

RISTRUTTURAZIONI AZIENDALI

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

ISSN 2785-6348

Rivista trimestrale
Fascicolo n. 4/2023

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

Dottrina e giurisprudenza commentata

Rivista trimestrale – ISSN 2785-6348

Direttore responsabile: **Paola Castagnoli**

Editore: Centro Studi Giuridici - APS, con Sede in Luzzara (RE), Via
Grandi n. 5. Associazione di promozione sociale, iscritta nel Registro
Provinciale delle Associazioni di Promozione Sociale della Provincia di
Reggio Emilia al n. 53298/31, a far tempo dal 2 novembre 11/11.
P.IVA: 02216450201; C.F.: 01762090205.

Quaderni **di** **Ristrutturazioni Aziendali**

DIRETTORI

Stefano Ambrosini e Franco Benassi

COMITATO SCIENTIFICO

Presidente

Alberto Maffei Alberti

Componenti

Alberto Jorio, Alessandro Nigro, Girolamo Bongiorno, Sabino Fortunato, Paolo Felice Censoni, Stefania Pacchi, Giuseppe Niccolini, Gabriele Racugno, Marco Arato, Fabrizio Guerrera, Gianvito Giannelli, Francesco Fimmanò, Paolo Valensise, Rolandino Guidotti, Vittorio Minervini, Edgardo Ricciardiello, Antonio Didone, Mauro Pizzigati, Giuseppe Fauceglia, Giustino Di Cecco, Giuseppe Melis, Aldo Angelo Dolmetta, Marco Ventoruzzo, Giovanni Caruso, Gianfranco Capodaglio, Maurizio Dallochio, Paolo Bastia, Alberto Quagli, Francesco Perrini, Alessandro Danovi, Fabio Serini, Andrea Perini, Federico Casa.

Quaderni **di** **Ristrutturazioni Aziendali**

COMITATO TECNICO

Coordinatori

Edgardo Ricciardiello e Andrea Panizza

Componenti

Chiara Boldrin, Riccardo Bonivento, Daniela Carloni, Laura Cristini, Francesca Crivellari, Guido Doria, Gabriele Maria Genovese, Fabio Iozzo, Francesco Liuzzo, Barbara e Veronica Maffei Alberti, Marco Malesani, Nicoletta Michieli, Stefano Midolo, Ivan Libero Nocera, Simone Pesucci, Paolo Rinaldi, Fabio Sebastiano, Andrea Sola, Carla Scribano, Giovanni Staiano.

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Presidente

Antonio Nuzzo

Componenti

Marco Aiello, Simona Arduini, Maurizio Bianchini, Francesco Bordiga, Mia Callegari, Eva Desana, Marco Speranzin, Marina Spiotta, Patrizia Riva.

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

I contributi destinati alle sezioni "Focus" "Documenti" e "Recensioni" possono essere previo controllo di qualità effettuato dai direttori della Rivista.

I direttori trasmettono, in forma anonima, ai *referee* della Rivista i contributi a ciascuno di loro pervenuti.

In casi eccezionali, e comunque in percentuale assolutamente limitata, la responsabilità della verifica di qualità e dell'idoneità alla pubblicazione può essere assunta da uno dei direttori della Rivista, previa specifica motivazione. La scelta dei *referee* viene effettuata di volta in volta in base alla specifica competenza sull'argomento, e comunque con criteri di rotazione.

Il referee, al più presto, e comunque entro 15 giorni, trasmette al direttore responsabile la scheda appositamente predisposta con la sua valutazione in ordine alla qualità del lavoro ed alla idoneità alla pubblicazione. Le tre possibili valutazioni sono le seguenti: meritevole di pubblicazione, non meritevole di pubblicazione, meritevolezza di pubblicazione ma con modifiche ed integrazioni. Nel primo caso il referee non esprime alcuna motivazione, nel secondo caso esprime una sintetica motivazione, nel terzo caso indica sinteticamente modifiche ed integrazioni da apportare. Non è escluso peraltro che il referee, in caso di valutazione negativa, possa, a sua discrezione, voler formulare una serie di osservazioni, da trasmettere all'autore, per una sostanziale revisione del lavoro al fine di renderlo pubblicabile.

In caso di valutazione positiva del lavoro il direttore responsabile comunica all'autore il risultato e provvede ad inviarlo agli addetti alla pubblicazione. In caso di valutazione negativa del lavoro il direttore responsabile comunica all'autore il risultato, mantenendo segreto il nome del referee.

Nel caso di lavoro meritevole di pubblicazione con modifiche ed integrazioni, il direttore responsabile comunica all'autore il risultato, segnalando le eventuali modifiche ed integrazioni da apportare, salvo successiva verifica. In caso di esito negativo, la direzione della Rivista si riserva la facoltà, qualora ritenga comunque utile la pubblicazione, di pubblicare il lavoro nelle rubriche non oggetto di referaggio, con specifica indicazione.

Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2023 – Fascicolo IV

Sommario

***Due temi sempre attuali:
l'adeguatezza degli assetti aziendali
e la concessione abusiva di credito***

Sezione I – Dottrina

MAURIZIO ONZA, *“Gestione sostenibile” dell’impresa, “adeguati assetti” e (una annotazione su) “interesse sociale”: spunti di riflessione* 4

FRANCESCO BORDIGA, *Gli obblighi degli amministratori nel contesto del codice della crisi e dell’insolvenza* 23

ANDREA PANIZZA, *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi, contabili e Codice della crisi: aspetti (teorici ed) operativi* 47

MASSIMO ZANOLETTI, *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili dell’impresa. Il nuovo approccio imposto dal (nuovo) art. 3 co. 3 e 4 CCII* 83

ETTORE ANDREANI, *Adeguati assetti ex art 2086 c.c., valutazione creditizia ed evoluzione della relazione banca impresa* 104

FABIO SEBASTIANO E SILVIA CERONI, *Il fascino discreto della concessione abusiva di credito dopo il CCII* 126

RAFFAELE DEL PORTO, *Brevi note in tema di legittimazione attiva del curatore: le azioni di massa come regola “di sistema”* 136

Sezione II – Giurisprudenza

La Cassazione riafferma la responsabilità delle banche negligenti - Cassazione civile, Sez. III, 18 gennaio 2023, n. 1387 144

Concessione abusiva di credito: l’ordinanza interlocutoria della Cassazione - Cassazione, sez. I civile, 24 ottobre 2022, n. 31389 153

Ancora una pronuncia della Cassazione sull’abusiva concessione di credito - Cassazione Civile, Sez. Prima, 27 ottobre 2023, n. 29840 158

Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2023 – Fascicolo IV

Dottrina

“GESTIONE SOSTENIBILE” DELL’IMPRESA, “ADEGUATI ASSETTI” E (UNA ANNOTAZIONE SU) “INTERESSE SOCIALE”: SPUNTI DI RIFLESSIONE *

MAURIZIO ONZA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Sulla “gestione dell’impresa” ... – 3. (Segue) ... e sulla gestione “sostenibile” dell’impresa. – 4. Sugli “adeguati assetti”. – 5. Una annotazione sull’ “interesse sociale”: intersezione tra “gestione sostenibile” dell’impresa e “adeguati assetti”.

1. Introduzione

Le locuzioni alle quali il titolo promette di dedicare qualche spunto di riflessione sono sfuggenti: perché, della prima, la “gestione sostenibile” dell’impresa, il formante *legale* o *non c’è* o *è in corso di assestamento*¹; della seconda, gli “adeguati assetti”, quel formante è *infante*² ed il formante *giurisprudenziale* è *quantitativamente povero*; dell’ultima e della quale si proporrà solo una annotazione, l’ “interesse sociale”, il formante *dottrinale*

* Questo lavoro, destinato a un volume collettaneo a cura di Stefano Ambrosini, riprende una relazione svolta in occasione del convegno “Organi sociali, banche e professionisti di fronte alle società in crisi”, tenutosi in Brescia il 30 gennaio 2023. Qui si aggiungono riferimenti bibliografici solo essenziali sia perché la letteratura è, sul punto, quasi senza confini sia perché, in fondo, si affrontano, in punta di penna, temi di “vertice” che necessariamente non possono che supporre scelte di “vertice” dell’autore, la giustificazione argomentativa delle quali imporrebbe uno studio incompatibile per gli “spunti di riflessione” che si vogliono proporre.

¹ Si pensi alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 del 23 febbraio 2022 (proposta sulla c.d. dovuta diligenza).

² Quanto meno se riferito al “sistema” introdotto con l’art. 2086, comma 2, c.c., risalente, come noto, al d.lgs. n. 14/2019 (il codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza; c.d. cod. crisi).

dibatte, quasi senza sosta, da decenni. Locuzioni, peraltro, che richiamano argomenti oggetto, nell'oggi, di crescente attenzione di giuristi e non. Sicché, forse, per assolvere alla promessa in avvio conviene fissare qualche punto di riferimento, di orientamento, prendendo le mosse dai significati, il più possibile "normativi", di quelle locuzioni.

2. Sulla "gestione dell'impresa" ...

Principiando dalla prima locuzione, essa si presta ad una elementare scomposizione.

E, ancora in via elementare, sulla "gestione dell'impresa" si potrebbe osservare almeno questo:

a) "gestire l'impresa" significa, almeno (ma non solo), *scegliere³ tra diverse possibilità per il raggiungimento di un fine*;

b) trattandosi di impresa, la "gestione" deve, tra le varie, essere diretta alla *produzione di nuova ricchezza*, organizzata (rendendo "azienda" i mezzi di produzione, cioè "beni" atti alla produzione di quella ricchezza⁴), *abituale* (diceva il Codice di commercio del 1882; cioè *professionale*, dice oggi il Codice civile; dunque: *non occasionale*) e condotta *con metodo economico* (in modo da programmare una politica dei prezzi dei beni prodotti e dei servizi resi tale da remunerare i fattori della produzione organizzati per essa)⁵;

c) il *fine* e la *modalità di perseguimento di esso* (l'attività in concreto da svolgere) sono fissati da chi avvia l'impresa; nelle società, in quanto "enti distinti delle persone dei soci"⁶, le modalità sono, in particolare, fissate nel patto sociale⁷, riducendosi l'attività da svolgere essenzialmente nell'oggetto sociale e, se società cc.dd. lucrative, *quelle modalità sono tese, nel fine, al perseguimento di un surplus* dei ricavi rispetto ai costi; *surplus*, poi, da

³ C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 573 ss.

⁴ Sull'azienda si può ora leggere M. CIAN, *Dell'azienda. Artt. 2555-2562*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2018, *passim*.

⁵ Per una ricostruzione aggiornata ed accurata, v., con autorevolezza, G. MARASÀ, *L'imprenditore. Artt. 2082-2083*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2021, *passim*.

⁶ Soggetti "altro" dai soci: art. 77 cod. comm. 1882.

⁷ Atto costitutivo, statuto e, eventualmente, patti parasociali.

distribuire (con l'utile di periodo o con la liquidazione, totale o del singolo rapporto) ai soci (art. 2247 c.c.)⁸;

d) la “gestione dell'impresa” richiama, questo è il punto, scelte “costrette”⁹ in certi limiti; quelli dell' “essere impresa” - attività, economica professionale organizzata, per produrre nuova ricchezza - che si potrebbero isolare in quanto fissati dalla legge; e quelli del fine e della modalità del perseguimento di esso - l'attività da svolgere e, se società c.d. lucrativa, il lucro da distribuire ai soci - che si potrebbero isolare (quando l'impresa è esercitata da una società) in quanto fissati pattizamente;

e) quando l'impresa è esercitata da una società, da un ente (“altro dai soci”), chi sceglie, perché gestisce, poi, non lo fa nell'interesse proprio bensì nell'interesse pre-costituito e fissato (dai soci) nel patto sociale costitutivo e regolativo dell'ente, essendo vincolato, poi, dalla finalità (sempre dai soci) prescelta (ad esempio, appunto, lucrativa)¹⁰; e

f) questa scelta, come ogni scelta, genera, a certe condizioni, una responsabilità (per ora in senso lato) per la deviazione della scelta da quei limiti e da quelle finalità pre-costituite e fissate (dalla legge o pattizamente)¹¹.

3. (segue) ... e sulla gestione “sostenibile” dell'impresa

La “gestione dell'impresa”, si diceva, nella locuzione che si sta indagando è legata alla “sostenibilità”¹². E così:

⁸ Il che distingue queste società dalle società (qualificate) imprese sociali dove la distribuzione del *surplus* ai soci è, come noto, temperata (cfr. art. 3, comma 3, d.lgs. n. 112/2017).

⁹ Per non “uscire” dalla qualificazione di impresa.

¹⁰ Cfr., naturalmente, P. SPADA, *Diritto commerciale. Elementi*, Vol. 2, Padova, 2009, *passim*; nonché M. STELLA RICHTER JR., *In principio sono sempre le funzioni*, in *Riv. soc.*, 2019, 20 ss.

¹¹ Nei poc'anzi abbozzati.

¹² Per una prima indicazione bibliografica sia permesso il rinvio a M. ONZA, *Corporate social responsibility and corporation*, in *Production and circulation of wealth. Problems, principles and models*. Summer school, Brescia 8-12 luglio 2019, a cura di M. Onza – A. Saccoccio, Torino, 2022, 293 ss. V., inoltre, di recente G.B. PORTALE, *La corporate social responsibility alla ricerca di effettività*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2022, I, 947 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Il mantello di San Martino, la benevolenza del birraio e la Ford modello T, senza dimenticare Robin Hood* (Divagazioni semi-serie sulla c.d. responsabilità sociale dell'impresa e dintorni), in *Riv. dir. civ.*, 2022, I, 409 ss.; P.M. SANFILIPPO, *Tutela dell'ambiente e “assetti adeguati” dell'impresa: compliance, autonomia ed enforcement*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, I, 993 ss.; M. STELLA RICHTER JR., *Corporate Sustainability Due Diligence: noterelle semiserie su problemi serissimi*, in *Riv. soc.*, 2022, 714 ss.; D. STANZIONE, *Scopo e oggetto dell'impresa societaria sostenibile*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 1023 ss.; G. RACUGNO - D. SCANO, *Il dovere di diligenza*

a) la scelta gestoria, se legata alla “sostenibilità”, significa, all’evidenza, scegliere “considerando” la “sostenibilità”;

b) questo “considerare” la “sostenibilità” può essere una scelta autonoma, pattizia (effettuata, nelle società, dai soci; si pensi, ovviamente, alla società che si “dichiara al mercato” *benefit*¹³); oppure quel “considerare” la “sostenibilità” può essere imposto, dall’eteronomia, dall’ordinamento;

c) nell’uno e nell’altro caso, la “scelta gestoria” è (tendenzialmente) affidata, quanto meno nella sua attuazione concreta, a chi gestisce l’impresa;

d) il grado di “considerazione” della “sostenibilità” nella scelta gestoria può essere più o meno intenso; transitando, *de minimis*, da una relazione di compatibilità tra scelta gestoria e “sostenibilità”, siccome mera assenza di effetti negativi (vuol dirsi pregiudizievoli) di quella su questa, fino al perseguimento della “sostenibilità”, siccome obiettivo dell’attività governata da quella scelta; dandosi, quindi, tra l’una e l’altro, sfumature a cagione del rapporto con altri fini (esemplarmente, quello c.d. di lucro); comunque,

e) in tutti i casi è necessario individuare cosa si intenda giuridicamente per “sostenibilità”.

