



CRISI D'IMPRESA E INSOLVENZA NELLA PROSPETTIVA AZIENDALE E GIURIDICA ALLA LUCE DELLE RIFORME *IN ITINERE*

Raffaele Marcello e Cristina Bauco

ABSTRACT

La Camera ha approvato il disegno di legge che delega il Governo alla riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. Il provvedimento è stato modificato in più parti nel corso dell'esame in Commissione Giustizia con l'obiettivo di predisporre una riforma (organica) della crisi d'impresa basandosi su un nuovo approccio al fallimento.

Il provvedimento - attualmente all'esame del Senato - è innovativo sotto diversi profili: nel generale quadro di favore per gli strumenti di composizione stragiudiziale della crisi, viene introdotta una fase preventiva di "allerta", finalizzata all'emersione precoce della crisi d'impresa e ad una sua composizione assistita; si facilita, inoltre, l'accesso ai piani di risanamento e agli accordi di ristrutturazione dei debiti; viene rivista la disciplina dei privilegi; si elimina la procedura fallimentare sostituendola con quella di liquidazione giudiziale; si rivisita, sulla base delle prassi verificate e delle criticità emerse, la normativa sul concordato preventivo; si modifica la normativa sulle crisi da sovraindebitamento.

Obiettivo del presente contributo è quello di approfondire, in una prospettiva aziendalistica e giuridica, nel generale quadro di favore e incentivazione degli strumenti di composizione stragiudiziale della crisi, le novità relative alle procedure di "allerta", finalizzate all'emersione precoce della crisi d'impresa e alla composizione dei contrapposti interessi. In questa fase preventiva del modello processuale (unico) predisposto nella legge di delega viene riconosciuta legittimazione ad agire all'organo di controllo interno (e ai revisori) che, attivatisi presso l'organo amministrativo, peraltro esercitando poteri - doveri imposti dalle norme codicistiche e dalle leggi di settore e illustrati nei Principi di comportamento, in caso di esiti negativi sono tenuti ad informare tempestivamente l'organismo a cui la legge attribuisce la composizione assistita della crisi.

Sommario: 1. Premessa. – 2. Le modifiche al sistema delle garanzie e le modifiche del codice civile sulla disciplina delle società. – 3. Crisi e procedura di allerta. – 3.1. La crisi. – 3.2. La procedura di allerta e di composizione assistita della crisi.

1. Premessa

La Camera dei deputati ha approvato il disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma delle discipline delle crisi di impresa e dell'insolvenza".

Si tratta della AC. n. 3671-bis che, come oramai è noto, eredita dalla commissione Rordorf la gran parte delle novità per la sistemazione delle crisi e la regolamentazione dell'insolvenza. Il

testo è stato trasmesso per l'esame al Senato dove lo stesso è stato numerato come AS n. 2681.

In verità, rispetto all'originario disegno di legge, l'attuale AS n. 2681 presenta, finanche nella struttura e nel numero degli articoli presi in considerazione dall'intervento di delega, non poche novità.

Solo con intento meramente ricognitivo si segnala lo stralcio dell'art. 15 dell'originario AC n. 3671, dedicato all'amministrazione straordinaria, che attualmente trova regolamentazione nel disegno AC n. 3671-ter; per converso compare un art. 12 relativo alle garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire di cui al d.lgs. n. 122/2005.

Con particolare riferimento alla procedura di amministrazione straordinaria, lo stralcio dal disegno di legge delega dell'art. 15 impedisce che venga perseguito uno degli obiettivi principali della riforma, vale a dire la creazione di un quadro normativo delle procedure ispirato ad esigenze di sistematicità ed organicità, sin dall'individuazione di criteri e principi giuridici inerenti al fenomeno dell'insolvenza comuni a tutte le procedure¹.

Sul punto, infatti, convinceva l'impostazione adottata nel disegno di legge redatto dalla Commissione Rordorf che poneva al centro dell'intervento il fenomeno dell'insolvenza² e della crisi³ (nelle differenti forme in cui essa si manifesta) e non i requisiti soggettivi dell'insolvente, facendo sì che il vecchio schema fondato sulla differenza dimensionale potesse essere definitivamente abbandonato. Del resto, come mette in evidenza la relazione illustrativa del disegno di legge AC n. 3671, la logica su cui si sono basate le ultime importanti riforme in

¹ La delega al Governo è per una riforma delle discipline delle crisi di impresa e dell'insolvenza, non più per una riforma organica.

² Il termine insolvenza designa lo stato soggettivo di impotenza di chi, sovraindebitato, non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. Precisamente, il termine insolvenza reca due significati: indicando l'incapacità di pagare (*Zahlungsunfähigkeit*) se riferito alla persona del debitore; e il sovraindebitamento (*Überschuldung*) se riferito al patrimonio. Ma, ciò posto, il concetto di insolvenza è particolarmente indefinito. Nelle definizioni legislative l'insolvenza si presenta come un fenomeno di rilievo finanziario e non economico (cfr., con riguardo all'art. 5 l.f., tra gli altri, L. STANGHELLINI), *La crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p. 121; ma per una diversa lettura, preoccupata di valorizzare la specificità dell'insolvenza commerciale come fenomeno tipico dell'attività d'impresa, e perciò interessata al profilo non finanziario ma economico della crisi e a individuare in esso la specificità dell'insolvenza - quale condizione di irrisanabilità dell'impresa - cfr. F. VASSALLI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1994, p. 81 e ss..

³ Lo stato di crisi è un tema noto alla dottrina e alla prassi professionale sia a livello nazionale che internazionale. Diverse sono, tuttavia, le prospettive a seconda che il fenomeno sia analizzato dal punto di vista aziendalistico o giuridico. In particolare, gli studi che focalizzano l'attenzione sull'azienda intendono essenzialmente la crisi come un venir meno delle circostanze che determinano in senso dinamico l'equilibrio economico e finanziario. Nella sostanza, la crisi identifica, in quest'ottica, la negazione delle condizioni necessarie per garantire una prospettiva di continuità economica a valere nel tempo, generando "disordine" nella dinamica della realtà aziendale. Per una puntuale definizione della crisi di impresa, in ottica aziendalistica si rinvia a A. QUAGLI, *Il concetto di crisi di impresa come incontro tra la prospettiva aziendale e quella giuridica*, *Crisi di impresa e fallimento*, 2 febbraio 2016, per il quale "... la crisi è descritta come un processo che trae origine da fattori che possono essere molteplici e che si aggravano più o meno gradualmente per poi, all'atto finale, sfociare in insolvenza. Tale accento sulla involuzione progressiva è giusto e doveroso. Tuttavia, proprio l'idea fortemente radicata negli aziendalisti della dinamica gestionale, tende forse a scoraggiare delimitazioni puntuali del fenomeno in parola".

materia concorsuale, incentrate sul recupero e/o salvaguardia della continuità e non sul carattere afflittivo e liquidatorio delle medesime, ha consentito che il divario concettuale e “dimensionale” tra procedure ordinarie e amministrazione straordinaria venisse in gran parte colmato.

