo di controllo che abbia innescato falsi positivi ai soli casi di dolo o colpa grave a norma dell'art. 2236 c.c. pare giustificata proprio dall'immanenza nel compito del sindaco di problemi tecnici di straordinaria complessità, che sono tali in quanto trascendono la preparazione media o perché non sono stati ancora indagati a sufficienza, ovvero dibattuti con riguardo ai metodi da adottare.

È significativo, a ben guardare, che, dopo l'alluvione normativa, bisognerà ancora affidare alla saggezza collaudata del codice civile la chiave di volta di un'intricata materia.