In effetti, nella disciplina della società *benefit* si rinviene un riferimento alla “sostenibilità”, dovendo la società per scelta statutaria¹⁴ *benefit* operare « in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attività culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse »¹⁵.

delle imprese ai fini della sostenibilità: verso un Green Deal europeo, in Riv. soc., 2022, 726 ss.; EUG. BARCELLONA, Shareholderism versus stakeholderism. La società per azioni contemporanea dinanzi al «profitto», Milano, 2022, *passim*; S. PACCHI, La gestione sostenibile della crisi d’impresa, in Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 3 settembre 2022. Cfr., infine, i saggi raccolti in AA.VV., Governance e mercati. Studi in onore di PAOLO MONTALENTI, a cura di M. Callegari, S. Cerrato, E. Desana, Vol. I, Torino, 2022, parte prima (46-358). Cfr., inoltre, Assonime, L’evoluzione dell’organo amministrativo tra sostenibilità e trasformazione digitale, Note e Studi 1/2023, *passim*.

¹³ Tra i diversi lavori, v., per tutti, A. DACCÒ, Le società *benefit* tra interesse dei soci e interesse dei terzi: il ruolo degli amministratori e i profili di responsabilità in Italia e negli Stati Uniti, in Banca borsa tit. cred., 2021, I, 40 ss.; P. BUTTURINI, Società *benefit* e diritto di recesso, Torino, 2022, *passim*.

¹⁴ Impregiudicato il problema della possibilità o non di operare quale società *benefit* pur in assenza di quella scelta.

¹⁵ Art. 1, comma 376, l. n. 208/2015.

Un riferimento alla “sostenibilità”, questo, che tuttavia *non indica affatto cosa debba intendersi per “sostenibilità”*¹⁶; specificando solo che operando in quel modo (responsabile trasparente sostenibile), la società *benefit* deve “perseguire” un « beneficio comune » (quale « effetti positivi » o « riduzione degli effetti negativi ») per i relativi destinatari, quelli dal testo legislativo “nominati” o comunque i soggetti sui « quali l’attività dell’impresa possa avere un impatto »¹⁷, società civile compresa¹⁸. Certo, si potrebbe ipotizzare che quel risultato, il « beneficio comune », coincida con la “sostenibilità”; ma così non parrebbe: proprio perché tale beneficio deve essere raggiunto “operando in modo” « sostenibile » (oltre che « responsabile » e « trasparente »), orientando verso uno scarto tra “sostenibilità” e « beneficio comune ». E qui, nella società *benefit*, l’intensità tra scelta gestoria e “sostenibilità” è nel senso del bilanciamento¹⁹ tra scopo c.d. lucrativo e *funzione* c.d. *benefit*²⁰.

Qualche indicazione più precisa, viceversa, sulla “sostenibilità” – su *cosa “sia” la “sostenibilità”*, ancora una volta, *in senso giuridico* - si ritrova in altri complessi normativi; dove la “gestione sostenibile dell’impresa”²¹ non si fonda, si badi, *su una scelta pattizia* (dei soci; come nella società *benefit*; scelta che *in thesi* serve a “presentare sul mercato la società come *benefit*”; d’onde il tradimento dello scopo *benefit* si apprezza innanzitutto sul piano del mercato, sul piano pubblicitario, qualificandosi siccome pubblicità ingannevole)²²; ma su regole di *rango legale*; regole che invero o *presuppongo una gestione*

¹⁶ Neppure, allo scopo, possono essere di ausilio gli allegati nn. 4 e 5 l. n. 208/2015, questi riferendosi, nell’ordine, alla « valutazione dell’impatto generato » dall’attività di impresa quale « standard di valutazione esterno »; ed alla identificazione delle « aree di valutazione »: art. 1, comma 382, lett. b), l. n. 208/2015.

¹⁷ Art. 1, comma 377, l. n. 208/2015.

¹⁸ In quanto « altri portatori di interesse », tali essendo « il soggetto o i gruppi di soggetti coinvolti, direttamente o indirettamente, dall’attività delle società [*benefit*], quali lavoratori, clienti, fornitori, finanziatori, creditori, pubblica amministrazione e società civile »: art. 1, comma 378, lett. b), l. n. 208/2015.

¹⁹ V. art. 1, comma 377, l. n. 208/2015.

²⁰ Essendo forse, quella *benefit*, una funzione, una *modalità dell’azione*, più che uno scopo dell’azione.

²¹ Altro, viceversa, essendo la “sostenibilità” riferita al patrimonio dell’impresa: e v., soprattutto, il cod. crisi, ove si discorre di « sostenibilità dei debiti » [art. 3, comma 3, lett. b)] o del « debito » (v. artt. 25 *octies* ss.), di « sostenibilità economico-finanziaria dell’attività » (art. 21, 1° comma 1) e di « sostenibilità economica dell’impresa » (art. 87, comma 3).

²² V. art. 1, comma 384, l. n. 208/2015.

dell'impresa "sostenibile" o orientano per una gestione dell'impresa "sostenibile".

Senza, evidentemente pretese di completezza, si allude:

a) alla recentissima direttiva (UE) 2022/2464 sulla « rendicontazione societaria di sostenibilità », che nella direttiva 2013/34/UE²³ sostituisce²⁴ la parte sulle dichiarazioni non finanziarie²⁵, nella quale non si discorreva di "sostenibilità" non parlavano].

In questa nuovissima direttiva, la "sostenibilità" è una "questione"²⁶ e le « questioni di sostenibilità » (oggetto di rendicontazione) sono i « fattori ambientali, sociali, relativi ai diritti umani e di governance »²⁷ nonché (con un rinvio discutibile al regolamento (EU) 2019/2088; discutibile perché in parte ripetitivo) le « problematiche [ambientali, sociali e] concernenti il personale, il [rispetto] dei diritti umani e le questioni relative alla lotta alla corruzione attiva e passiva »²⁸. Qui, la "gestione sostenibile" è, per certi versi, *presupposta*; dovendo essere oggetto di rendicontazione, quale parte della relazione sulla gestione.

Alcune rapide note su questa novella possono giovare all'analisi. Ecco:

(1) le nuove regole devono applicarsi a imprese (anche piccole e medie; ma non micro) che siano qualificate "enti di interesse pubblico", *in primis*, le società con « valori mobiliari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato »²⁹;

(2) le "questioni di sostenibilità" sono oggetto di *dettaglio a mezzo principi che saranno adottati con atti delegati dalla Commissione europea*, evitando di imporre alle imprese « un onere amministrativo sproporzionato » specificando

²³ Sui « bilanci di esercizio [...] bilanci consolidati e relative relazioni di talune tipologie di imprese »; direttiva dal testo della quale ora si citerà.

²⁴ Segnatamente negli artt. 19 *bis* e ss. e 29 *bis* ss.

²⁵ Su cui v. C. MOSCA - C. PICCIAU, in *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano. Libro quinto: Del lavoro. Del bilancio: Art. 2423 - 2435 ter*, a cura di M. Irrera, Torino, 2022, *sub* art. 2428, 445 ss.

²⁶ In lingua inglese, "matter", tedesca, "(Nachhaltigkeits)aspekt" e, francese, "question".

²⁷ Art. 2, n. 17, direttiva 2013/34/UE.

²⁸ Art. 2, n. 24, regolamento (UE) 2019/2088.

²⁹ Art. 2, n. 1, lett. a), direttiva 2013/34/UE.

alcuni profili fissati nella direttiva (mitigazione dei cambiamenti climatici, condizioni di lavoro, parità, sistemi di controllo interno e via discorrendo)³⁰; e

(3) le “questioni di sostenibilità” *non sembrano che si pongano, nella direttiva, come finalità della gestione*. Appare, piuttosto, che *nella gestione di esse occorra “tenere conto”* o, al più, che possano *perseguirsi in modo “lasco” e commesso all’autonomia gestoria*³¹; in definitiva, non costituiscono un oggetto di *perseguimento vincolato per la gestione*, come il lessico del legislatore – che usa la locuzione “questioni di sostenibilità” in luogo di scopo o finalità - autorizza a credere.

Esemplare in tal senso sono, da un canto, il riferimento alla garanzia *della (sola) compatibilità*, nei « piani dell’impresa », del « modello e [del]la strategia aziendali [...] con la transizione verso un’economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale a 1,5°C in linea con l’accordo di Parigi [...] e l’obiettivo di conseguire la neutralità climatica entro il 2050 »³²; e, dall’altro, che, sì, devono essere “descritti gli obiettivi” « connessi alle questioni di sostenibilità »³³, ma la *scelta di essi è commessa all’impresa*, essendo, in altri termini, *individuati dall’impresa*, restando soggetta all’opportunità l’inclusione degli « obiettivi assoluti di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra almeno per il 2030 e il 2050 »; individuazione a cui segue la descrizione dei « progressi [...] realizzati nel conseguimento degli stessi », attestando, con una dichiarazione, rispetto ai soli “fattori ambientali”, « se gli obiettivi dell’impresa [...] sono basati su prove scientifiche conclusive »³⁴;

³⁰ Art. 29 *ter*, § 2, direttiva 2013/34/UE.

³¹ Salvo un rafforzamento a mezzo clausole pattizie qualora se ne ammettesse la plausibilità “fuori” dalla qualifica di società *benefit*: v. *supra*, nt. 14.

³² Art. 19 *bis*, § 2, lett. a), iii), direttiva 2013/34/UE.

³³ Art. 19 *bis*, § 2, lett. b), direttiva 2013/34/UE.

³⁴ Conseguenza normative diverse possono concedersi, se e quando sarà approvata la proposta sulla c.d. dovuta diligenza (*supra*, nt. 1), all’obbligo di “dovuta diligenza” al quale pure la direttiva 2013/34/UE incidentalmente si riferisce [art. 19 *bis*, lett. f), i)]. Proposta il cui art. 25 prevede che gli amministratori di società [rilevanti, in sintesi, per “grandezza” o per “settore di attività”] debbano - generando una di essi responsabilità (distinta dalla responsabilità della società, prevista al ricorso di talune condizioni inerenti la prevenzione o l’arresto di “impatti negativi” su diritti umani ed ambiente, potenziali ed effettivi; cfr. l’art. 22); debbano, si diceva, tenere « conto, nell’adempiere al loro dovere di agire nell’interesse superiore della società, delle conseguenze in termini di sostenibilità, a breve, medio e lungo termine, delle decisioni che assumono, comprese, se del caso, le conseguenze per i diritti umani, i cambiamenti climatici e l’ambiente ».

b) al d.lgs. n. 58/1998 (c.d. t.u.f.), nell'art. 123 *ter*, comma 3 *bis*, quale *oggetto della relazione sulla politica in materia di remunerazione e sui compensi corrisposti*, specificando che la « politica di remunerazione contribuisce alla strategia aziendale, al perseguimento degli interessi a lungo termine e alla sostenibilità della società e illustra il modo in cui fornisce tale contributo »; e ponendo la “sostenibilità” della società come “*circostanza eccezionale*” legittimante la deroga alla politica di remunerazione; disciplina, questa, limitata alle società con le azioni quotate in mercati regolamentati e che *parrebbe presupporre la “gestione sostenibile”*;

c) alla definizione, pure “a portata” *oggettivamente e soggettivamente limitata*, di “investimenti sostenibili”³⁵, contenuta nel regolamento (EU) 2019/2088 all'art. 2, n. 17, quali investimenti « in un'attività economica che contribuisce a un obiettivo ambientale, [...] o [...] in un'attività economica che contribuisce a un obiettivo sociale [...] o [...] in capitale umano o in comunità economicamente o socialmente svantaggiate », purché si tratti di investimenti che « non arrechino un danno significativo a nessuno di tali obiettivi e che le imprese che beneficiano di tali investimenti rispettino prassi di buona *governance*, in particolare per quanto riguarda strutture di gestione solide, relazioni con il personale, remunerazione del personale e rispetto degli obblighi fiscali »; ed

d) al codice di *codice di corporate governance* per le società con azioni quotate nel mercato telematico azionario gestito da Borsa Italiana che *propizia*³⁶ la “sostenibilità” laddove *impone agli amministratori* la « guida della società perseguendone il successo sostenibile »³⁷; “successo sostenibile”, prima definito quale « creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholder rilevanti per la società »³⁸.

Ebbene, in questo “campione” di scenario normativo: (i) non appare identificabile *una unica “nozione” giuridica di “sostenibilità”*, essa *variando* (seguendo un metodo di produzione del formante legale cui è corrisposto uno sperimentato metodo interpretativo³⁹) *in funzione della disciplina riguardata*; e

³⁵ Su cui v. M. RESCIGNO, *Il nuovo Regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti esteri diretti: integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell'Europa*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 847 ss.

³⁶ Stante la sua adozione solo facoltativa.

³⁷ Art. 1, § 1.

³⁸ V. le “Definizioni”. Sul tema, cfr. SIRI, *La sostenibilità nei codici di autodisciplina*, in AA.VV., *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti* (nt. 12), 326 ss.

³⁹ Tra i primi, N. IRTI, *L'età della codificazione*, Milano, 1999, *passim*.

(ii) non si scorge una abilitazione dell'interprete a costruire un *obbligo legale di conformare la scelta gestoria alla "sostenibilità" siccome "co-finalità" dell'impresa*; resta un *limite esterno alla gestione dell'impresa*⁴⁰. A ben vedere, anche la "rendicontazione di sostenibilità" – che di quel "campione" è il più "avanzato" – si risolve in una verifica intestata a soggetti, professionali e resi specializzati nelle "questioni"⁴¹, tenuti alla revisione legale, i quali svolgono il « lavoro finalizzato al rilascio di un'attestazione circa la conformità della rendicontazione di sostenibilità »⁴², reso attraverso una apposita relazione⁴³.

Le "questioni sulla sostenibilità" colgono un limite "esterno" alla gestione dell'impresa⁴⁴, come *sfera intangibile la cui intangibilità va "descritta" nella dedicata rendicontazione*, arricchendosi la "compliance" di un ulteriore obbligo che, certamente, "reagisce" sulla sfera della "responsabilità" della scelta gestoria, di ogni scelta gestoria, di cui in avvio si ragionava.

Più nel dettaglio, e centrando l'attenzione sugli obblighi di rendicontazione sulle questioni di sostenibilità, se non c'è dubbio che *l'inadempimento o l'adempimento non esatto di questi obblighi generi una responsabilità risarcitoria* di gestori e controllori (interni ed esterni) dell'impresa; viceversa qualche dubbio si intravede su *danno e legittimazione all'azione*, dovendosi, a rigore, distinguere l'inadempimento (o l'inesatto adempimento) di obblighi di "compliance" (di "conformità"), il cui nesso eziologico *isola il danno risarcibile*, da un canto; e dell'altro, *l'attività di impresa* che, eziologicamente, *ha cagionato il danno*; sicché, in via esemplare, concettualmente *altro* è l'attestazione di qualcosa di falso (una falsa rendicontazione sulle questioni di sostenibilità); *altro* è il comportamento imputabile alla società che abbia provocato un danno, ledendo, sempre in via esemplare, i diritti umani.