Pur essendo queste le premesse e nonostante la ventilata impostazione unitaria, in combinazione con un progetto di legge di iniziativa dei deputati Abrignani, Bergamini, Bernardo, Giammanco, Latronico e Tancredi presentato il 30 aprile del 2013, il progetto di legge AC n. 3671-ter, attualmente in esame da parte della X Commissione della Camera “Attività produttive”, contiene unicamente la disciplina della procedura per le grandi imprese e i complessi di imprese in crisi. Di talché l’esclusione della materia relativa alla crisi delle grandi imprese, vanifica, in relazione ad esse, il tentativo di *reductio ad unum* prescritto nell’art. 2, lett. d) della legge di delega, fondante l’unico modello processuale per l’accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, e, al contempo, ne determina l’esclusione dall’ambito di applicazione dell’art. 4 e dalle relative procedure di allerta e composizione assistita⁴.

Come accennato, la riforma ruota attorno ad alcuni principi cardine che sono riassumibili in:

- centralità del fenomeno dell’insolvenza⁵ anche nella sua accezione di crisi rispetto alla qualificazione soggettiva del debitore, consentendo in tal modo a tutti i debitori, pur tenendone in considerazione le peculiarità soggettive ed oggettive, di poter accedere agli istituti finalizzati alla sistemazione dei debiti;
- gestione della crisi e dell’insolvenza del gruppo;
- prevenzione dell’insolvenza sin dai primi segnali di crisi nell’ottica della conservazione dei valori aziendali;
- responsabilizzazione degli organi di *governance* e dell’imprenditore;
- residualità della liquidazione, intesa come ultimo strumento per comporre la crisi;

⁴ M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fallim.*, 2016, 1032.

⁵ Nella prospettiva aziendalistica “un’impresa è in stato di crisi quando mostra la stabile presenza di meccanismi capaci, se non contrastati, di condurre in tempi più o meno brevi a crescenti tensioni finanziarie e quindi all’insolvenza”. Crisi e insolvenza costituirebbero, dunque, stadi successivi di un identico fenomeno degenerativo: cfr. G. BRUGGER, *Art. 160 l. fall. Profili aziendali*, Il nuovo diritto fallimentare, a cura di A. JORIO, M. FABIANI, Bologna, 2006, p. 2302. Comunque, sembra più appropriato evitare l’uso del termine crisi per denotare fenomeni ricadenti nell’area dell’insolvenza. Quale condizione dell’attività, la crisi, mentre assume rilievo per le discipline aziendalistiche, tende, invece, a rimanere indifferente al diritto. Cfr., tra i molti, G. TERRANOVA G., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007; F. CORSI F., *Crisi, insolvenza, reversibilità, temporanea difficoltà, risanamento: un nodo irrisolto?*, in *Fallim.*, 2002, p. 948; N. ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell’imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 216 e ss. È bene ricordare che, in ottica economico-aziendale, la crisi è intesa come “quel processo degenerativo che rende la gestione aziendale non più in grado di seguire condizioni di economicità a causa di fenomeni di squilibrio o di inefficienza, di origine interna o esterna, che determinano appunto la produzione di perdite di varia entità che, a loro volta, possono determinare l’insolvenza che costituisce più che la causa, l’effetto, la manifestazione ultima del dissesto”: cfr. L. GUATRI, *Crisi e risanamento delle imprese*, Milano, 1986, p. 11 e ss.

- sostituzione del termine fallimento con quello di insolvenza.

È il caso di precisare che ai principi appena esposti viene data declinazione nel disegno di legge che a ben vedere, non si ferma all'ambito del diritto concorsuale ma lo travalica, approdando ad istituti propri del diritto civile (riordino del sistema dei privilegi e regolamentazione delle garanzie non possessorie) e, nello specifico, del diritto societario.

Senza alcuna pretesa di esaustività e anticipando in parte quanto verrà illustrato nel prosieguo sulla procedura di allerta, si esaminano le previsioni contenute negli artt. 10 e 11 e nell'art. 14.

2. Le modifiche al sistema delle garanzie e le modifiche del codice civile sulla disciplina delle società

Con riferimento alla disciplina delle garanzie, due sono le previsioni su cui è importante soffermarsi in questa rapida rassegna. Nell'art. 10 del disegno di legge delega si prevede il riordino e la revisione del sistema dei privilegi con l'obiettivo di ridurre e riorganizzare con una certa sistematicità la materia.

Una rivisitazione ragionata del sistema dei privilegi, a ben vedere, potrebbe avere risvolti di utilità nelle procedure di crisi sin dall'accesso alla procedura di allerta e composizione assistita. L'art. 11 del disegno di legge delega che, stando alla relazione illustrativa del disegno di legge AC n. 3671 muove dall'esigenza di adeguare la materia a " ... nuove esigenze via via manifestatesi ..." contiene principi e criteri direttivi finalizzati a regolamentare forme di garanzia mobiliare senza spossessamento avente ad oggetto beni materiali o immateriali, anche futuri. Al contempo la stessa previsione, in considerazione che l'eccessiva rigidità del divieto di patto commissorio " ... rischia di risultare incompatibile con la moderna dinamica del sistema delle garanzie del credito ..." ⁶ propone, la derogabilità del divieto fissato nell'art. 2744 c.c, per tramite della istituzionalizzazione del c.d. patto marciano, che, a ben vedere, è strumento già conosciuto ai giuristi dai tempi dell'ideatore, il giureconsulto romano Elio Marciano, da cui prende nome. Tali istituti, peraltro, hanno trovato regolamentazione nel diritto positivo tramite il d.l. n. 59/2016, convertito con modificazioni dalla legge n. 119/2016 che, come è noto, ha disciplinato il pegno mobiliare non possessorio ⁷.

⁶Così testualmente la relazione illustrativa del disegno di legge AC n. 3671.

⁷ Art. 1 d.l. n. 59/2016, convertito con modificazioni dalla legge 119/2016, recante: "Disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione". Lo stesso d.l. n. 59/2016, come convertito dalla legge n. 119/2016, ha introdotto l'art. 48 - bis nel d.lgs. n. 385/1993 (TUB) istituzionalizzando il ricorso al patto marciano nell'ambito dei contratti di finanziamento alle imprese garantito dal trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato.

Del pari interessanti sono i principi e i criteri direttivi inseriti nell'art. 14 (Modifiche al codice civile).