Ed è, si badi, a questa seconda eventualità che dovrebbe ascriversi la c.d. responsabilità sociale di impresa, se a questa si intende assegnare un significato giuridico, quale *obbligo di risarcire un danno provocato nello svolgimento*

⁴⁰ E ciò anche nella proposta sulla c.d. dovuta diligenza se è vero che l'interesse della società resta "superiore" (v. *supra*, nt. 34).

⁴¹ Il revisore legale o i revisori legali « responsabile o responsabili della sostenibilità »: art. 2, n. 16 *bis*), direttiva 2006/43/CE, come introdotto dalla direttiva (UE) 22464/2022.

⁴² Art. 2, n. 2), direttiva 2006/43/CE, come modificato dalla direttiva (UE) 22464/2022.

⁴³ Art. 28 *bis*, direttiva 2006/43/CE, introdotto dalla direttiva (UE) 22464/2022.

⁴⁴ Non diversamente, al fondo, dalla "collocazione" della salute e dell'ambiente nel (novissimo) art. 41, commi 2 e 3, Cost.

dell'attività di impresa che affligga una "collettività" (in senso lato) assunta a punto di riferimento che possa, a sua volta, predicarsi "sociale"; "danno sociale": (i) per la "estensione", quanto a soggetti danneggiati; (ii) per la "entità economica", dunque per l'entità economica dell'obbligazione di risarcimento; al riguardo, per evitare equivoci, si deve notare che, su altro piano, riposa la differenza tra danno patrimoniale e non patrimoniale, la quale ha di mira il bene danneggiato (che può o meno patrimoniale) e non la sua rilevanza economica ai fini del risarcimento del danno; o per (iii) per la "qualità", incidendo su beni, valori o, per se si vuole, sulla "coscienza sociale" particolarmente avvertiti dalla collettività o da una collettività di riferimento in un determinato momento storico.

Cosicché se: per evitare danni così connotati *l'impresa deve adeguarsi a comportamenti jure*, cioè deve adeguarsi a regole che prevengono tali danni; e se queste regole possono avere una fonte legale (la cui violazione espone, *in thesi*, a responsabilità aquiliana) ed una fonte contrattuale (la cui violazione espone, *in thesi*, a responsabilità contrattuale); pertanto, il senso precettivo della "responsabilità sociale di impresa" si possa (e si debba) cogliere se:

a) si trovino *regole ordinamentali non scritte* che obbligano a tenere un comportamento *la cui violazione generare l'obbligo di risarcire il danno*;

b) si trovino *regole ordinamentali non scritte* che connettono alla tenuta di un comportamento (non obbligatorio ma) *facoltativo l'obbligo, una volta tenuto in concreto, di risarcire il danno causato da quel comportamento*;

c) l'ordinamento prevede un comportamento obbligatorio ma non stabilisce la conseguenza della violazione dell'obbligo;

d) l'ordinamento prevede un comportamento facoltativo ma non stabilisce la conseguenza in caso di produzione di un danno derivante dal comportamento tenuto in concreto; o

e) la qualificazione di responsabilità sociale di impresa determini *l'ascrizione della responsabilità occorsa in concreto a quella contrattuale o aquiliana nell'incertezza del dato testuale*. Qualificazione, peraltro, che avrebbe un senso precettivo forte *se fosse contrattuale* generando, per il danneggiato, quei vantaggi probatori e prescrizionali a questa accordati.

In una battuta: la responsabilità sociale di impresa ha senso precettivo, almeno dal punto di vista del danneggiato, se: (i) introduce nuovi "danni ingiusti" (cioè comportamenti *non jure*) nella responsabilità aquiliana; (ii) "converte" la responsabilità aquiliana sorta in concreto in responsabilità contrattuale (agevolando il danneggiato); e (iii) in *preesistenti rapporti*

giuridici introduce nuovi obblighi la cui violazione provoca il risarcimento del danno causato da tale violazione⁴⁵.

4. Sugli “adeguati assetti”

Passando agli “adeguati assetti”⁴⁶, in via preliminare è opportuno rammentare che:

a) gli “adeguati assetti” organizzativi, amministrativi e contabili - introdotti nel Codice civile all’art. 2086, comma 2, con l’approvazione del cod. crisi risalente al 2019 - sono *testualmente* istituiti (anche) in funzione « della

⁴⁵ Su questi profili, cfr. se si vuole M. ONZA (nt. 12) *loc. cit.*

⁴⁶ Per una prima informazione bibliografia sia consentito, ancora, il rinvio a M. ONZA, *Gli “adeguati assetti” organizzativi: tra impresa, azienda e società (Appunti per uno studio)*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, I, 1 ss. Cfr., inoltre, S. AMBROSINI, *Adeguatezza degli assetti aziendali, doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi*, in AA.VV., *Governance e mercati* (nt. 12), 1703 ss.; C. CINCOTTI, *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d’impresa (anche a proposito del “Decreto Dirigenziale”)*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2022, 567 ss.; G. GARELIO, *Il contenuto degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle società di persone*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2022, p. 27 ss.; G. GIANNELLI, *Gli assetti organizzativi per la prevenzione della crisi nei controlli nelle società per azioni*, in AA.VV., *Governance e mercati* (nt. 12), 1721 ss.;

GUIOTTO, *La nuova “allerta” nella declinazione degli assetti organizzativi*, in *Fall. proc. conc.*, 2022, p. 1185 ss.; A. JORIO, *Note minime su assetti organizzativi, responsabilità e quantificazione del danno risarcibile*, in *Giur. comm.*, 2021, 812 ss.; S. CERRATO, *L’obbligo di istituire assetti adeguati nel prisma della “crisi” (dal Codice al d.l. 24 agosto 2021, n. 118)*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, 1289 ss.; S. MASTURZI, *La rilevanza della prospettiva aziendale nella valutazione di adeguatezza degli assetti*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, 1859 ss.; O. CAGNASSO, *Le misure idonee, gli assetti adeguati e l’organizzazione dell’attività dell’impresa*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, 1597 ss.; P. MONTALENTI, *Assetti organizzativi e organizzazione dell’impresa tra principi di corretta amministrazione e “business judgment rule”: una questione di sistema*, in *Nuovo dir. soc.*, 2021, 11 ss.; A. BRIGUGLIO, *Applicabilità della “business judgment rule” alle scelte in materia di assetti societari adeguati [Nota a ordinanza: Trib. Roma, sez. spec. impresa, 8 aprile 2020]*, in *Riv. dir. soc.*, 2021, 290 ss.; L. DE ANGELIS, *La responsabilità degli amministratori non esecutivi e degli organi di controllo con riguardo agli assetti societari*, in *Dir. fall. soc. comm.*, 2022, p. 3 ss.; F. DI CIOMMO, *La responsabilità civile di inizio millennio. Il caso del nuovo art. 2086 c.c. in tema di responsabilità di imprenditore e amministratori*, in *Danno e resp.*, 2022, 413 ss.; N. ATLANTE, *La governance delle società di capitali nel codice della crisi di impresa*, in *Riv. not.*, p. 283 ss.; M. FABIANI, *Introduzione ai principi generali e alle definizioni del codice della crisi*, in *Fall. proc. conc.*, 2022, 1173 ss.; A. MIRONE, *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del “decreto correttivo” al Codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2022, I, 183 ss.; M. SCIUTO, *Quel che resta degli obblighi di segnalazione nel Codice della crisi*, in *Var. temi dir. lav.*, 2022, 475 ss.

rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale ».

Di essi nulla, ma proprio nulla, si diceva *direttamente* nel cod. crisi “versione 2019”, dandosi

(1) solo un passaggio, rapido, nella sua relazione che poco aggiunge al contenuto precettivo di quel comma; contenuto precettivo a sua volta sostanzialmente *coincidente* con quanto previsto nella legge delega del cod. crisi (l. n. 155/2017); e

(2) un riferimento (nell'art. 3, comma 2) *generico e precettivamente nullo* alla disposizione del Codice civile;

b) sulla *competenza* all'istituzione degli “adeguati assetti” (e non sugli “adeguati assetti” in sé) è intervenuto, nel 2020, il decreto legislativo “correttivo ed integrativo” (n. 147) del cod. crisi, nei sensi del *superamento di alcune perplessità* (della dottrina e degli operatori) scaturenti da una (possibile) lettura del nuovo materiale normativo in grado, nelle società cc.dd. di persone, di legittimare una (indiretta e “rivoluzionaria”) “*organizzazione corporativa*” e, nella s.r.l., di eliminarne l’ “attenuazione”⁴⁷ esito di autorevoli interpretazioni della riforma del 2003⁴⁸;

c) il diritto vigente degli “adeguati assetti” si deve al d.lgs. n. 83/2022, decreto legislativo che proclama l'attuazione della direttiva (UE) 2019/1023⁴⁹; questo “novissimo diritto”, stavolta, non coinvolge (direttamente) il Codice civile bensì il cod. crisi, per un verso, *sopprimendo* « le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi » (c.d. sistema di allerta), *sostituite* con la « composizione negoziata della crisi, la piattaforma unica nazionale, il concordato semplificato e le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi »⁵⁰ (c.d. composizione negoziata), e, per l'altro, *dedicando* l'art. 3⁵¹, *espressamente* alla « adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi ».

⁴⁷ Rendendo nell'art. 2257 c.c., per le società cc.dd. di persone e, per la s.r.l., nell'art. 2475 c.c., “esclusiva” la “gestione” degli amministratori; “esclusività” passata, poi nel 2020, dalla “gestione” alla «istituzione degli assetti».

⁴⁸ Per tutti, v. P. SPADA, *Classi e tipi di società dopo la riforma organica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 489 ss.

⁴⁹ Su «quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione».

⁵⁰ Arrt. 12 ss. cod. crisi vigente.

⁵¹ In origine, nella “versione 2019”, confezionato per i «doveri del debitore» solo lambendo, con il generico riferimento del quale s'è detto, l'art. 2086 c.c.

Rispetto alla “versione 2019” dell’art. 3, le “novità novissime” sono *minime*, nel secondo comma (ridotta a stile), e *vistose* nell’introduzione degli (inediti) terzo e quarto comma, nei quali si dettagliano, prima, *tre strumenti* di attuazione della “previsione tempestiva dell’emersione della crisi dell’impresa”, una delle “funzioni” degli “adeguati assetti” (per l’ “imprenditore collettivo”) e delle “misure” (per l’ “imprenditore individuale”); e, dopo, i “*segnali*” reputati (dal legislatore) rilevanti per quella “previsione”;

d) il “novissimo diritto” è contenuto, si è ricordato, in un atto normativo domestico che si proclama attuativo della direttiva (EU) 2019/1023; ciò non dimeno, in questa *non si rinvergono mai (salvo sviste) regole sugli “adeguati assetti”*. Piuttosto, per quanto qui interessa, è previsto che:

(1) « il debitore abbia accesso a un quadro di ristrutturazione preventiva che gli consenta la ristrutturazione, al fine di impedire l’insolvenza e di assicurare la loro [dei quadri] sostenibilità economica, fatte salve altre soluzioni volte a evitare l’insolvenza, così da tutelare i posti di lavoro e preservare l’attività imprenditoriale » (art. 4, § 1);

(2) sia (mantenuta o) introdotta « una verifica di sostenibilità economica [...], purché tale verifica abbia la finalità di escludere il debitore che non ha prospettive di sostenibilità economica, e possa essere effettuata senza pregiudicare gli attivi del debitore » (art. 4, § 3); e

(3) « qualora sussista una probabilità di insolvenza, i dirigenti tengano debitamente conto come minimo dei seguenti elementi: a) gli interessi dei creditori, e dei detentori di strumenti di capitale e degli altri portatori di interessi; b) la necessità di prendere misure per evitare l’insolvenza; e c) la necessità di evitare condotte che, deliberatamente o per grave negligenza, mettono in pericolo la sostenibilità economica dell’impresa » (art. 19).

Benché, in questa sede, non sembri conducente le ripercorre le argomentazioni alla base dei convincimenti già espressi⁵² nel vigore dell’assetto normativo anteriore alla novella del 2022 - che, sia detto per inciso, la novella pare piuttosto *confermare* che smentire – si compendiano ora alcune note che nell’auspicio di non scontare la noia della ripetizione.

A. Elemento centrale degli “adeguati assetti” dell’art. 2086, comma 2, c.c. è (e resta) la di essi *funzionalizzazione* alla « rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e della perdita della continuità aziendale la funzionalizzazione »⁵³.

⁵² M. ONZA (nt. 46), *loc. cit.*

⁵³ Funzionalizzazione che ne marca la differenza sostanziale dagli “assetti” di cui all’art. 2381 c.c., disposizione normativa solo dal 2003.

B. La *necessità* di “adeguati assetti” a tanto *funzionalizzati* sono connessi alla “economicità” - *ed all’ “organizzazione”* (come organizzazione e riorganizzazione dei fattori produttivi proiettata nel tempo) - *dell’attività di impresa esercitata* siccome equilibrio programmato nel tempo tra costi e ricavi; proiezione nel tempo da (efficacemente) controllare (*lato sensu*) e da documentare⁵⁴. Il che spiega e giustifica l’istituzione di *questi “adeguati assetti”* ogni qualvolta *si eserciti un’attività di impresa*⁵⁵.

C. Soppresso il c.d. sistema di allerta, quella funzionalizzazione è necessaria *per approntare il prima possibile una “reazione” ad una crisi di impresa tempestivamente rilevata*. Sicché la funzionalizzazione di “adeguati assetti” continua ad *apprezzarsi in ordine sia alla “rilevazione” della crisi d’impresa sia all’approntamento delle conseguenti “reazioni”*. Il che conferma l’irrelevanza precettiva della (persistente) asimmetria testuale tra l’art. 2086, comma 2, c.c., dove la finalità è connessa solo alla “rilevazione”, e l’art. 3, comma 2, cod. crisi, dove la finalità riguarda l’una e l’altra.

D. Se, poi, *al centro degli “adeguati assetti” v’è l’impresa*, come attività stabile e programmaticamente economica, e la funzionalizzazione degli “adeguati assetti” riguarda “rilevazione” e “reazione” della sua crisi, non stupisce che *di queste si predichi l’applicazione anche all’imprenditore non entificato*, in cui una “organizzazione” come “altro da sé” manca, mancando un ente, ed affidandosi, per la “rilevazione”, a « misure idonee », dovendosi conseguentemente, in caso di positiva tempestiva rilevazione dello stato di crisi, approntare (comanda l’art. 3, comma 1, cod. crisi) “misure necessarie a farvi fronte”; per questo rispetto, mostrando, il legislatore delle riforme, *una certa incapacità sistematica* non giustificandosi, parrebbe, l’assenza di un riferimento alle “misure idonee” nel Codice civile.

E. La proporzionale calibrazione dell’ “adeguatezza” di quella funzionalizzazione (“rilevazione” e “reazione”), relazionata a “natura e dimensione dell’impresa”, è *invocata* (ora anche) nel comma terzo dell’art. 3 cod. crisi.

F. La rilevanza in questa funzionalizzazione delle *scritture contabili*, che *misurano l’azienda in funzionamento*, è accentuata se, come parrebbe da concedersi, il funzionamento dell’azienda si misura, innanzitutto, *sulla presenza*

⁵⁴ L’esigenza di una documentazione come fattore ordinante dell’attività di impresa è connessa alla scrittura; nel 2018 sono stati ritrovate documentazioni commerciali in tavolette d’argilla scritte con caratteri cuneiformi, scoperte ad Ur, in Mesopotamia, e risalenti al II millennio prima dell’era volgare: v. G. CABRAS, *La via dell’impresa*, Torino, 2022, 21.

⁵⁵ Applicandosi anche ad associazioni e fondazioni, eventualmente non qualificati Enti del Terzo Settore, che esercitino, in via strumentale, l’attività di impresa.

di uno squilibrio « patrimoniale o economico-finanziario »⁵⁶; d'onde l'intestazione, sull' « organo di controllo societario »⁵⁷, di un obbligo di segnalazione, all' « organo amministrativo », qualora quello squilibrio possa « rendere probabile la crisi o l'insolvenza essendo tuttavia ragionevole il perseguimento del risanamento dell'impresa »⁵⁸, attivando la c.d. composizione negoziata; attivazione che, al ricorso delle condizioni, sembrerebbe da reputare *un potere/dovere dell'organo amministrativo*, in linea con l'art. 19 direttiva (EU) 2019/1023⁵⁹.

G. E ancora.

Proprio quella funzionalizzazione consente di non limitare la “reazione” agli “strumenti” previsti nel d.lgs. n. 14/2019, quali unici « strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale » di cui testualmente discorre l'art. 2086, comma 2, in fine, c.c. *Qualunque “reazione” lecita consenta di superare quella crisi e di realizzare quel recupero* è da stimarsi *corretto adempimento del dovere di “reazione”*, salvo, probabilmente, il verificarsi dei presupposti per l'attivazione della c.d. composizione negoziata, secondo, forse, il modello c.d. “*comply or explain*”⁶⁰.

H. Nella valutazione dell'adempimento o dell'inadempimento ai “doveri” (tanto la “previsione” quanto la “reazione”, quella, di cui solo parla il testo, essendo, poi, la “base” sulla quale “scegliere” questa) titolati nell'art. 2086, comma 2, c.c., come già cennato, il “novissimo diritto” ha introdotto una “guida” - che si direbbe solo *esemplare* - di *strumenti adeguati alla funzionalizzazione di “misure” ed “assetti”*, descrivendone tre « capacità »; vale a dire, cioè:

(1) di « rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore ». Alla relazione con “natura e dimensioni” dell'impresa aggiungendo, si crede, con il riferimento all'attività, *la relazione con il contesto* (di mercato, territoriale, geografico) in cui l'impresa opera⁶¹;

⁵⁶ Per la rilevanza di siffatto squilibrio, nell'ambito dell'art. 3 cod. crisi, v. *ultra*, sub H., (2).

⁵⁷ Che, nella “versione 2022” cod. crisi, deve ritenersi *escludere il revisore legale*.

⁵⁸ Art. 25 *octies*, comma 1, cod. crisi.

⁵⁹ V. *supra*, sub lett. d), (3).

⁶⁰ Sicché: se ricorrono i presupposti e non si attiva quella procedura occorre darne una motivazione ragionevole.

⁶¹ Accentuando la differenza tra questi “assetti” e quelli dell'art. 2381 c.c. (*supra*, nt. 53).

(2) di « ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento »; invocando, per tale via, la « piattaforma telematica nazionale »⁶² e rafforzando la doverosità dell'avvio, al ricorso dei presupposti, della c.d. composizione negoziata. La prospettiva resta *relazionale*: l' "assetto" è "adeguato" *se recepisce (correttamente e tempestivamente) le informazioni necessarie per (ancora una volta, correttamente e tempestivamente) avvalersi di quella piattaforma*; che "deve"⁶³ essere utilizzata per effettuare il test pratico;

(3) di « verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali » previsti nel quarto comma; si richiama, dunque, in *un orizzonte temporale pre-determinato*, la "*struttura del debito*" (trattata nel comma successivo) e la *continuità aziendale nella quale a questa "struttura" si aggiunge la prospettiva reddituale*. Ed è, invero, *l'unico punto di emersione diretto di tale prospettiva*, salvo forse il riferimento - ma indiretto, essendo correlato allo "squilibrio patrimoniale o economico-finanziario" – « alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale » di cui prima si parlava.

Poco sembra da osservare sui parametri dei "segnali" che si presentano: (i) tutto sommato a descrizione *puntuale*; (ii) ancora una volta solo *esemplari*, potendosi, tra i vari, aggiungere, *in caso di variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti, gli obblighi di segnalazione delle banche ed agli intermediari all'organo di controllo*⁶⁴ che, al ricorso di elementi di contesto, potrebbero costituire elementi "sintomatici" dello stato di crisi; e (iii) *comprensivi dello "squilibrio patrimoniale o economico-finanziario"* che, nel cod. crisi "versione 2019", fondava la definizione di stato di crisi e che, appunto, nella "versione 2022" *diventa elemento che gli "adeguati assetti" devono valutare tempestivamente e presupposto della c.d. composizione negoziata*; nel mentre, sempre nell'ultima versione del cod. crisi, la definizione di crisi si centra sullo "stato di probabile insolvenza" che si « manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni nel successivi 12 mesi »⁶⁵.

⁶² Art. 13 cod. crisi.

⁶³ In difetto, per evitare l'inadempimento, occorre motivare ragionalmente.

⁶⁴ Art. 25 *decies* cod. crisi.

⁶⁵ Art. 2, lett. a), cod. crisi.

Nonostante la *perdita*, dal passaggio dalla “versione 2019” alla “versione 2022”, della fissazione di un periodo di tempo (sei mesi) per la *valutazione della continuità aziendale in caso di esercizio già in corso*, può azzardarsi che *l'elemento centrale nella “rilevazione tempestiva” della crisi sia (e resti) la continuità aziendale*. A ben vedere, infatti, una crisi o, quale requisito di accesso alla c.d. composizione negoziata, una probabilità di crisi⁶⁶, *non è in sé rilevabile sulla base del (solo) “squilibrio patrimoniale economico finanziario” o della (sola) sulla “struttura del debito”*; conta la *prospettiva reddituale* la quale è *co-essenziale alla continuità aziendale* che, in definitiva, comprende tutti questi *elementi* e che richiama, ancora una volta, *l'economicità dell'attività di impresa* come (*lecita*) *persistenza, e quindi auto-sufficienza, dell'impresa sul mercato*.

5. Una annotazione sull' “interesse sociale”: intersezione tra “gestione sostenibile” dell'impresa e “adeguati assetti”

Lo svolgimento, conclusivo, dell'annotazione sull'interesse sociale, ragionando dunque di società, l'ultima locuzione in esame, può assumere questo, inevitabilmente assertivo, andamento:

a) non sembra revocabile in dubbio che *gli “adeguati assetti” dell'art. 2086, comma 2, c.c. siano chiamati in causa anche rispetto alla “gestione sostenibile”*, almeno in tutti i casi in cui essa si risolva in obblighi di “conformità”;

b) la rilevanza degli “adeguati assetti” *per i danni* ascrivibili all'attività dell'impresa è, viceversa, questione *da valutare caso per caso*, dovendosi appurare *l'incidenza causale tra il “difetto” (lato sensu) degli “assetti” ed il danno provocato*; tra, per tornare all'esempio di prima, il “difetto” degli “assetti” e la violazione dei diritti umani⁶⁷, essendo, peraltro, assai problematico quantificare il conseguente danno che, a sua volta, suppone l'assegnazione di un “prezzo” ai diritti umani (come quantificare il pregiudizio alla qualità della vita se causato da un danno ambientale? Negli stessi sensi, come quantificare il danno alla privazione dell'istruzione in caso di sfruttamento del lavoro minorile? Il ricorso al danno alla salute rischiando di apparire una forzatura);

c) tale valutazione dovrebbe avvalersi del *paradigma della responsabilità extra-contrattuale* a meno di non applicare, con un apprezzamento di contesto,

⁶⁶ Che a sua volta significa la probabilità della probabilità dell'insolvenza; essendo la crisi lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa di cui si diceva.

⁶⁷ V., *supra* § 3.

le più agevoli (per il danneggiato) regole dalle c.d. responsabilità da contatto sociale; intestando, in ogni caso, la legittimazione passiva sulla società⁶⁸;

d) se, poi, si concede che al centro degli “adeguati assetti” vi sia (anche se non solo) la continuità aziendale e se continuità aziendale significa persistenza (lecita) dell’impresa sul mercato, si potrebbe azzardare che la *continuità aziendale si ponga come “soglia” minima dell’interesse sociale*⁶⁹ che i gestori della società devono, nelle scelte gestorie, perseguire; conta, de minimis, che i gestori scelgano *nella prospettiva di persistenza dell’impresa sul mercato*, la sua “uscita” dipendendo o dalla volontà dei soci - sciogliendo anticipatamente la società o non re-investendo più - o dalle condizioni del mercato stesso;

e) ne segue che in tutti i casi in cui *il perseguimento della continuità aziendale richieda di considerare il contesto*, la “sostenibilità”⁷⁰, e magari di perseguirla, per i gestori questo *perseguimento diventa un obbligo gestorio proprio verso i soci e verso i creditori della società*; e

f) lungo tale via, ne segue pure che se la “sostenibilità” entra, in quei casi, nella continuità aziendale, quale interesse sociale minimo, e se il contesto in cui l’impresa opera richieda l’adozione dei « modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati » previsti dal d.lgs. n. 231/2001⁷¹, *questa*

⁶⁸ Sull’imputazione degli stati soggettivi, v. M. CAMPOBASSO, *L’imputazione di conoscenza nelle società*, Milano, 2002, passim. Cfr., nella legislazione in divenire, v. l’art. 22 proposta sulla c.d. dovuta diligenza (*supra* nt. 34).

⁶⁹ Gli studi sull’interesse sociale sono impediscono un censimento attendibile. Rinvio agli studi di ore: P.G. JAEGER, *L’interesse sociale*, Milano, 1964, passim; e ID., *L’interesse sociale rivisitato (quarant’anni dopo)*, in *Giur. comm.*, I, 2000, 79 ss.; AA.VV., *L’interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders. In ricordo di Pier Giusto Jaeger*. Atti del Convegno (Milano, 9 ottobre 2009), Milano, 2010; v., poi, l’approfondita e importante analisi di M.S. SPOLIDORO, *Interesse, funzione e finalità. Per lo scioglimento dell’abbraccio tra interesse sociale e scopo aziendale*, in *Riv. soc.*, 2022, 322 ss.

⁷⁰ Coinvolgendo anche la c.d. catena di valore la cui emersione giuridica è testuale e in via di diffusione [v., tra i vari, nella direttiva 2012/34/UE, l’art. 19 bis, § 1, lett. a), ii); nonché il noto Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG]. Su questi temi, v. ancora G.B. PORTALE (nt. 12); M.V. ZAMMITI, *La responsabilità della capogruppo per la violazione del duty of care: note a margine di Okpabi v. Royal Dutch Shell Plc*, in *Riv. dir. soc.*, 2021, 521 ss.; EAD., *L’impresa socialmente irresponsabile: un primo itineraio di giurisprudenza, anche in una prospettiva comparata*, in *Soc.*, 2021, p. 1018 ss.; EAD., *La responsabilità della capogruppo per la condotta socialmente irresponsabile delle società subordinate*, Milano, 2020, passim; F. BORDIGA, *Una decisione del Landgericht Dortmund in tema di responsabilità di società tedesca da human right violations nei paesi in via di sviluppo (c.d. caso KiK)*, in *Riv. soc.*, 2019, 606 ss.; A. GUERCINI, *La legge tedesca sugli obblighi di “due diligence” nella “supply chain” (“Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG”)*, in *Riv. dir. soc.*, 2022, 400 ss.

⁷¹ Cfr. art. 6, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 231/2001.

adozione da facoltativa dovrebbe diventare obbligatoria; ancora una volta almeno verso i soci e verso i creditori della società.

Insomma, si potrebbe azzardare che la “sostenibilità” – se connessa alla continuità aziendale e salvo di volta in volta la sua concreta definizione rilevante – si presenti *co-essenziale alle scelte imprenditoriali, contribuendo a rendere doverosi comportamenti facoltativi*; transitandosi dal principio del *neminem laedere* al principio per il quale si devono approntare *presidî per non ledere*, senza per questo appoggiarsi alle ipotesi di responsabilità oggettiva (si pensi a quella, pericolosamente a portata di mano... delle attività pericolose!)⁷².

⁷² E forse nel caso della c.d. catena di valore della società (supra nt. 71), nel silenzio (ad oggi) dell’ordinamento domestico, stagliandosi una responsabilità di quest’ultima per fatto altrui o, quale induzione all’inadempimento, per fatto proprio purché si dia un nesso di causalità.

GLI OBBLIGHI DEGLI AMMINISTRATORI NEL CONTESTO DEL CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA*

FRANCESCO BORDIGA

SOMMARIO: 1. L'evoluzione normativa degli obblighi degli amministratori nella crisi di impresa. – 2. Gli obblighi funzionali alla rilevazione della crisi: l'istituzione di assetti adeguati. – 3. Gli obblighi funzionali alla gestione della “crisi” e della “insolvenza”: interessi rilevanti e margini di discrezionalità. – 4. Gli obblighi di gestione nella c.d. *twilight zone*. – 5. Gli obblighi di gestione nella “crisi” in senso stretto. – 6. Gli obblighi di gestione nell'insolvenza reversibile e nell'insolvenza irreversibile.

1. L'evoluzione normativa degli obblighi degli amministratori nella crisi di impresa.

Il tema del ruolo degli amministratori al sopravvenire della crisi di impresa è risalente e ha subito nel tempo una progressiva evoluzione, che vede, oggi, nel contesto del “codice della crisi e della insolvenza” (nel seguito: “Codice della

* Il lavoro rielabora, con l'aggiunta di note bibliografiche essenziali, una relazione tenuta alla Tavola Rotonda, *Unternehmensrestrukturierungen im harmonisierten europäischen Rechtsraum Eine deutsch-italienische Betrachtung* - La ristrutturazione aziendale nell'ordinamento europeo armonizzato, svoltasi presso il Centro italo-tedesco per il dialogo europeo di Villa Vigoni [Lovenò di Menaggio (CO)] nel luglio 2022.

Il presente scritto è stato destinato al Liber Amicorum *per Aldo A. Dolmetta*, Pisa, 2023, nonché a un volume collettaneo a cura di Stefano Ambrosini.