Si nota che la previsione è stata riformulata nel corso dell'esame del provvedimento con l'inserimento, più che opportuno, in considerazione delle novità introdotte per tramite dell'art. 4, su cui ci soffermerà in seguito, di ulteriori accorgimenti funzionali all'emersione tempestiva della crisi.

Per quanto attiene alla disciplina della s.r.l., le modifiche apportate al testo dell'art. 2477 c.c. accolgono le istanze formulate da anni e in differenti occasioni dal CNDCEC⁸ in relazione al sistema di amministrazione e controllo. Apprezzabile la previsione che mette in risalto la necessità di un meccanismo di immediata rilevazione dell'assenza dell'organo di controllo nei casi in cui la società, superando i limiti previsti dalla legge per la nomina obbligatoria, non abbia provveduto alla sua designazione. Tale meccanismo dovrebbe basarsi, infatti, oltre che sulla "denuncia" di qualsiasi soggetto interessato, sulla segnalazione del competente conservatore presso il Registro delle Imprese (art. 14, comma primo, lett. h)).

La ridefinizione dei limiti dimensionali al superamento dei quali dovrebbe scattare l'obbligo per la s.r.l. di adottare un organo di controllo, anche monocratico, o di nominare il revisore, inoltre, trova fondamento nella ravvisata necessità di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale e nell'obbligo di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità⁹ (art. 14, comma primo, lett. g)).

La necessità di monitoraggio della regolarità della gestione è all'origine dell'altra rilevante modifica operata sulla disciplina della s.r.l. L'art. 14, comma primo, lett. f), del disegno di legge A.S. n. 2681 estende l'applicabilità alla s.r.l. - anche prive di organo di controllo - dei rimedi di cui all'art. 2409 c.c. dotando i soci del diritto di denunciare al Tribunale (*recte*, alla sezione specializzata in materia di impresa) il fondato sospetto del compimento di gravi e dannose irregolarità da parte degli amministratori. La previsione, oltre ad aderire implicitamente alla tesi per cui nelle s.r.l. dotate di organo di controllo il ricorso *ex art.* 2409 c.c. rientra tra i doverosi poteri e gli strumenti riconosciuti al collegio sindacale e al sindaco unico¹⁰, legittima

⁸ L'acronimo sta per Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili.

⁹ Per un'analisi del concetto di continuità aziendale in una prospettiva economico-contabile e con particolare attenzione agli aspetti relativi alla redazione dei bilanci e alla gestione dell'impresa, si rinvia a R. MARCELLO, *L'accertamento della continuità aziendale nella crisi d'impresa: metodologie e prassi professionale*, Società e Contratti, Bilancio e Revisione, 10/2015, 84 e ss.; R. MARCELLO, *La continuità aziendale nella crisi di impresa*, FNC, *newsletter* del 15 ottobre 2015.

¹⁰ Su tali aspetti, Corte Costituzionale, 7 maggio 2014, n. 116; CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale. Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, Norma 6.3.

i soci a chiedere i rimedi descritti nell'art. 2409 c.c., ben più appaganti della richiesta cautelare di revoca di cui all'art. 2476 c.c.¹¹.

Allo stesso modo, sempre in relazione alle modifiche apportate al codice civile, appare condivisibile la precisazione di cui alla lett. d) dell'art. 14, dove, a seguito del riconoscimento di misure protettive accordate sin dall'accesso alla procedura di allerta, si prevede la sospensione delle cause di scioglimento e degli obblighi posti a carico degli organi sociali in caso di perdite rilevanti. La *ratio* è quella dell'art. 182-*sexies* l.f.

Si tratta, più precisamente, della previsione legale della sospensione dell'operatività della causa di scioglimento di cui all'art. 2484, n. 4, c.c. ed all'art. 2545-*duodecies*, c.c. nonché degli obblighi posti a carico degli organi sociali - dunque degli organi di amministrazione e in via sostitutiva dell'organo di controllo - dagli artt. 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-*bis*, quarto, quinto e sesto comma, 2482-*ter* e 2486 c.c. in forza delle misure protettive eventualmente accordate nell'ambito delle procedure di allerta. In tal modo, riutilizzando il meccanismo previsto nell'art. 182-*sexies* l.f., viene vincolata l'attività dell'organo di amministrazione quando siano accordate misure protettive.

In particolare, qualora la società ricada nelle situazioni in cui un intervento urgente sul capitale si renda necessario a seguito di perdite significative, o nei casi in cui a causa di tali perdite la società sia destinata allo scioglimento, e in presenza di decisioni assunte dagli organi competenti al fine di risolvere la crisi mediante una procedura di allerta, le operazioni sul capitale o gli adempimenti finalizzati all'accertamento della causa di scioglimento restano sospesi e l'attività dell'organo di amministrazione indirizzata verso il (buon) esito della procedura di allerta e composizione assistita, previa tempestiva convocazione dell'assemblea¹².

Sin da una prima lettura di queste previsioni, come avremo anche modo di accennare con riferimento alla procedura di allerta, emerge con una certa evidenza che tutta la nuova

¹¹ La relazione illustrativa del disegno di legge delega mette in luce le differenze tra procedimento ex art. 2409 c.c. e azione di responsabilità con richiesta in via cautelare di revoca dell'organo di amministrazione. Gli estensori si soffermano sulla non trascurabile circostanza che anche a seguito della revoca degli amministratori, i soci (gli stessi che non sono intervenuti durante la gestione del primo amministratore) potrebbero non raggiungere un accordo in ordine alla nomina del sostituto, con conseguente stallo decisionale e impossibilità di funzionamento dell'assemblea (rilevabile quale causa di scioglimento ex art. 2484, primo comma, n. 3, c.c.). Le profonde differenze tra il procedimento di cui all'art. 2476 c.c. e relativo provvedimento cautelare di revoca dell'amministratore richiesto anche contestualmente da ciascun socio, sono state messe da tempo in evidenza. Su tali aspetti si rinvia a FONDAZIONE ARISTEIA, *La nuova s.p.a. e la nuova s.r.l., Le novità della riforma e l'adeguamento degli statuti*, a cura di C. BAUCO, Milano, 2004, 437 e ss.

¹² La sospensione non riguarda, infatti, l'obbligo di convocazione dell'assemblea ai sensi dell'art. 2446, primo comma, c.c.

disciplina tende a prevenire la liquidazione dell'impresa¹³ e, per converso, a mantenere i valori dell'azienda, inducendo l'imprenditore o gli organi di amministrazione a far emergere e ad affrontare tempestivamente la crisi, a porre in essere uno degli istituti previsti nella legge e a darvi pronta, immediata e diligente esecuzione.

Si introducono poteri di indirizzo sull'attività degli amministratori piuttosto incisivi, tanto da alterare, quantomeno potenzialmente, trattandosi di principi di delega, il canone generale di cui all'art. 2380 c.c.