Crisi” o “Codice”) da poco entrato in vigore¹, il suo (forse ancora provvisorio²) punto di approdo. In origine, infatti, il diritto societario trattava il problema della patologia della vita dell’impresa avendo esclusivo riguardo all’ipotesi di perdita del capitale sociale oltre il minimo legale, sancendo l’obbligo di rilevazione della causa di scioglimento (per il tramite del meccanismo “ricapitalizza o liquida”: art. 2447 c.c.) unitamente all’obbligo di interruzione dell’attività produttiva in ottica strettamente conservativa e di avvio della fase liquidatoria (art. 2449, commi 1 e 3, c.c. anteriore alla riforma del 2003), che spesso faceva da ponte rispetto all’apertura della procedura fallimentare. L’approccio, in altri termini, era quello di imporre agli organi della società l’interruzione dell’attività e l’avvio di una “gestione” giudiziale del concorso secondo uno schema (spossessamento-liquidazione dell’attivo-eterogestione giudiziaria, dove il *dominus* delle procedure era il Giudice) ancora influenzato da una impostazione per così dire “arcaica” (: l’art. 674 Codice di Commercio del 1882 imponeva espressamente all’imprenditore che si fosse trovato in stato di cessazione dei pagamenti di “farne dichiarazione” al tribunale per la dichiarazione di fallimento entro “tre giorni dalla cessazione dei pagamenti, compreso quello in cui cessarono”).

Questa struttura si è nel tempo evoluta in un’opposta concezione (poi confluita negli interventi normativi del 2006/2007³) declinata nella tensione verso una diversa articolazione: continuità dell’impresa in crisi-conservazione del suo valore-soluzione stragiudiziale della crisi. Siffatto mutamento culturale si accompagna ad una rivisitazione della concezione tradizionale della crisi, penalizzante e colpevolizzante per il debitore (figlia di una visione medioevale

¹ Il Codice della Crisi è stato introdotto – in attuazione della l. 19 ottobre 2017, n. 155 – con il d.lgs. 10 gennaio 2019, n. 14 che, come noto, prima della sua integrale entrata in vigore [avvenuta il 15 luglio 2022 (a seguito di vari rinvii operati dai d.l. 8 aprile 2020, n. 23, d.l. 24 agosto 2021, n. 118 e, da ultimo, dall’art. 42 d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito in l. 29 giugno 2022, n. 79)], ha subito importanti modifiche per effetto di due importanti interventi che hanno profondamente mutato l’impianto originario: il primo per il tramite di un “decreto correttivo” (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147) emanato in forza della originaria legge delega; il secondo con l’attuazione della c.d. Direttiva *Insolvency* da parte del d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83.

² La l. n. 20/2019 delega il Governo ad apportare ulteriori modifiche al Codice (secondo i principi dell’originaria delega della l. n. 155/2017) fino al luglio 2024.

³ D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (riforme, queste, che erano state precedute dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con la l. 23 febbraio 2006).

dell'istituto della "bancarotta"⁴), e al passaggio a una visione moderna e "neutra" della crisi, intesa come fase naturale della vita dell'impresa (e non come onta dell'imprenditore) che deve essere gestita nell'ottica, ove possibile, di porvi rimedio e conservare il valore dell'impresa. Tale nuovo approccio ha portato, in un primo momento, alla rimozione del divieto di nuove operazioni (sostituito – per utilizzare la lettera della legge – dalla "conservazione" del potere di gestire in capo agli amministratori ai fini "della conservazione e della integrità e del valore del patrimonio sociale": art. 2486 c.c., così come riformato nel 2003) e all'innesto nella legge fallimentare di strumenti di composizione stragiudiziale della crisi (gli accordi di ristrutturazione e i piani attestati di risanamento) e alla profonda modifica del concordato preventivo, nell'ottica di evitare quanto più possibile la procedura fallimentare. Mancavano, però, nel contesto precedente al Codice della Crisi, norme di espresso "coordinamento" tra il diritto societario e il diritto fallimentare (che restavano percepiti come due sistemi separati e non comunicanti), restando affidato sostanzialmente all'interprete il compito di ricostruire in via sistematica un "diritto societario della crisi"⁵ e, con questo, la precisa articolazione degli obblighi degli organi sociali al sopravvenire di segnali di dissesto.

In tale contesto, si inquadra il percorso di riorganizzazione della materia appena conclusosi; percorso che, anche sotto la spinta del legislatore europeo⁶, ha forse realizzato una sorta di "sintesi" dei due "opposti" (tesi-antitesi) sopra richiamati (quasi in una "fenomenologia" della disciplina della crisi di impresa):

⁴ PORTALE, *Dalla 'pietra del vituperio' alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *BBTC*, 2010, I, 389 ss.

⁵ Su questa "categoria" del diritto: TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, 3, Torino, 2014, 2835 ss.; in toni critici: SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *NLCC*, 2018, 1286 ss. In relazione al tema degli obblighi degli amministratori in fase di crisi v., prima del codice del codice della crisi, *ex multis*: SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Diritto societario e crisi di impresa*, a cura di Tombari, Torino, 2014, 109; MONTALENTI, *I doveri degli amministratori, degli organi di controllo e della società di revisione nella fase di emersione della crisi*, ivi, 40; MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *ODC*, 2014, 20; BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015; LUCIANO, *La gestione della s.p.a. nella crisi preconcorsuale*, Milano, 2016.

⁶ Con la Direttiva (UE) 2019/1023 (c.d. Direttiva *Insolvency*).

“sintesi” catalizzata, tra il resto, nell’istituto della composizione “negoziata”⁷ che, per l’appunto, realizza un *ibrido* a cavallo fra la pura autogestione della crisi e i presidi propri delle procedure concorsuali, con l’obiettivo del riequilibrio economico-finanziario e del recupero della continuità aziendale da parte degli organi sociali (anche in una situazione di vera e propria insolvenza), con una *facilitazione* esterna anche poggiata, ove necessario, sul tribunale, ma senza far ricorso ad una gestione *processuale/concorsuale* della crisi. Una *Aufhebung*, questa, che è il frutto di un percorso che si potrebbe definire tormentato: dapprima il Codice della Crisi era impostato sul sistema – per la verità un po’ rigido e forse ispirato ad una logica ancorata al “passato” (e comunque già in via di superamento) – della c.d. allerta (connessa a severi automatismi di rilevazione della crisi e a meccanismi di attivazione anche d’imperio degli strumenti di reazione) e della composizione assistita. Successivamente – abbandonato quel modello – il Codice è ritornato sui passi delle moderne evoluzioni, adottando un sistema impostato su una maggiore fiducia nell’autocomposizione della crisi e orientato ad agevolare il risanamento piuttosto che a stimolare una emersione “forzata” della crisi e questo, per l’appunto, principalmente, tramite la figura della composizione negoziata.

Tornando al tema oggetto di specifica osservazione, nel quadro dell’attuale riorganizzazione della materia viene ora espressamente operato il *trait d’union* normativo tra diritto della crisi e il diritto societario, venendo fissate per la prima volta alcune importanti coordinate normative per una più compiuta disciplina dei doveri dell’organo gestorio nel contesto della crisi di impresa, che si presenta fedele alla sopra descritta operazione di “sintesi” evolutiva.

L’architettura del nuovo sistema – si tratta di una constatazione diffusa – è rappresentato dall’introduzione del dovere di istituire assetti organizzativi ai sensi dell’art. 2086, secondo comma, c.c. che precisa il contenuto del dovere di gestione della crisi, distinguendo due distinte “fasi” in cui si articola detto dovere [i) una fase prodromica, di rilevazione dei segnali di dissesto; e ii) una

⁷ Introdotta con il d.l. 118/2021, con l. 147/2021 (e confluita nel Codice della Crisi) in linea con omologhi istituti introdotti in altri ordinamenti europei. In Germania: *Sanierungsmoderation* (§§ 94 ss. StaRUG), cfr. HOEGEN, *Die Sanierungsmoderation*, in *NZI-Beilage*, 2021, 59 ss., BLÜMLE-ERBE, *Dritter Teil. Sanierungsmoderation (§ 94 - § 100)*, in *Unternehmensstabilisierungs- und –restrukturierungsgesetz (StaRUG) – Kommentar*, a cura di Braun, Monaco di Baviera, 2021; da segnalare che il legislatore tedesco a sua volta si ispira all’istituto della *conciliation* ai sensi dell’art. L. 611-4 ss. del *Code de commerce* francese, cfr. ARNOLD, SLAVIK, *“La boîte à outils française” und seine Einflüsse auf das StaRUG*, in *NZI-Beilage*, 2021, 79 ss.

fase successiva in cui viene operata la scelta delle modalità di reazione idonee al superamento delle tensioni riscontrate], fornendo pure alcune importanti indicazioni, che suggeriscono il rinvio a nozioni tecniche della scienza aziendalistica per il “riempimento” degli obblighi (“la rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e la perdita della continuità aziendale”; “il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”)⁸. Il quadro, poi, si arricchisce con alcune ulteriori coordinate, di importante rilievo sistematico, contenute, in ordine sparso, nel nuovo Codice, il quale (volendo limitare l’attenzione su alcuni aspetti di maggiore significato): fornisce indicazioni di dettaglio circa il contenuto degli assetti organizzativi volti alla rilevazione della crisi; amplia la gamma degli strumenti di soluzione; esplicita gli interessi da perseguire nelle fasi del dissesto (fasi, queste ultime, a loro volta,

⁸ Tra i molti contributi dedicati alla nuova norma, si segnalano, senza pretesa di esaustività: GINEVRA, *Tre questioni applicative in tema di assetti adeguati nella s.p.a.*, in *BBTC*, 2021, I, 552 ss.; GINEVRA, PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.*, in *NLCC*, 2019, 1216 ss.; SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell’impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 266; CALANDRA BUONAURA, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella società per azioni*, in *Giur. comm.*, 2021, I, 441; BASTIA, RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, in *BIS*, 2020, 359; BENAZZO, *Il codice della crisi di impresa e l’organizzazione dell’imprenditore ai fini dell’allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario?*, in *Riv. soc.*, 2019, 274 s.; FORTUNATO, *Codice della crisi e codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. soc.*, 2019, 956; MONTALENTI, *Il codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 829; RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce della crisi di impresa e insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, 929; SANTAGATA, *Assetti organizzativi adeguati e diritti particolari di “ingerenza gestoria” dei soci*, in *Riv. soc.*, 2020, 1455 ss.; PRESCIANI, (voce) *Assetti Organizzativi d’impresa*, in *Digesto delle discipline privatistiche (sez. comm.)*, Agg. IX, Torino, 2022, 1 ss.; MIRONE, *Assetti organizzativi, riparti di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del “decreto correttivo” al Codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2022, I, 183 ss.; ID., *L’organizzazione dell’impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *ODC*, 2020, 26. Sul tema degli assetti organizzativi, prima dell’inserimento dell’art. 2086, co. 2, c.c. si era già espressa la dottrina, trattando delle previsioni di cui agli artt. 2381, commi 3 e 5 e 2403 c.c.: BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull’art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 5 ss.; IRRERA, *Assetti adeguati e governo delle società capitali*, Milano, 2005; KUTUFÄ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, 709; e v. anche l’opera collettanea: AA.VV., *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da Irrera, Bologna, 2016.

definite con maggiore rigore rispetto al passato anche per il tramite di una distinzione fra la nozione di “crisi” e quella di “insolvenza”); e, infine, articola una disciplina (che si può definire innovativa) in ordine alla posizione dei soci nella gestione della impresa in difficoltà.

Si tenterà, allora, nel seguito, nei margini (in sé limitati) consentiti da questo intervento e concentrando, per l'appunto, l'attenzione sulle previsioni contenute nel (ed introdotte con il) Codice della Crisi, di fornire una ricostruzione di massima del contenuto degli obblighi in esame, cercando di trarre dal nuovo sistema indicazioni: *da un lato*, in relazione all'*adeguatezza* degli assetti organizzativi istituiti dagli amministratori in relazione all'obiettivo di percezione tempestiva de(i segnali) della crisi; *dall'altro lato*, circa i criteri che devono orientare le decisioni degli amministratori nella selezione e nella conformazione dello strumento di risanamento.

2. Gli obblighi funzionali alla rilevazione della crisi: l'istituzione di assetti adeguati.

Al fine di delineare il contenuto dell'obbligo di istituire assetti organizzativi adeguati alla rilevazione tempestiva della crisi (obbligo gravante in via esclusiva sugli amministratori, in forza di un principio ora “transtipico”: artt. 2257, 2380-bis, 2409-novies, 2475 c.c.)⁹, aiuta ripercorrere l'evoluzione normativa che dimostra un forte legame intercorrente tra detto dovere e, per l'appunto, la riformata disciplina della crisi. Nella versione originaria del Codice, infatti: *per un verso*, l'art. 3, comma 2, Codice (all'epoca rubricato “*doveri del debitore*”) ribadiva che “*l'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative*”; *per l'altro*, l'art. 12 richiama nuovamente gli “*obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile*”, inserendoli tra gli strumenti dell’“allerta” (mai divenuta operativa). La lettura congiunta di queste disposizioni aveva indotto i primi commentatori a ricostruire il contenuto “minimo” dell'adeguatezza alla luce della disciplina dell'allerta, affermandosi che gli assetti avrebbero dovuto senz'altro concretizzarsi in procedure di monitoraggio

⁹ Su tale principio: SANTAGATA, *Assetti organizzativi*, cit., 1455 ss.; MIRONE, *Assetti organizzativi*, cit., 183 ss.; PRESCIANI, (voce) *Assetti organizzativi d'impresa*, cit., 11; con specifico riguardo alle società di persone CAPELLI, *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.*, in ODC, 2020, 325.

dei c.d. “indicatori” di crisi descritti all’art. 13¹⁰: gli “*squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario*” (rilevabili mediante indici che avrebbero dovuto essere elaborati dal CNDCEC) nonché una serie di “*ritardi nei pagamenti reiterati e significativi*” specificamente individuati¹¹. Al contempo, però, sulla scorta della constatazione secondo cui i parametri fissati normativamente per detti indicatori erano calibrati per evidenziare una crisi già in atto, si affermava che detti parametri non potevano considerarsi sufficienti a rilevare i primi segnali di “tensione” al fine di prendere “tempestivamente” le misure necessarie per il risanamento, con l’ulteriore conseguenza che, ai fini del rispetto dell’obbligo in esame, si prospettava pure la necessità di prevedere sistemi di allarme che si attivassero prima rispetto a quanto previsto dagli indicatori (così da rilevare la presenza anche di una situazione di probabile crisi: c.d. pre-crisi o *twilight zone*)¹².

¹⁰ RORDORF, *Doveri*, cit., 933; BENAZZO, *Il codice*, cit., 284; PRESCIANI, (voce) *Assetti organizzativi d’impresa*, cit., 6.