Come è noto, la legge precisa che le scelte di gestione sono di esclusiva competenza dell'organo di amministrazione (art. 2380-*bis* c.c.). Non viene chiarito espressamente se la gestione debba essere ispirata a principi di corretta amministrazione - o di corretta gestione societaria o imprenditoriale¹⁴ - ancorché ai principi di corretta amministrazione accenni l'art. 2403 c.c. in punto di vigilanza del collegio sindacale e ancorché l'art. 2381 c.c. attribuisca agli amministratori di curare - e di valutare come amministratori - l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili rispetto alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

Di fronte alla clausola generale di una gestione che si svolga secondo i principi di corretta amministrazione - clausola che peraltro va messa in relazione con quella esplicitata in punto di responsabilità degli amministratori nell'art. 2392 c.c. o nell'art. 2394 c.c. che impone agli amministratori di conservare l'integrità del patrimonio sociale - e dinanzi all'obbligo di curare che il sistema organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato - è da tempo emersa la questione se sussistano o meno, in capo agli stessi, obblighi di intervenire tempestivamente nella gestione quando per l'impresa si intravedano segnali rivelatori dello stato di pre-crisi o di crisi¹⁵ ovvero, più in generale, minacce per la continuità aziendale¹⁶: in proposito non è da

¹³ Occorre mettere in evidenza che l'art. 14, primo comma, lett. c) del disegno di legge AS n. 2681 prevede l'assoggettamento alla procedura di liquidazione giudiziale come causa di scioglimento delle società di capitali ai sensi dell'art. 2484 c.c., essendo la liquidazione misura estrema e definitiva.

¹⁴ Arg. ex art. 2497 c.c.

¹⁵ Per un contributo sulla definizione di un modello di scelta dei percorsi ottimali finalizzati all'uscita dalla crisi, sulla base della disamina dei profili di convenienza tra le diverse soluzioni a disposizione dell'azienda e dei suoi *stakeholder* si rinvia a P. DORIGATO, F. ALDRIGHETTI, *Gestione delle crisi e valutazione d'azienda in ipotesi di risanamento e di liquidazione*, Working paper Smefin, 2009, su <http://aleasrv.cs.unitn.it/smefin.nsf/vistaperid/dorigatoaldrighetti09>. L'elaborato combina l'analisi economica con quella giuridica, evidenziando il rapporto tra teoria accademica (economica e giuridica) e pratica manageriale e professionale in una materia, la patologia aziendale, caratterizzata da una molteplicità di casi e di situazioni differenti, ma nella quale non è preclusa la possibilità di ricondurre le analisi a modelli di valutazione ricorrenti.

¹⁶ Nell'ambito delle definizioni di *going concern* proposte nella letteratura, si segnalano, in particolare, quelle che riconducono la continuità alla permanenza di condizioni di redditività, ovvero a prospettive reddituali e all'adeguatezza patrimoniale dell'impresa, il che equivale a dire alla verifica dell'esistenza di condizioni di equilibrio aziendale sotto il profilo economico, patrimoniale e finanziario. La condizione di continuità viene meno, pertanto, nel momento in cui l'impresa si trova in una situazione di squilibrio tendenzialmente irreversibile, senza possibilità o disponibilità da parte della proprietà o di terzi a favorirne il recupero. Appaiono evidenti, dunque, i

trascurare la circostanza che in più occasioni viene ribadita la centralità della continuità aziendale nell'ambito della organizzazione societaria e degli obblighi degli organi [cfr. 2423-bis c.c., 156, comma quarto, TUF, art. 14, comma secondo, lett. f), principio di revisione (ISA Italia) n. 570]¹⁷.

La questione è di vertice e diversamente dibattuta dalla dottrina che negli ultimi anni ha tentato di individuare canoni di comportamento per gli amministratori diligenti in contesti di crisi (o di pre-crisi) che non sia deviata in insolvenza, facendo ricorso anche alle previsioni di cui all'art. 2486 c.c., tradizionalmente destinate a regolamentare la gestione conservativa al verificarsi di una causa di scioglimento.

Il tema, in effetti, si interseca con un altro di pari rilievo che attiene direttamente al ruolo dei creditori e alla tutela degli interessi di questi ultimi. Ci si interroga se l'impresa insolvente ovvero in crisi, al ricorrere di determinate situazioni, appartenga ancora ai soci o possa effettivamente essere ascritta nel "patrimonio" di uno o più creditori che non hanno poteri di intervento diretto sulla gestione.

Alcuni indici normativi rinvenienti dalle ultime miniriforme delle procedure concorsuali e, per come avremo modo di mettere in evidenza, da alcuni passaggi del disegno di legge delega, sembrano valorizzare il ruolo dei creditori come potenziali titolari dell'impresa¹⁸.

Le modifiche apportate con il d.lgs. n. 83/2015 si pongono in questo solco, ad esempio con l'esclusione del diritto d'opzione in presenza di una proposta concorrente (art. 163, commi quarto e quinto, l.f.) ovvero, sempre a titolo d'esempio, con la revoca dell'organo di amministrazione e la nomina di un amministratore giudiziario in caso di mancata cooperazione nell'esecuzione della proposta e della (relativa) deliberazione di aumento del capitale (cfr. art. 185, comma sesto, l.f.).

Si intende dire, in altri termini, che il mutato contesto socio-economico ha comportato l'enfaticizzazione della tutela dei creditori dell'impresa in crisi (e non già insolvente) riconoscendo loro, prima poteri di influenza diretta sul raggiungimento di un eventuale

riflessi di natura contabile discendenti dall'accertamento della perdita di continuità aziendale, dal momento che è necessario abbandonare gli ordinari criteri di valutazione per adottare basi alternative (cosiddetti criteri di liquidazione o *dying concern*). In presenza, altresì, di dubbi (significativi) sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare in un prevedibile futuro, determinati dalle condizioni gestionali, gli amministratori devono riflettere tali incertezze sia nell'informativa di bilancio, sia nella rappresentazione delle attività e delle passività aziendali, apportando adeguate e conseguenti rettifiche ai criteri di funzionamento (cosiddetti criteri di funzionamento adattati).

¹⁷ Tale principio al par. 13 stabilisce che il revisore deve valutare la sussistenza del requisito della continuità aziendale lungo lo stesso orizzonte temporale usato dalla direzione nella propria attività di pianificazione. Lo stesso principio stabilisce che se tale prospezione è inferiore a 12 mesi, il revisore deve comunque estendere la sua valutazione almeno ai prossimi 12 mesi.

¹⁸ In tema, L. STANGHELLINI, *op. cit.*, 35 e ss.

accordo con il debitore (si pensi al recente art. 182-*septies* l.f.), poi poteri di orientamento sulla *governance* della società. Questo comune sentimento negli anni si è cristallizzato mediante norme che hanno direttamente inciso il quadro dei normali rimedi endosocietari praticabili nelle situazioni in cui la crisi inizia a ravvisarsi (cfr. art. 182-*sexies* l.f. rispetto alla portata degli artt. 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-*bis*, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-*ter* c.c.) ovvero che hanno tentato di anticipare l'emersione della crisi e di legittimare il comportamento virtuoso dell'imprenditore (anche collettivo, si intende) che si muova tempestivamente (art. 161, comma sesto, l.f.) depositando la domanda prenotativa di concordato.

Il disegno di legge delega recepisce queste indicazioni tracciando i principi direttivi per una procedura che consenta di affrontare la crisi in modo tempestivo¹⁹. La procedura di allerta è, nelle intenzioni degli estensori “... volta ad anticipare l'emersione della crisi meglio di quanto non siano riusciti a fare, sinora, gli istituti vigenti: intesa non tanto, o non solo, quale richiamo a connotazione meramente ammonitoria, quanto come strumento di sostegno, diretto in prima battuta a una rapida analisi delle cause del malessere economico e finanziario dell'impresa (intuitivamente soprattutto per le strutture imprenditoriali di minime dimensioni, meno attrezzate ad affrontare la crisi) e destinato a risolversi, all'occorrenza, in un vero e proprio servizio di composizione assistita della crisi, funzionale ai negoziati per il raggiungimento dell'accordo con i creditori o, eventualmente, anche solo con alcuni di essi (ad esempio con quelli meno conflittuali o più strategici)”²⁰. Che il legislatore abbia recepito le indicazioni emerse dai dibattiti degli ultimi anni, dando rilievo alle istanze dei creditori, emerge con una certa significatività anche in altre previsioni.

Nell'ambito dei principi e dei criteri direttivi formulati per la disciplina del concordato preventivo l'art. 6, comma secondo, lett. b) del disegno di legge, si prevede che gli organi della società (all'evidenza l'organo di amministrazione, fermi restando i poteri-doveri di denuncia all'assemblea e al Tribunale dei sindaci) dia tempestiva attuazione della proposta omologata, stabilendo che in caso di comportamenti ostruzionistici (che potrebbero verificarsi in particolare qualora la proposta di concordato approvata dai creditori provenga da un terzo) il tribunale possa nominare un amministratore provvisorio e speciale dotato dei poteri

¹⁹ La relazione illustrativa del disegno di legge delega AC 3671 precisa che in tal modo si è inteso rispondere all'invito, rivolto dalla Commissione agli Stati membri dell'Unione europea, ad “*offrire servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, consulenza per evitare i fallimenti e sostegno alle PMI per ristrutturarsi e rilanciarsi*”, contenuto nel Piano d'azione imprenditorialità 2020 di cui alla comunicazione COM(2012) 795 *final* del 9 gennaio 2013.

²⁰ Relazione illustrativa del disegno di legge delega AC 3671.

dell'assemblea ovvero del potere di sostituirsi ai soci nell'esercizio del diritto di voto in assemblea. Si riafferma il potere di intervento sulla gestione.

Nell'art. 14, comma primo, lett. a), prendendo posizione sulla controversa questione, si dichiara espressamente applicabile alle s.r.l. l'art. 2394 c.c.

3. Crisi e procedura di allerta

Come accennato, l'art. 4 del disegno di legge delega ruota attorno al concetto di emersione tempestiva della crisi e di tentativo di addivenire ad una soluzione della medesima concordata tra debitori e creditori.

Prima di esaminare sinteticamente il contenuto dell'art. 4, occorre effettuare alcune precisazioni.

Innanzitutto, nel disegno di legge delega viene previsto il criterio direttivo per qualificare lo stato di crisi in termini di probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto della scienza aziendalistica (art. 2, lett. c)).

Con riferimento al riconoscimento di misure premiali, l'art. 4, lett. h) del disegno di legge delega fa ricadere sull'imprenditore l'obbligo di proporre l'istanza di composizione assistita presso l'organismo di composizione tempestivamente, stabilendo altresì che il requisito della tempestività ricorra esclusivamente quando il debitore si sia attivato entro il termine di 6 mesi dal verificarsi di determinati indici di natura finanziaria, che il legislatore delegato dovrà individuare considerando in particolare: il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi; l'indice di rotazione dei crediti; l'indice di rotazione del magazzino e l'indice di liquidità.

Si tratta all'evidenza di indicazioni generali che in sede di stesura dei decreti delegati andranno colmate con competenza propria dell'economista e dell'aziendalista.

3.1. La crisi

Entrando nel merito delle attività espletate, il CNDCEC ha fortemente sostenuto che la definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, venisse articolata tenendo in considerazione l'elaborazione della cultura aziendalistica, anche per tramite di indici di natura finanziaria. Un cospicuo numero di documenti interpretativi e di elaborati sono stati formalizzati e diffusi su questi aspetti e sul differente ruolo svolto dall'incaricato della revisione legale e dall'organo di controllo nell'intercettare i segnali di assenza di continuità aziendale.

Il Consiglio Nazionale ha emanato per i suoi iscritti alcune Linee guida al fine di fornire un'indicazione precisa degli elementi economico-aziendali qualificanti l'informativa e la valutazione della crisi d'impresa²¹.

Come si esprimono le Linee guida, infatti, l'introduzione da parte del legislatore di definizioni non coordinate con la realtà imprenditoriale porterebbe ad una ancora più accentuata confusione e al rischio di valutazioni erranee da parte degli operatori, nonché potrebbe comportare disorientamento negli organi preposti al governo e controllo delle imprese collettive, con il rischio o di non fare emergere effettivamente la crisi d'impresa o di allargare le responsabilità senza benefici per la collettività²².

Mentre l'insolvenza rappresenta di sicuro una crisi, non è detto che una qualsiasi crisi comporti l'insolvenza o conduca ad essa; infatti, l'azienda può affrontare più momenti di difficoltà, anche profondi, ma non necessariamente strutturali o definitivi, né tantomeno tali da intaccare la solvibilità. Al riguardo, autorevole dottrina individua ben quattro differenti momenti nell'evoluzione di una crisi, ponendo solo all'ultima fase di un percorso affatto scontato e per nulla deterministico l'eventuale insorgenza di una situazione di dissesto permanente ed irreversibile²³.

Pertanto, crisi ed insolvenza, più che fasi o stadi temporalmente differenti ma funzionalmente collegati, rappresentano concetti autonomi e separati; la crisi anticipa l'insolvenza, che ne costituisce un possibile sviluppo o manifestazione. La crisi, dunque, non necessariamente

²¹ CNDCEC, *Linee guida per l'informativa e la valutazione nella crisi d'impresa*, Roma, ottobre 2015. Il documento evidenzia i possibili elementi di conoscibilità che gli operatori o i soggetti che intrattengono rapporti con soggetti economici in difficoltà possono acquisire con riferimento al reale rischio di *default* aziendale. Allo scopo, l'elaborato esprime una serie di linee guida tese a qualificare lo stato di crisi aziendale, per consentirne il monitoraggio e l'emersione.