¹¹ In particolare, l’art. 13 rinviava ai ritardi nei pagamenti indicati all’art. 24, ossia “a) l’esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell’ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l’esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti”. Accanto a tali profili che – secondo la citata impostazione – avrebbero dovuto essere monitorati mediante gli assetti adeguati, il sistema dell’allerta (come originariamente progettato e, lo si ripete, mai entrato in funzione) prevedeva pure degli obblighi di segnalazione in capo: da un lato, alle banche, tenute ad avvisare gli organi societari della revisione o revoca degli affidamenti in essere (art. 14, comma 4); dall’altro lato, ai c.d. creditori pubblici qualificati (INPS e Agenzia delle entrate, agenti di riscossione delle imposte), tenuti a informare il debitore della presenza di “esposizioni debitorie rilevanti”, da considerarsi tali, “a) per l’Agenzia delle entrate, quando l’ammontare totale del debito scaduto e non versato per l’imposta sul valore aggiunto [...], è superiore ai seguenti importi: euro 100.000, se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all’anno precedente non è superiore ad euro 1.000.000; euro 500.000, se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all’anno precedente non è superiore ad euro 10.000.000; euro 1.000.000 se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all’anno precedente è superiore ad euro 10.000.000; b) per l’Istituto nazionale della previdenza sociale, quando il debitore è in ritardo di oltre sei mesi nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore alla metà di quelli dovuti nell’anno precedente e superiore alla soglia di euro 50.000; c) per l’agente della riscossione, quando la sommatoria dei crediti affidati per la riscossione dopo la data di entrata in vigore del presente codice, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni superi, per le imprese individuali, la soglia di euro 500.000 e, per le imprese collettive, la soglia di euro 1.000.000” (art. 15).

¹² BENAZZO, *Il codice*, cit., 287; MIRONE, *L’organizzazione*, cit., 41; PRESCIANI, (voce) *Assetti Organizzativi d’impresa*, cit., 6 s.

Nonostante la disciplina entrata in vigore (nel luglio 2022) sia drasticamente diversa da quella appena ripercorsa, va osservato che, sotto il profilo oggetto di specifica osservazione, le modifiche via via apportate al Codice della Crisi hanno sostanzialmente confermato e recepito l'impostazione appena illustrata. Sebbene, infatti, per un verso, sia stata eliminata l'intera disciplina dell'allerta (sostituita dall'istituto – più conforme peraltro alle tendenze in atto – della composizione negoziata della crisi), per l'altro, l'art. 3 (oggi espressamente rubricato "*adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa*") è stato arricchito di due commi che appunto declinano con maggiore dettaglio il contenuto degli assetti organizzativi adeguati alla percezione tempestiva della crisi. Nella disciplina oggi vigente viene, *in primo luogo*, espressamente stabilito che gli assetti devono essere capaci di "*rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore*" (art. 3, comma 3, lett. a): formula, questa, che riprende *puntualmente* il primo dei "vecchi" indicatori della crisi (depurato però della delega al CNDCEC). *In secondo luogo*, sempre in linea con la richiamata letteratura, si prevede che gli assetti debbano essere in grado di consentire di "*verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4*" (art. 3, comma 3, lett. b): segnali, questi ultimi, che vengono identificati, a loro volta (anche per il tramite di un richiamo all'art. 25-novies, comma 1), nella sussistenza di specifici ritardi nei pagamenti¹³. Anche sotto

¹³ L'attuale art. 3, comma 4, Codice fa riferimento a "a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni"; d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25-novies, comma 1" il quale ultimo richiama una serie di debiti "critici" per i quali, peraltro, è previsto l'obbligo di segnalazione agli organi della società (art. 25-novies) in crisi da parte degli stessi creditori (c.d. creditori pubblici qualificati: INPS, INAIL, Agenzia delle entrate, Agenzia delle riscossioni). Più nel dettaglio, si tratta di debiti: a) verso l'INPS per contributi previdenziali, scaduti da almeno 90 giorni di ammontare superiore "*1) per le imprese con lavoratori subordinati e parasubordinati, al 30 per cento di quelli dovuti nell'anno precedente e all'importo di euro 15.000; 2) per le imprese senza lavoratori subordinati e parasubordinati, all'importo di euro 5.000*" (art. 25-novies, co. 1, lett. a); b) verso l'INAIL per premi assicurativi scaduti da oltre novanta giorni e di importo superiore a euro 5.000 (art. 25-novies, co. 1, lett. b); c) verso l'Agenzia delle entrate per IVA di ammontare superiore a 20.000 euro, oppure superiore a 5.000 euro se tale minore somma è pari ad almeno il 10% dell'ammontare del volume d'affari

questo aspetto, l'attuale Codice sembra riprendere il "secondo" indicatore di crisi contemplato nella versione originaria del codice, seppur con alcuni adattamenti volti: *da un lato*, ad allungare la lista dei debiti scaduti "critici" oggetto di necessaria rilevazione attraverso gli assetti (includendo, tra questi, esposizioni debitorie che, nel sistema dell'allerta, non avrebbero fatto innescare la segnalazione da parte del creditore)¹⁴; *dall'altro*, a fissare parametri di "criticità" maggiormente prudenti al fine di consentire l'emersione di una crisi anche solo potenziale e non necessariamente già in essere (assecondando, così, le critiche di "tardività" che erano state avanzate in dottrina)¹⁵. Nella versione finale del Codice è stato, infine, precisato che gli assetti devono pure consentire di *"ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento"* [art. 3, comma 3, lett. c)]¹⁶: strumenti, questi

risultante dalla dichiarazione relativa all'anno d'imposta precedente; (art. 25-novies, co. 1, lett. c); d) affidati per la riscossione all'Agenzia delle entrate-Riscossione, scaduti da oltre novanta giorni, superiori, per le imprese individuali, all'importo di euro 100.000, per le società di persone, all'importo di euro 200.000 e, per le altre società, all'importo di euro 500.000 (art. 25-novies, co. 1, lett. d).

¹⁴ Ad esempio, nella versione definitiva del Codice della Crisi, si è data rilevanza (anche ai fini dell'adeguatezza degli assetti) pure ai debiti scaduti verso l'INAIL.

¹⁵ Così sono stati considerati "rilevanti" pure debiti scaduti da meno tempo (ad es. il ritardo "critico" per i debiti per retribuzioni è passato da trenta a sessanta giorni, per i debiti verso i fornitori lo stesso è stato abbreviato da centoventi giorni a novanta; inoltre, gli obblighi di segnalazione in capo all'INPS scattano già al novantesimo giorno dalla scadenza ritardo e non più dopo sei mesi) o di ammontare più contenuto (ad es. i debiti IVA verso l'Agenzia delle entrate, per i debiti verso INPS, debiti affidati alla Agenzia delle entrate-Riscossione). Cfr. le disposizioni riportate alle note 11 e 13.

¹⁶ L'art. 13, commi 1 e 2, Codice prevede l'istituzione, in attuazione della Direttiva *Insolvency*, "una piattaforma telematica nazionale accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese attraverso il sito istituzionale di ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura", nella quale è resa "disponibile una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento e un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento accessibile da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati"; affidando ad un successivo decreto dirigenziale del Ministero della giustizia il compito di definire "il contenuto della piattaforma, la lista di controllo particolareggiata, le indicazioni per la redazione del piano di risanamento e le modalità di esecuzione del test pratico". Il decreto richiamato nella norma è stato emanato dal Ministero della Giustizia il 28 settembre 2021, con lo scopo di fornire indicazioni all'imprenditore ed all'esperto su come debba essere condotto il tentativo di risanamento attraverso la fase di composizione negoziata della crisi. Alla luce del decreto ministeriale il test pratico ha una funzione di "auto-diagnosi" al fine di consentire di valutare lo stato di difficoltà e, quindi, la "complessità" del risanamento, sostanzialmente per il tramite di

ultimi, di nuova istituzione e che vengono ora imposti ai gestori – in una sorta di procedimentalizzazione del percorso di rilevazione e analisi della crisi¹⁷ – nell’attività di “diagnosi e prognosi” circa lo stato della criticità e le prospettive di recupero e, pertanto, nella ponderazione delle decisioni concernenti la gestione della patologia.

Volendo tirare le fila del discorso, sembra potersi affermare che l’attuale formulazione del Codice (art. 3, commi 3 e 4) segna con una certa chiarezza il contenuto “minimo” degli assetti organizzativi che gli amministratori devono implementare ai sensi dell’art. 2086, comma 2, c.c.: potendosi, *a contrario* e “in negativo”, concludere, alla luce del vigente sistema, che, qualora le procedure organizzative fissate dagli amministratori *non* includano forme di monitoraggio sugli indici/segnali appena richiamati, dovrà necessariamente formularsi un giudizio di *inadeguatezza* degli assetti, con conseguente responsabilità a carico degli amministratori nel caso di mancata e/o tardiva percezione del dissesto. Questa notazione consente pure di assumere con maggiore sicurezza posizione in ordine al problema della applicabilità della BJR all’obbligo di adeguatezza degli assetti¹⁸: sembra agevole sostenere, infatti, che ricavandosi dal sistema una

un unico indicatore di riferimento: il rapporto debito da ristrutturare / flussi da destinare alla sua copertura. La lista di controllo (o *check list*), invece, costituisce uno strumento di “auto-prognosi”: fornisce indicazioni di dettaglio volte a consentire i) un controllo delle assunzioni e dei dati prospettici utilizzati nel redigere il piano di risanamento e ii) la verifica della sua adeguatezza. Sul punto, con maggiori dettagli sul contenuto tecnico degli strumenti, cfr. RANALLI, *Le indicazioni contenute nella piattaforma: il test, la check-list, il protocollo e le possibili proposte*, 26 novembre 2021, in www.dirittodellacrisi.it.

¹⁷ Procedimentalizzazione nella quale è assegnato dalla legge un ruolo determinante anche all’organo di controllo (art. 25-*octies*), con l’attribuzione di una funzione di impulso ad alcuni “creditori pubblici qualificati” (art. 25-*novies*).

¹⁸ Prima delle recenti modifiche apportate al codice, si erano espressi nel senso di una sostanziale applicazione del principio di insindacabilità: BENEDETTI, *L’applicabilità della business judgement rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in Riv. soc., 2019, 413 ss.; FORMISANI, *Business judgement rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, in RDS, 2018, 479 ss.; RORDORF, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell’ambito dei principi generali del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in Fallimento, 2021, 594; CIAN, *Crisi dell’impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in NLCC, 2019, 1166, Trib. Roma, 15 settembre 2020, in *Dejure*; Trib. Roma, 8 aprile 2020, in BBTC, 2021, II, 278 ss. In senso opposto, altra parte della dottrina, sottraeva le scelte in esame al principio della insindacabilità: GINEVRA, PRESCIANI, *Il dovere*, cit., 1237; CALANDRA BUONAURA, *Amministratori*, cit., 12; MIRONE, *L’organizzazione*, cit., 35; MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in AA.VV., *Crisi d’impresa. Prevenzione e gestione*

declinazione analitica e di taglio tecnico della nozione di *adeguatezza* degli assetti, dovrebbe conseguentemente qualificarsi l'obbligo in esame in termini di dovere a contenuto *specifico* e soggetto ad una discrezionalità sindacabile, per l'appunto, sotto il profilo *tecnico*, con conseguente inapplicabilità della BJR. Ne deriva che la decisione degli amministratori circa il contenuto degli assetti potrà essere sindacata in sede di eventuali azioni di responsabilità ed essere oggetto di censura qualora non risulti conforme alle richiamate prescrizioni. Più problematica sembra, per contro, la percorribilità di una conclusione che, “*in positivo*”, affermi senz'altro l'adeguatezza degli assetti implementati nel rispetto delle indicazioni contenute nel Codice, con la conseguenza che in queste ipotesi agli amministratori non possa essere mosso alcun rimprovero per non aver rilevato tempestivamente la crisi. A questo riguardo, pare in effetti potersi affermare che, se, da un lato, si mostra percorribile una sorta di presunzione di “adeguatezza” degli assetti così implementati, dall'altro, non può escludersi che ricorrano, nella fattispecie concreta, specifici fattori di rischio per la continuità aziendale connessi ad una determinata realtà imprenditoriale (ad es.: perdita di autorizzazioni necessarie per lo svolgimento dell'attività; perdita dell'unico cliente) che non possono essere (e non sono) tipizzati dalla legge e che senz'altro devono essere monitorati per il tramite di adeguati assetti organizzativi, dovendo configurarsi un profilo di responsabilità qualora gli amministratori abbiano ommesso di tenerne conto nell'adempimento del loro dovere.

3. Gli obblighi funzionali alla gestione della “crisi” e della “insolvenza”: interessi rilevanti e margini di discrezionalità.

Una volta rilevata (anche per il tramite degli adeguati assetti organizzativi) la presenza di una crisi in atto o potenziale, viene in rilievo il secondo degli obblighi degli amministratori: quello cioè concernente l'“attivazione” degli strumenti e delle iniziative al fine di porvi rimedio [contenuto nell'art. 2086, comma 2, seconda parte, c.c. e “ripetuto” negli artt. 3, comma 2, e 4, comma 2, lett. b), Codice]. Questo obbligo di reazione – va precisato – non si innesca automaticamente in presenza di un segnale di allerta rilevante: come si è detto, gli assetti adeguati devono essere strutturati in modo da far emergere, non soltanto crisi certe e conclamate, ma pure crisi meramente *potenziali* (in relazione alle quali non è detto debba essere assunta ancora alcuna iniziativa specifica). Se, da un lato, gli amministratori non possono ignorare la sussistenza

dei rischi: nuovo codice e nuova cultura, a cura di Montalenti e Notari, Milano, 2021, p. 26; PRESCIANI, (voce) *Assetti*, cit., 16.

del segnale, dall'altro lato, prima ancora di agire, gli stessi sono anzitutto tenuti a fare oggetto il segnale di una specifica valutazione tecnica, al fine di comprendere, per l'appunto, in via preliminare se la criticità emersa sia meramente provvisoria (e sia pertanto destinata a risolversi tramite l'ordinaria prosecuzione dell'attività¹⁹), oppure se, al contrario, essa sia suscettibile di ulteriori sviluppi negativi. Soltanto in quest'ultimo caso, si attiva l'obbligo di reagire, individuando lo strumento più idoneo per evitare l'aggravarsi del dissesto.

A questo riguardo, si deve osservare che, sebbene anche le scelte di gestione relative alla crisi parevano *prima facie* assorbite nella generale investitura dell'organo gestorio (art. 2380-bis c.c.), l'impianto normativo delineato dal codice civile (a differenza di quanto si è visto per l'istituzione degli assetti organizzativi) lasciava tuttavia spazi, più o meno ampi, di ingerenza dei soci sull'adozione o sull'esecuzione di tali scelte, soprattutto quando la soluzione della crisi era destinata a passare dalle maglie di operazioni straordinarie o di interventi sul capitale²⁰.

Tali spazi sono stati drasticamente ridotti dalle nuove (e, si potrebbe definire, "rivoluzionarie") previsioni del Codice della Crisi, il quale, all'art. 120-bis, esclude *tout court* i soci dalla competenza alla assunzione delle scelte concernenti la gestione della crisi, assegnandole in via esclusiva agli amministratori (: "*l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è deciso, in via esclusiva, dagli amministratori unitamente al contenuto della proposta e alle condizioni del piano*"), ai quali è assegnato il potere di "*prevedere qualsiasi modificazione dello statuto della società debitrice, ivi inclusi aumenti e riduzioni di capitale anche con limitazione o esclusione del diritto di opzione e altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni*" (comma 2). Con l'ulteriore previsione – volta ad evitare che i soci possano indirettamente interferire sull'adozione di tali strumenti – che impedisce la revoca degli amministratori in assenza di una giusta causa, precisandosi che

¹⁹ Si pensi, ad esempio, alla presenza debiti scaduti "critici" destinati ad essere coperti da un imminente e sicuro incasso.

²⁰ Sul punto, di recente: SCOGNARUGLIO, VIOLA, *I soci nella ristrutturazione dell'impresa. Prime riflessioni*, in *Il nuovo diritto delle Società*, 2022, 1163; BENEDETTI, *La posizione dei soci nel risanamento della società in crisi: dal potere di veto al dovere di sacrificarsi (o di sopportare)* (Aufopferungs o Duldungspflicht)?, in *RDS*, 2017, 755 ss.; MICHIELI, *Il ruolo dei soci nelle procedure di composizione della crisi*, in *Riv. soc.*, 2021, 850 ss.

“non costituisce giusta causa la presentazione di una domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell’insolvenza in presenza delle condizioni di legge”. Nel nuovo contesto normativo, in sostanza, l’accesso a uno strumento di regolazione della crisi, sovverte, di fatto, il rapporto fiduciario che lega gli amministratori ai soci, con conseguenze che si possono ben definire “drastiche” sulla posizione di questi ultimi²¹.

L’attuale quadro normativo impone, allora, con maggiore rigore l’interrogativo circa gli spazi di discrezionalità lasciati agli amministratori nella gestione della crisi e nella decisione sulle misure da intraprendere, ponendosi con particolare urgenza (anche attese le conseguenze per i soci che, nel riformato quadro normativo, sono posti nella posizione di “subire” le iniziative dell’organo gestorio) il problema di comprendere quale sia il parametro in base al quale tale discrezionalità vada misurata e, in particolare, di chiarire il rapporto fra i due nuclei di interessi rilevanti – quello dei soci e quello dei creditori – che, nella crisi, tipicamente, si pongono in termini di contrapposizione²². Problema questo che aiuta, poi, a risolvere quello, sullo sfondo, dell’ambito di discrezionalità delle decisioni assunte dagli amministratori e dell’applicabilità della BJR. È noto che, a questo riguardo, viene segnalata in letteratura (con diversità di accenti) la necessità che allo stato di crisi sia connesso uno spostamento (c.d. *shifting*) dell’interesse della società da quello lucrativo dei soci alla continuazione dell’attività nell’ottica di valorizzazione dell’investimento (a prescindere dal tema di come questo venga o meno arricchito dalla concorrenza di interessi “terzi”) a quello conservativo dei creditori (concepiti come i titolari sostanziali del patrimonio della società in crisi, in qualità di *residual claimants*), con la conseguenza di un mutamento degli obblighi degli amministratori e del loro spazio di discrezionalità nelle decisioni da assumere in situazioni critiche²³. Il Codice della Crisi è intervenuto

²¹ ROSSI, *I soci nella regolazione della crisi della società debitrice*, in *Società*, 2022, 945 ss.; SCOGNAMIGLIO, VIOLA, *I soci nella ristrutturazione dell’impresa*, cit., 1163; ARATO, *Il ruolo di soci e amministratori nei quadri ristrutturazione preventiva*, 2022, www.dirittodellacrisi.it; BROGI, *I soci e gli strumenti di regolazione della crisi*, in *Fallimento*, 2022, 1290.

²² È noto, infatti, che con il sopravvenire del dissesto, i due interessi in questione (dei soci e dei creditori) possono porsi in un rapporto conflittuale, giacché i soci, avendo ormai perso integralmente il proprio investimento, potrebbero essere tentati di appoggiare iniziative altamente rischiose a discapito dei creditori.

²³ Cfr. anche per altri richiami: CIAN, *Crisi dell’impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *NLCC*, 2019, 1166; SACCHI, *Sul così detto*

espressamente sul punto fornendo alcune importanti (ancorché non sempre univoche) indicazioni che, va subito detto (non potendo, peraltro, in questa sede che fornire alcuni primi e ancora provvisori spunti), sembrano consentire di conformare, con un certo dettaglio, l'interesse rispetto al quale è funzionale l'azione degli amministratori (e pertanto la sfera di discrezionalità agli stessi assegnata) in misura diversa a seconda dei vari "stadi" del dissesto. E questo – va precisato – anche per il tramite di una più rigorosa distinzione dei detti "stadi" e di una più compiuta definizione (sorretta da indicazioni "numeriche") della nozione di crisi in senso stretto, non più concepita come "macro-insieme" dei fenomeni della patologia dell'impresa²⁴, ma dotata di una sua autonoma veste²⁵ e distinta: sia da quella dell'insolvenza²⁶, da intendersi ora come insolvenza necessariamente già attuale (con esclusione, pertanto, della configurabilità di una insolvenza "prospettica", risultando assorbita questa nella nuova nozione di crisi²⁷) e a sua volta declinabile in due varianti: insolvenza reversibile o irreversibile, a seconda della sussistenza o meno di prospettive di risanamento; sia, ancora, dalla nozione (inedita) della pre-crisi (: probabilità di crisi). In particolare, sembra potersi individuare nel nuovo sistema una sorta di curva decrescente nella quale il margine di discrezionalità si riduce al progredire delle fasi della crisi, in una sorta di *climax* che vede gradatamente spostarsi il baricentro dell'interesse rilevante da quello della valorizzazione (o del recupero del valore) dell'investimento dei soci a quello "conservativo" dei creditori. Il quadro delle norme rilevanti a questo riguardo può essere così ricostruito.

"diritto societario della crisi", cit., 1286; sul tema v. anche MUCCIARELLI, *Doveri degli amministratori di società in crisi, lex concursus e sovranità nazionale*, in *NLCC*, 2020, 698 ss.

²⁴ Come, invece, era previsto nel regime previgente al Codice in seguito al d.l. 14 marzo 2005, n. 3 (convertito in l. n. 51/2006). Sul punto: PRESTI, *Stato di crisi stato di insolvenza*, in Cagnasso e Panzani (diretto da), *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, I, Torino, 2016, 400 ss.

²⁵ Definita ora dall'art. 2, comma 1, lett. a) Codice come "lo stato di squilibrio economico-finanziario 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".

²⁶ Definito dall'art. 2, comma 1, lett. b), Codice come "lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

²⁷ Cfr. Trib. Milano, 9 aprile 2019, in *Giur. comm.*, 2020, II, 1468, con nota di JORIO, *Sulle nozioni di crisi e di insolvenza prospettica*.

a) Anzitutto viene in rilievo l'art. 4, comma 2, lett. b) e c), che, fra i principi generali che ora governano la materia, prevede il dovere di *“assumere tempestivamente le iniziative idonee alla individuazione delle soluzioni per il superamento delle condizioni di cui all'art. 12 comma 1”* (e cioè: le condizioni di *“squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza”*) e, una volta attivato uno dei procedimenti previsti dal Codice, di gestire l'impresa *“nell'interesse prioritario dei creditori”*, facendo però espressamente salvo quanto previsto dagli artt. 16, comma 4, e 21 Codice. Queste ultime norme (collocate nell'ambito della disciplina della composizione negoziata della crisi) stabiliscono criteri diversi e più articolati rispetto a quello della secca priorità dell'interesse creditorio²⁸.

b) La prima disposizione richiamata (art. 16, comma 4) sancisce che *“l'imprenditore ha il dovere [...] di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori”*: norma, questa, che certamente non funzionalizza la gestione alla prioritaria soddisfazione dei creditori, ma, semplicemente, si limita a “ricordare” che questi non devono essere ingiustamente danneggiati dalle scelte imprenditoriali compiute. Sembra, quindi, dettare un criterio diverso (se non opposto) a quello prescritto nell'art. 4.

c) Di centrale rilievo è, poi, la seconda delle disposizioni richiamate (art. 21), che specifica la precedente. Dopo aver precisato, infatti, che *“nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa”*, la disposizione in esame stabilisce, puntualmente, che: da un lato, *“l'imprenditore in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività”*; dall'altro lato, *“quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori sociali”*. La disposizione – sembra, in effetti, risultare dal chiaro tenore letterale – lascia

²⁸ Su tali disposizioni: AMBROSINI, *Appunti sui doveri degli amministratori di s.p.a. e sulle azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi e della “miniriforma” del 2021*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 2021, 22; ID., *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, ivi, 2021, 4; PANZANI, *I doveri delle parti*, in *Studi sull'avvio del Codice della Crisi. Speciale riforma*, a cura di De Simoni, Fabiani, Leuzzi, 2022, 25 s., www.dirittodellacrisi.it. Va osservato, fin da subito, che il richiamo delle norme in questione (inserito con l'ultimo decreto correttivo del codice della crisi) sembra precludere ora una interpretazione estensiva dell'art. 4 (cfr. in questa direzione: CIAN, *Crisi dell'impresa*, cit., 1166) che imponga di anteporre gli interessi dei creditori a quelli dei soci già ai primi stadi della crisi.

pienamente intatto il potere di gestione nel contesto della composizione negoziata²⁹ senza prevedere alcuna limitazione nel caso in cui lo strumento sia avviato in una situazione di crisi potenziale e assegnando, poi, in caso di vera e propria crisi/insolvenza e a seconda della gravità del dissesto, un rilievo più o meno intenso agli interessi dei creditori: nei casi meno gravi di “crisi” le scelte gestorie devono essere volte a non arrecare “*pregiudizio alla sostenibilità-economica finanziaria dell’attività*”, mentre là dove si versi in uno stato di “insolvenza reversibile” l’interesse del ceto creditorio diviene, a questo punto, “prevalente”. È stato condivisibilmente affermato dai primi commentatori che la disposizione esprime un principio generale applicabile anche fuori dalla composizione negoziata (e, naturalmente fuori dai procedimenti previsti nel Codice, dove si applica il principio dell’art. 4): trattandosi di una prescrizione dettata avendo riguardo ad un contesto (quello, appunto, della composizione negoziata) in cui i poteri-doveri di gestione degli amministratori vengono *ex lege* “conservati”, non vi è ragione per ritenere applicabili fuori da quel contesto criteri diversi in relazione all’esercizio di quegli stessi poteri-doveri³⁰.

Cercando, allora, sulla scorta di quanto sopra precisato, di mettere a fuoco con maggiore nitore – ma con un certo grado di inevitabile approssimazione – il sistema che emerge delle norme appena richiamate, pare possibile distinguere quattro distinte fasi, nell’ambito delle quali le aspettative dei creditori assumono via via sempre maggiore rilevanza, conformando diversamente l’obbligo dei gestori e il relativo margine di discrezionalità nelle scelte gestorie: a) la c.d. *twilight zone* (o pre-crisi); b) lo stato di crisi; c) l’insolvenza rimediabile; d) l’insolvenza irrimediabile.

²⁹ Nell’ambito della composizione negoziata della crisi, infatti, nessuna prerogativa gestoria è riconosciuta all’esperto, nemmeno in termini di veto rispetto ad atti potenzialmente dannosi per i creditori. L’art. 21, commi 2-3-4, Codice, infatti, riconosce all’esperto dei meri poteri di *moral suasion*, che si risolvono: i) nella possibilità di segnalare agli organi sociali (c.d.a. e collegio sindacale) la propria contrarietà rispetto al compimento di certi atti di straordinaria amministrazione idonei ad “arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento”; ii) il potere (dovere) di iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese qualora l’atto sia comunque compiuto. Per il rilievo che nell’ambito della composizione negoziata non vi sia alcuno spossessamento v. AMBROSINI, *Appunti*, cit., 26; ID., *La nuova composizione*, cit., 4; PANZANI, *I doveri*, cit., 26.

³⁰ AMBROSINI, *Appunti*, cit., 23; PANZANI, *I doveri*, cit., 28.

4. Gli obblighi di gestione nella c.d. twilight zone.

Come accennato, le norme sopra richiamate non sembrano porre alcuna positiva contrazione del potere gestorio in un contesto di crisi soltanto probabile (c.d. *twilight zone*) anche se viene avviata una “composizione negoziata”. Ed anzi si precisa che, in tale scenario, gli amministratori “conservano” il potere di ordinaria e straordinaria gestione. Sembra, allora, potersi affermare che in questo stadio nulla cambi rispetto all’ordinaria “graduatoria” degli interessi rilevanti per l’impresa (*in bonis*) esercitata in forma societaria ed operante in una situazione di fisiologia. Resta ferma naturalmente la prescrizione (art. 16), di respiro invero generale, che preclude agli amministratori di arrecare un “ingiusto pregiudizio” al ceto creditorio: prescrizione questa che potrebbe leggersi in coerenza con il rilievo formulato da una parte della dottrina che qualifica la “sostenibilità economico-finanziaria” quale limite *esterno* alla discrezionalità degli amministratori (operante pure nella fase fisiologica della vita dell’impresa), che impedisce l’adozione (e attuazione) di politiche gestorie che generano rischi (appunto) insostenibili, la cui realizzazione provocherebbe effetti negativi non interamente assorbibili dal patrimonio sociale e, conseguentemente, destinati a riverberarsi negativamente (con ingiusto pregiudizio) su coloro che hanno finanziato, a vario titolo, la società³¹. E questo anche se – deve precisarsi – si registrano importanti tendenze in letteratura orientate ad “interiorizzare” (secondo intensità e accenti diversi) in ogni caso (ed a prescindere dalla crisi) gli interessi degli *stakeholder* nell’interesse sociale: tema questo che esula dal perimetro di questo intervento.

Ciò posto, la sfera di azione dell’organo gestorio (e all’interno della stessa, la scelta delle misure di reazione alla pre-crisi) può dirsi pienamente coperta dalla BJR, risultando dunque insindacabili le scelte gestorie assunte in questa fase se non nei limiti della *manifesta irrazionalità*, con una duplice avvertenza. *Per un verso*, anche in una situazione di pre-crisi deve ritenersi comunque ricorrente una condizione di “delicatezza” e, pertanto – si tratta di considerazione di buon senso –, il livello di rischio delle decisioni gestorie che può considerarsi ragionevole è senz’altro più basso rispetto quello tollerabile nella fase fisiologica della vita dell’impresa. Si potrebbe, allora, pensare che in presenza di segnali di allarme, anche se nella forma più blanda, sia valutato con maggiore rigore il metro della razionalità (o della non manifesta irrazionalità) delle scelte gestorie, imponendosi agli amministratori una maggiore prudenza.

³¹ GINEVRA, *Tre questioni applicative*, cit., 557; GINEVRA, PRESCIANI, *Il dovere*, cit., 1226; PRESCIANI, (voce) *Assetti organizzativi d’impresa*, cit., 7.