²² Si sofferma sulla ricognizione delle cause della crisi, la definizione del contesto di riferimento e del quadro evolutivo, la costruzione della base documentale, la scelta del metodo di valutazione e il suo svolgimento, la declinazione delle ipotesi nello sviluppo della perizia, il documento diffuso da CNDCEC e SIDREA hanno diffuso le *Linee guida per la valutazione di aziende in crisi*, dicembre 2016. La stesura dell'è stata compiuta avendo a specifico riferimento la realtà delle piccole e medie imprese e definendo, laddove opportuno, le responsabilità del professionista e i suoi contorni, connessi al quadro della documentazione di supporto, fermo restando l'impegno nella ricerca della massima qualità del processo valutativo.

²³ Ci si riferisce, in particolare, a L. GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995. L'Autore, infatti, individua quattro stadi del percorso di crisi in cui è comunque possibile intervenire al fine di evitare che l'impresa entri in situazioni di crisi irreversibili. Un primo stadio è quello dell'incubazione, in cui si manifestano iniziali fenomeni di inefficienza; un secondo stadio è quello della manifestazione della crisi, in cui si cominciano ad intaccare le risorse aziendali con un contestuale incremento dei livelli di indebitamento; nel terzo stadio si osservano gravi squilibri finanziari, con significative ripercussioni sulla fiducia nelle diverse categorie di *stakeholder*; l'ultimo stadio, cui si giunge solo in assenza di tempestive manovre di risanamento attuate nel corso delle precedenti fasi, consiste nell'insolvenza e nella condizione di dissesto. A tal riguardo, si rinvia anche a: T. PENCARELLI, *Le crisi di impresa. Diagnosi, previsione e procedura di risanamento* (a cura di), Milano 2013; M. FERRO, A. DI CARLO, *L'istruttoria pre-fallimentare. Procedimento per la dichiarazione di fallimento: un'indagine giuridico-aziendalistica nella prassi dei tribunali italiani* (a cura di), Milano 2010, passim.

conduce all'insolvenza, mentre quest'ultima è un effetto della crisi che rileva sulla complessiva capacità di adempiere le obbligazioni aziendali.

Anche nei casi in cui la crisi si riveli potenzialmente anticipatrice dell'insolvenza, vale a dire quando le due fasi manifestano ampie aree di sovrapposizione temporale e causale, le stesse non possono essere confuse o esaminate attraverso gli stessi strumenti di indagine.

La crisi, che non si sia ancora cristallizzata originando dunque insolvenza, presuppone una visione non più storica, ma prospettica, tesa ad individuare l'incapacità in futuro di adempiere non solo le obbligazioni già assunte, ma anche quelle prevedibili nel normale corso di attività. Da quanto detto, al fine di individuare le aree di insistenza dei due fenomeni (crisi e insolvenza), le Linee guida suggeriscono un'impostazione che:

- non escluda la possibilità di ricorrere a dati contabili e/o storici, ma solo nella prospettiva della loro capacità di segnalare futuri squilibri. Parimenti, sono poco significativi allo scopo indicatori contabili, soprattutto se esaminati singolarmente - senza, cioè, un adeguato confronto spaziale - temporale ed un'analisi congiunta con *ratio* e risultati di gestione che abbraccino le molteplici dimensioni economico-finanziarie e patrimoniali d'azienda - ed asetticamente rispetto allo specifico contesto socio-economico in cui opera l'impresa;
- imponga, in ogni caso, una visione dinamica basata sulle prospettive e sulla programmazione aziendale;
- escluda la possibilità per i terzi di verificarne la sussistenza senza avere accesso ai dati interni aziendali;
- suggerisca approcci specifici per le due fattispecie. Ad esempio, mentre è ipotizzabile che vi possano essere indicatori univoci dello stato di insolvenza (reiterata incapacità di adempimento degli oneri previdenziali e dei debiti erariali, pluralità di decreti ingiuntivi di fornitori, *etc.*), altrettanto non può necessariamente dirsi per lo stato di crisi antecedente all'insolvenza. Il ricorso alla segnalazione della omissione di versamenti erariali e contributivi, oltre a rivelarsi un indicatore parziale, non consente di intercettare con la necessaria tempestività situazioni di crisi, rappresentandone al più effetto o manifestazione successiva.

3.2. La procedura di allerta e di composizione assistita della crisi

Come è stato accennato, da alcuni anni il legislatore ha tentato di arginare il fenomeno dell'insolvenza e della crisi. Del pari, l'attenzione è stata generalmente indirizzata ai fenomeni di squilibrio patrimoniale che comportano l'incapacità di adempiere regolarmente.

Tutti gli interventi di cui sopra sono stati effettuati con provvedimenti sporadici, spesso ricorrendo alla decretazione d'urgenza e tralasciando una visione d'insieme che solo una riforma organica è capace di assicurare. Al di fuori del perimetro di applicazione dell'art. 1 l.f., ad esempio, in tempi recenti l'imprenditore agricolo è stato ammesso all'accordo di ristrutturazione del debito con il d.l. n. 98/2011 e il consumatore ammesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione per tramite della legge n. 3/2012. L'attenzione del legislatore, in altri termini, si è concentrata sul fenomeno delle crisi - e non solo dell'insolvenza - ma l'assenza di un quadro unitario (ed anche, a nostro avviso, di una definizione del fenomeno e di criteri importati dalle scienze aziendalistiche per l'individuazione) e di un approccio sistematico e organico ha originato la diffusione di indirizzi e prassi non uniformi, complicando ulteriormente il lavoro dei professionisti.

Tali motivi hanno condotto il CNDCEC, già durante la precedente Consiliatura, ad apprezzare l'enorme sforzo e l'encomiabile lavoro condotto dalla Commissione Rordorf, pur dovendo, necessariamente, segnalare alcuni difetti di coordinamento del testo predisposto, difetti inevitabili visto che si tratta di un disegno di legge delega che, come sopra accennato, si poneva gli obiettivi di riformare in modo organico le discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Il testo elaborato dalla Commissione Rordorf ha subito molteplici interpolazioni. Senza alcuna pretesa di esaustività e con riferimento alla procedura di composizione assistita della crisi, chi avrà seguito il lavoro svolto dal CNDCEC, avrà modo di ricordare come, proprio con riferimento alla procedura di allerta e composizione assistita, nello schema di disegno di legge delega predisposto dalla Commissione Rordorf, accanto alle misure premiali, comparivano misure sanzionatorie riconducibili all'incriminazione per bancarotta semplice quando l'impresa avesse fatto ricorso ad una procedura di crisi, con buona pace della nota regola della *business judgement rule* e oltretutto con qualche perplessità di tenuta costituzionale. Lo stesso attento lettore si ricorderà come quello schema di disegno di legge delega non prevedesse una procedura di allerta e composizione assistita della crisi, bensì una procedura di allerta e mediazione non giudiziale e confidenziale finalizzata ad incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di negoziati assistiti tra debitore e creditori. Tralasciando i dubbi interpretativi che una simile formulazione poteva far sorgere con riguardo ai soggetti abilitati a gestire tali negoziati assistiti, alcune perplessità originavano dalla considerazione che risultava maggiormente appropriato, in considerazione della natura confidenziale e non giudiziale della procedura, parlare di trattative tra debitore e creditori

gestite sotto l'egida di un soggetto fornito di adeguata professionalità nella gestione delle crisi di impresa.

Al riguardo, inoltre, occorre evidenziare che il testo dell'art. 4 licenziato dalla Commissione, anche grazie all'attento lavoro svolto dai Commercialisti, era incentrato sul ruolo fondamentale svolto dagli organismi di composizione della crisi di cui alla legge n. 3/2012 e al D.M. n. 202/2014, più partitamente, da una sezione specializzata istituita al loro interno alla quale dovevano accedere soggetti forniti di adeguata professionalità (e indipendenza).

Il testo del disegno di legge entrato in aula per l'approvazione definitiva prevedeva ancora la qualificazione professionale dell'organismo di composizione rinviando, quanto a specifiche competenze, ai soggetti individuati alla legge n. 3/2012 e dal D.M. n. 202/2014, ancorché la sezione specializzata istituita all'interno dell'organismo dovesse gestire unicamente la procedura di allerta attivata dall'impresa o dagli organi societari. La conduzione e la gestione dell'allerta provocata dai creditori pubblici qualificati, al verificarsi del perdurare di inadempimenti di importi rilevanti, veniva affidata alla sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale, con evidente duplicazione di ruoli e sovrapposizione di fasi.

L'ultima formulazione della norma, ancorché riproduca una procedura c.d. di allerta interna - vale a dire attivata dall'imprenditore o dagli organi societari - e una procedura c.d. di allerta esterna, in quanto avviata dai creditori pubblici qualificati, tra cui in particolare l'Agenzia delle Entrate, elimina questa "duplicità di riti" e assegna unicamente all'organismo di composizione il ruolo di consulenza, gestione (e mediazione) tra debitore e creditori al fine di porre rimedio alla crisi, nel rispetto della confidenzialità e della riservatezza richieste per il buon esito della procedura (cfr. art. 4, lett. e)²⁴.

Non soddisfano, invece, i criteri fissati nel disegno AS n. 2681 relativamente all'individuazione di questo organismo e dei soggetti che devono farne parte. L'istituzione presso la sola Camera di commercio, infatti, distanzia l'organismo da quelli istituiti nella legge n. 3/2012 e nel D.M. n. 202/2014, riqualificandolo come *interna corporis* di quell'ente.

L'affidamento dell'incarico, poi, ad un collegio composto almeno da tre esperti designati rispettivamente dalla Camera di commercio, dagli ordini professionali e dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale competente del luogo in cui l'impresa ha sede tra quanti risultino iscritti in un Albo tenuto dal Ministero della Giustizia, non risponde all'esigenza di evadere la segnalazione pervenuta all'organismo in tempi celeri e con soluzioni

²⁴ Sull'allerta nel disegno di legge delega Rordorf, C. BAUCO, A. PANIZZA, *Prevenzione dell'insolvenza e continuità aziendale: il ruolo della procedura di allerta*, in *Amministrazione e finanza*, 7/2016, 40 e ss.

costruttive e necessariamente (*recte*, preferibilmente) caratterizzate da elevata professionalità.

Si intende dire che, qualora il procedimento di allerta venga attivato, considerati i ristretti termini imposti dalla delega²⁵, l'organismo è tenuto a provvedere tempestivamente all'individuazione del professionista incaricato per l'esame della situazione patrimoniale e per addivenire alla soluzione concordata della crisi tra debitore e creditori.

La composizione collegiale, al di fuori di crisi particolarmente importanti, potrebbe ritardare il lavoro dell'organismo, preso atto che gli esperti, dovrebbero essere designati da soggetti differenti (e dunque, presumibilmente, in base a criteri non univoci); la composizione mista dell'organismo, inoltre, potrebbe causare difetti di coordinamento, in quanto trattandosi di esperti e non solo di professionisti iscritti in albi che vantino precipua esperienza e competenza specifica nelle procedure concorsuali e negli istituti di composizione negoziale della crisi²⁶, vengono a mancare comuni regole deontologiche.

Come anticipato, l'art. 4 del disegno di legge delega si articola nella procedura di composizione assistita e nella procedura di allerta, prodromica a quest'ultima.

L'allerta è ulteriormente differenziata a seconda del soggetto che effettui la segnalazione di:

- fondati indizi di crisi, da individuare secondo i parametri a cui sopra abbiamo accennato: in questo caso i soggetti su cui ricade l'obbligo, oltre all'imprenditore medesimo, sono gli organi di controllo o l'incaricato della revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni (art. 4, lett. c));
- reiterati (perduranti) inadempimenti di importo rilevante, da definire sulla base di criteri non assoluti ma relativi e come tali parametrati alla dimensione dell'impresa, che considerino in particolare, l'importo non versato delle imposte o dei contributi previdenziali autodichiarati: in questo caso i soggetti su cui ricade la segnalazione all'organismo (e prudenzialmente anche all'imprenditore) sono i creditori pubblici qualificati (art. 4, lett. d)).

Tralasciando il procedimento di segnalazione c.d. esterna, si formulano di seguito alcune considerazioni su quello interno, incentrato sugli organi di controllo e sull'incaricato della revisione legale.

²⁵ Termine non superiore a sei mesi nella procedura di allerta c.d. interna. Cfr. art. 4, comma primo, lett. b).

²⁶ Come ad esempio sono i professionisti in possesso dei requisiti di professionalità e indipendenza di cui all'art. 67, comma terzo, lett. d), l.f.

Come anticipato, questa previsione va coordinata con quella inserita tra le modifiche al codice civile e, più precisamente, con il criterio direttivo tramite cui si impone alle imprese e agli organi societari di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, oltre all'obbligo di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi (art. 14, lett. b)).

Il CNDCEC ha in varie occasioni messo in luce come la istituzionalizzazione del generale obbligo per l'imprenditore e gli organi sociali di istituire assetti adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale (principio peraltro esplicitato nelle istruzioni di alcune Autorità di vigilanza), se auspicabile in quanto diretta a rafforzare il sistema di presidi posti in essere ai fini dell'emersione tempestiva della crisi, richieda espressamente un coordinamento con gli obblighi, i poteri e le responsabilità degli organi di controllo che conseguentemente dovrebbero trovare riconoscimento anche in realtà imprenditoriali di dimensioni inferiori a quelle attualmente determinate in base ai parametri di cui all'art. 2435-bis c.c., per restare nell'ambito delle società di capitali.

È noto, infatti, come il collegio sindacale nella s.p.a. - e l'organo di controllo anche monocratico nella s.r.l., in forza dell'applicazione analogica e della valenza trans tipica dell'art. 2381 c.c. - sia tenuto a vigilare, in particolare, sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adottati dalla società e sul loro concreto funzionamento. È del pari risaputo come la vigilanza sull'adeguatezza degli assetti, correlata al proficuo scambio di informazioni con l'incaricato della revisione legale, nei casi in cui, ovviamente tale funzione non venga svolta dal collegio sindacale o dal sindaco unico, possa essere strumento volto all'emersione tempestiva della crisi, da cui dovrebbe seguire il procedimento di allerta (endosocietario) presso l'organo di amministrazione²⁷. Nelle audizioni e nelle osservazioni preparate al testo di riforma il CNDCEC questo aspetto è stato più volte messo in luce.

Al contempo, è stato precisato in modo incisivo come il nostro ordinamento già preveda misure che possono far emergere la crisi senza esternalizzarla.

Un meccanismo di allerta, a ben vedere, è già declinato nella legge (codice civile e TUF): la corretta osservanza dei precetti di legge da parte degli organi di controllo consentirebbe di intercettare tempestivamente segnali di crisi ovvero i c.d. sintomi di pre-crisi, risolvendo per tramite dei flussi informativi e di provvedimenti adeguati alla realtà imprenditoriale, dunque, con rimedi esclusivamente endosocietari, il pericolo di insolvenza.

²⁷ CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale. Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, Norma 11, settembre 2015.

Dal momento che la legge assegna al collegio sindacale o al sindaco unico la vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (e per la dottrina più autorevole e per le autorità di vigilanza un assetto è adeguato non solo *to going concern* bensì anche a rilevare tempestivamente la crisi)²⁸ e gli consente di utilizzare tutte le informazioni acquisite dagli organi di amministrazione e dal revisore nell'esercizio dei propri poteri (doverosi), la segnalazione agli organi di amministrazione declinata nel disegno di legge delega di riforma delle procedure potrebbe apparire ultronea rispetto a quanto già previsto negli artt. 2381, 2403-bis, 2409-septies c.c. e negli artt. 150 e 151 TUF.

Restando in tema di poteri-doveri dell'organo di controllo nella procedura di allerta occorre però effettuare una precisazione. Da quanto si evince dall'art. 4 del disegno di legge delega per la riforma della disciplina delle crisi e dell'insolvenza, l'allerta potrebbe risolversi e concludersi positivamente a seguito della segnalazione degli organi di controllo e del revisore legale agli amministratori di fondati indizi di crisi. Gli stessi creditori pubblici qualificati, si badi bene, sono tenuti a segnalare immediatamente agli organi di controllo della società. La procedura, in altri termini, si potrebbe concludere all'interno delle ordinarie dinamiche della società, dal momento che lo stesso disegno di legge delega precisa che l'organo di controllo è tenuto ad informare tempestivamente l'organismo di composizione della crisi solo in caso di omessa o inadeguata risposta da parte dell'organo di amministrazione. Al verificarsi di questa ipotesi, il legislatore formalizza una procedura di allerta gestita anche al di fuori della società da un organo che non faccia parte della *governance*. Il potenziale "conflitto" tra organi, secondo il legislatore, deve trovare una soluzione, così come deve trovare soluzione la crisi dell'impresa (anche nell'interesse dei creditori). L'ente individuato per far fronte a tutto ciò e per raggiungere una soluzione concordata tra debitore e creditori coincide con l'organismo di composizione che, in considerazione delle funzioni e della natura sue proprie, consente di garantire la confidenzialità e la riservatezza della procedura.

Resta inteso che l'organo di controllo e il revisore non possono sostituirsi all'organo di amministrazione né incidere sulle scelte di gestione. L'esercizio da parte di questi ultimi degli obblighi proattivi di segnalazione ai fini dell'emersione tempestiva della crisi, previsti nella delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, rientra nel novero

²⁸ Aspetto già messo in evidenza nelle indicazioni diffuse dalle autorità di settore con riferimento alla vigilanza su società soggette a legislazione speciale, rispetto alle quali si è precisato che un assetto è adeguato quando esso è diretto a rilevare sintomi di crisi in modo tempestivo ed effettivo. Il pensiero corre alle Istruzioni di vigilanza per le banche, emanate da Banca Italia con circolare del 21 aprile 1999, n. 229, in forza della quale il sistema dei controlli interni è l'insieme delle regole, delle procedure e delle strutture finalizzate anche alla salvaguardia del valore delle attività e protezione delle perdite, concetti ribaditi anche da Isvap con circolare n. 366D del 3 marzo 1999, par. 3.

degli obblighi di vigilanza, da svolgere in conformità delle previsioni di legge e della carica che essi ricoprono; motivo per cui le omissioni o i fatti direttamente ascrivibili all'organo di amministrazione ritualmente "allertato" non possono essere fonte di responsabilità solidale per il sindaco diligente.

Il testo è al Senato. L'auspicio è che si approvino ulteriori significative modifiche. Prima tra tutte la revisione del criterio direttivo enunciato nell'art. 6, lett. f) relativo alla disciplina del concordato preventivo. La previsione è una novità perché la Commissione Rordorf non l'aveva considerata; in essa si stabilisce di determinare i poteri del Tribunale con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla fattibilità anche economica dello stesso, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale. La previsione segna il ritorno al passato, anche a fronte dell'orientamento espresso dal giudice di nomofilachia piuttosto chiaro al riguardo²⁹: spetta all'attestatore il giudizio di fattibilità economica del piano o dell'accordo in virtù della professionalità specifica che egli vanta. Qualsiasi differente prospettiva, costringerebbe il Tribunale alla nomina di un CTU per esprimere valutazioni prognostiche circa la fattibilità del piano e la veridicità dei dati aziendali. Con aggravio di costi e lungaggini nel procedimento e, sotto altri profili con svilimento anche del ruolo dei creditori.

L'attestatore non è un commissario né un pubblico ufficiale e le sue funzioni non possono essere sostituite con quelle dell'organo di nomina giudiziale.

²⁹ SS.UU. n. 1521 del 23 gennaio 2013.