Per l'altro, la scelta degli strumenti di reazione all'allarme (e soprattutto la decisione circa il contenuto specifico che viene dato allo strumento scelto), affinché non risulti irragionevole (se non abusiva), deve essere mantenuta in un rapporto di proporzionalità e continenza rispetto al sacrificio imposto ai soci. Sotto quest'ultimo profilo, se da un lato sembra potersi affermare che la decisione di accedere alla composizione negoziata della crisi (consentita, come si è visto, anche in presenza di una crisi meramente potenziale) possa dirsi sempre giustificata (o in ogni caso non manifestamente irrazionale: dunque rimessa alla insindacabile valutazione dei gestori), dall'altro, appare difficilmente conforme ai richiamati limiti della discrezionalità (e forse da considerarsi del tutto precluso agli amministratori) il ricorso ad uno degli strumenti di risoluzione della crisi previsti nel Codice. Non solo perché si tratta di istituti che hanno come presupposto oggettivo la presenza di un vero e proprio stato di crisi e che, come è stato fatto notare, la loro attivazione in una fase di mera pre-crisi potrebbe in concreto *“rischiare di tradursi in un eccesso del mezzo rispetto al fine e, conseguentemente, in un potenziale pregiudizio per la società e, in ultima analisi, per lo stesso ceto creditorio”*³², ma soprattutto perché in questo “stadio” la gestione deve ancora essere svolta *in bonis* nel perseguimento dell’“ordinario scopo lucrativo” (comunque questo sia inteso), mentre, per contro, gli istituti in questione implicano – come si è visto – il perseguimento in via prioritaria dell’interesse dei creditori (art. 4). Ammettere l’attivazione di uno di tali strumenti in una fase di pre-crisi significherebbe assegnare agli amministratori la discrezionalità di “scegliere” (in via insindacabile) a quale interesse dare priorità e, nel vigore della nuova disciplina, di “sciogliersi” unilateralmente dal rapporto fiduciario che li lega ai soci sottraendo a questi ultimi i poteri di revoca (art. 120-bis, comma 4, Codice). Se quanto appena affermato è corretto, dovrebbe potersi affermare, simmetricamente, che l’accesso, in queste circostanze (: crisi meramente potenziale), a uno strumento di risoluzione della crisi deve considerarsi un abuso da parte degli amministratori³³.

³² AMBROSINI, *Appunti*, cit., 25; RORDORF, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi*, cit., 595.

³³ In questo senso, cfr. il Considerando 24 della Direttiva *Insolvency*: “onde evitare abusi dei quadri di ristrutturazione, è opportuno che le difficoltà finanziarie del debitore presentino una probabilità di insolvenza” e, dunque, che l’impresa verta in una situazione di crisi in senso stretto, e non soltanto di una mera pre-crisi.

5. Gli obblighi di gestione nella “crisi” in senso stretto.

Nelle ipotesi in cui i segnali di allerta facciano emergere una situazione di vera e propria “crisi” [come definita dall’art. 2, comma 1, lett. a)], il limite alla discrezionalità degli amministratori si rafforza, essendo gli stessi tenuti – come sopra osservato – ad orientare la gestione “*in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell’attività*”. In questo contesto, il criterio della “sostenibilità economico-finanziaria”, richiamato espressamente come limite alla discrezionalità gestoria, sembra assumere maggiore pregnanza, qualificandosi come *limite interno* all’agire: il fine che deve guidare le scelte gestorie relative alla crisi. Si assiste, pertanto, a una variazione *qualitativa* degli obblighi degli amministratori, i quali, sebbene non debbano (né possano) ancora limitarsi a una gestione meramente conservativa del patrimonio sociale nell’esclusivo (o preordinato) interesse dei creditori (divenendo questo prioritario solo in ipotesi di insolvenza), sono chiamati (non più ad assumere rischi per generare ricchezza, bensì) ad orientare le scelte nella direzione del recupero della continuità aziendale e della capacità dell’impresa di produrre reddito, operando un bilanciamento tra i due interessi contrapposti: quello dei soci al valore del proprio investimento e quello dei creditori alla soddisfazione del proprio credito. In questa fase, in cui ancora è ancora forte la prospettiva della salvaguardia dei valori dell’impresa (anche in un’ottica di crescita), non si realizza quello “spostamento” del baricentro del rapporto fiduciario dai soci ai creditori³⁴, sì che gli amministratori continuano a dover soddisfare l’interesse dei soci al (recupero e alla massimizzazione di) valore del proprio investimento. Tuttavia, il pericolo a cui risultano esposti i creditori (di non rientrare della propria esposizione) in conseguenza della crisi vincola la prosecuzione dell’attività di impresa al rispetto di un criterio prudenziale, che protegga *parallelamente* pure la posizione di questi ultimi³⁵. Ne dovrebbe, allora,

³⁴ AMBROSINI, *Appunti*, cit., 23, il quale precisa che “*l’unica previsione operante in materia depone perspicuamente nel senso che gli amministratori di società sono tenuti a perseguire l’interesse prevalente dei creditori solo al cospetto di uno stato d’insolvenza, ancorché reversibile quale tipicamente (e necessariamente) è l’insolvenza presupposta dalla composizione negoziata*”; RICCIARDIELLO, *La crisi dell’impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione e di gestione*, Milano, 2020, 136, il quale afferma che “*l’eccessiva anticipazione di una gestione conservativa può configurare persino profili di responsabilità degli amministratori alla stessa stregua di un ritardo nell’accesso a procedure di risoluzione della crisi*”.

³⁵ MUCCIARELLI, *Doveri*, cit., 710, secondo il quale, in fase di crisi, è fatto divieto agli amministratori di “*innalzare il profilo di rischio dell’impresa*”; analogamente CIAN, *Crisi*, cit., 1169.

conseguire che, in questo frangente, la discrezionalità imprenditoriale non possa più ritenersi pienamente protetta dalla BJR, che impedisce di sindacare le scelte imprenditoriali (quindi rischiose), se non là dove siano manifestamente irrazionali. Sembra per contro potersi sostenere, sulla scorta della disposizione in esame, che le decisioni gestorie assunte dagli amministratori potranno essere sindacate *ex post*, per l'appunto, secondo il metro (di taglio tecnico/aziendalistico) della compatibilità delle stesse scelte alla "sostenibilità economico/finanziaria", dovendosi ritenere illegittime quelle decisioni che risultino oggettivamente non conformi a detto criterio. E lo stesso criterio deve anche prendersi in considerazione nella scelta circa l'attivazione o meno di uno strumento di soluzione della crisi, attivazione questa che: *per un verso*, deve ritenersi certamente ammissibile (: nessun dubbio può essere nutrito sul fatto che la "crisi", tecnicamente intesa, è presupposto sufficiente per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi) e pure doverosa se *strettamente* necessaria al fine di non pregiudicare (e, pertanto, di perseguire) la sostenibilità della gestione economico/finanziaria; *per l'altro*, in caso di attivazione, il contenuto dello strumento adottato (la manovra economico/finanziaria) dovrebbe essere congegnata avendo puntuale riguardo alla fine della sostenibilità, senza porre sacrifici per la compagine sociale che non siano a quest'ultimo funzionali e/o proporzionali; *per l'altro ancora*, per contro, deve essere *tout court* evitata, anche per preservare la posizione dei soci (che verrebbe pregiudicata dall'avvio dello strumento), qualora l'attivazione dovesse essere superflua sempre allo stesso fine.

A quest'ultimo proposito, deve ricordarsi che, ai sensi del sopra richiamato art. 4, lett. c), l'accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza impone *ex lege* di perseguire il *prioritario* interesse dei creditori. Ora, questa previsione si pone in termini problematici proprio quando questo accesso non avvenga in uno stato di insolvenza (dove – lo si è accennato e si tornerà subito in appresso – è prodotto lo *shifting* del rapporto fiduciario dai soci ai creditori) ma in uno stato di crisi (insolvenza solo probabile), stato, questo, nel quale l'art. 21 non impone, come si è appena rilevato, la prevalenza dei creditori rispetto ai soci (perché ancora è predominante la prospettiva di salvaguardia e di crescita dei valori dell'impresa e dell'investimento), ma solo la compatibilità alla sostenibilità economico/finanziaria. Per ridurre allora la probabile incoerenza sistematica (incoerenza che, forse, richiederebbe un intervento correttivo precisando che nel caso di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi in mancanza di uno stato di insolvenza, ma in presenza di una condizione di mera crisi, non è imposta una gestione nel prioritario

interesse dei creditori), si potrebbe sostenere che quando lo strumento di soluzione viene attivato in una situazione di crisi (e non di insolvenza), sia imposto agli amministratori di scegliere un percorso di risanamento che, nel tentare di preservare/recuperare la continuità aziendale, tenga in debito conto l'interesse dei soci bilanciandolo con quello dei creditori. Ed in questo senso, allo stesso modo, si potrebbe ritenere illegittimo – in una situazione di crisi e non di insolvenza – che gli amministratori (qualora non sia strettamente necessario) diano allo strumento di ristrutturazione prescelto un contenuto particolarmente invasivo rispetto alla posizione dei soci, dovendo pertanto contenere l'utilizzo delle prerogative ora riconosciute dall'art. 120-bis, comma 2 (che, come si è visto, consente di modificare la struttura finanziaria della società anche in assenza di una deliberazione dei soci) nella misura strettamente funzionale al fine della sostenibilità economico/finanziaria.

6. Gli obblighi di gestione nell'insolvenza reversibile e nell'insolvenza irreversibile.

Lo scenario cambia ulteriormente qualora venga rilevato, per il tramite degli adeguati assetti organizzativi, un segnale che implica uno stato di insolvenza [l'art. 2, comma 1, lett. b), Codice], ma comunque vi sia motivo di ritenere che sussistono concrete prospettive di risanamento³⁶. Si è ricordato che l'art. 21 Codice della Crisi consente di affermare, in termini generali (nel contesto o meno di una composizione negoziata), che, in caso di crisi reversibile: da un lato, gli amministratori “conservano” il pieno potere gestorio, ma, dall'altro lato, lo stesso deve essere funzionalizzato al “*prevalente interesse dei creditori sociali*”. Sotto il primo profilo, è evidente la rottura con l'impostazione “tradizionale” (precedente alla riforma del 2006) che imponeva all'imprenditore insolvente di interrompere la gestione e “portare i libri in tribunale”: nell'attuale scenario normativo – in linea con le moderne tendenze – la possibilità di riportare l'impresa *in bonis* e garantire la prosecuzione dell'impresa giustifica una “fiducia” agli amministratori, legittimando (eventualmente anche per il tramite di un'istanza di accesso alla composizione negoziata e, per questa via, della sospensione dell'operatività delle cause di scioglimento eventualmente connesse alla perdita del capitale) a proseguire l'attività e a mantenere il

³⁶ Valutazione, questa, che, ai sensi del nuovo art. 3, comma 3, lett. c), Codice, gli assetti organizzativi devono consentire di operare con una certa facilità, fornendo tutti i dati necessari a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2.

controllo sulla gestione. A questa legittimazione fa da *pendant* una ulteriore e significativa restrizione dei margini di discrezionalità, posto che non basta più compiere scelte prudenti in un'ottica di bilanciamento degli interessi di soci e creditori (e cioè in conformità allo scopo della sostenibilità economico/finanziaria), ma diviene necessario che le decisioni gestorie siano conformi al *prevalente* interesse di questi ultimi. Lo scopo verso il quale orientare l'intera gestione non è più quello dei soci al recupero del valore dell'investimento, ma diviene il migliore soddisfacimento delle ragioni dei creditori *esistenti* al momento del conclamarsi della insolvenza (ancorché reversibile) seppure per il tramite della continuazione della impresa (e non della conservazione del suo residuo valore in un'ottica liquidatoria). È stato, tuttavia, correttamente osservato che, anche in questo contesto, l'interesse dei soci non può essere semplicemente “pretermesso” nella ponderazione delle scelte gestorie: l'interesse creditorio viene infatti qualificato come “*prevalente*” e non certo esclusivo, il che implica il potere/ dovere degli amministratori di ponderarlo con gli altri interessi coinvolti e costituzionalmente rilevanti (tra cui quelli dei soci e dei lavoratori) che – secondo quanto è stato condivisibilmente sostenuto – comunque non possono essere irragionevolmente pregiudicati³⁷.

Quest'ordine di considerazioni consente, quindi, di fissare alcuni punti circa la discrezionalità degli amministratori nella selezione della strada da percorrere per il risanamento. Sembra possibile affermare che, in presenza di una insolvenza reversibile, sia configurabile, di regola, un obbligo di avviare, *quanto meno*, un procedimento di composizione negoziata. La conclusione pare, per così dire, “forzata” in tutti casi in cui (come di consueto avviene) la società abbia

³⁷ D'ATTORRE, *Le regole di distribuzione del valore*, in *Fallimento*, 2022, 10 ss., secondo cui “nella liquidazione giudiziale si possono rinvenire una pluralità di norme (...) che (...) possono assumere un rilievo sistematico, concorrendo a definire un principio generale del sistema, operante già nell'attuale tessuto normativo. Il principio generale si radica nel riconoscimento che l'interesse dei creditori, obiettivo primario della procedura di liquidazione giudiziale, deve contemperarsi con altri interessi di pari rilevanza costituzionale. La concomitante presenza di plurimi interessi rilevanti impone la ricerca di un punto di equilibrio che non risolve i conflitti nella meccanica affermazione dell'uno e nella negazione dell'altro, ma nella doverosa ponderazione, attuata secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità. In ragione di ciò, non sempre la liquidazione dell'attivo deve avere come obiettivo primario la massimizzazione del ricavato, dovendosi talvolta legittimamente perseguire un risultato sub-ottimale, se necessario per la tutela degli interessi-altri e ferma la tutela del contenuto minimo garantito dell'interesse dei creditori, rappresentato da quanto avrebbero conseguito senza la liquidazione giudiziale”; ID., *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, I, 60 ss.; ID., *La formulazione legislativa dei principi generali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *BBTC*, 2019, 471 ss.

perso integralmente il capitale: là dove, infatti, in queste ipotesi, la migliore soddisfazione delle ragioni creditorie implichi la prosecuzione dell'attività (in un'ottica di risanamento), diviene necessario, in primo luogo, bloccare gli effetti della causa di scioglimento e il doveroso innescarsi del procedimento di liquidazione del patrimonio sociale: risultato, questo, ottenibile (se non attraverso la presentazione di un'istanza di omologazione di un accordo di ristrutturazione o di concordato preventivo – artt. 64 e 89 – quanto meno, per l'appunto) tramite l'accesso alla composizione negoziata della crisi (art. 20, comma 1, Codice). Un secondo profilo problematico riguarda i limiti di discrezionalità degli amministratori nell'individuare i contenuti del piano di risanamento e, segnatamente, in quali circostanze si può ammettere che questo preveda le operazioni indicate all'art. 120-bis, comma 2, capaci di ledere significativamente gli interessi dei soci. Al riguardo, la notazione secondo cui l'interesse dei creditori è prevalente, ma non l'unico da considerare nell'ambito del risanamento, porta a ritenere che soluzioni così drastiche possano essere percorse dagli amministratori soltanto là dove rispondano a un criterio di ragionevolezza e di proporzionalità rispetto alle altre opzioni percorribili che non comportino uguale sacrificio per soci. E la scelta di attivare strumenti capaci di imporre un elevato sacrificio ai soci, non può dirsi ragionevole e proporzionale ogniqualevolta esista la possibilità di offrire una pari soddisfazione ai creditori mediante piani di ristrutturazione che, al contempo, conducano a un minore pregiudizio per i soci. In tali circostanze, sulla scorta di quanto affermato, la scelta più invasiva potrebbe allora considerarsi abusiva³⁸.

Venendo, infine, all'ipotesi di dissesto più grave, l'insolvenza, cioè, ormai divenuta irreversibile, qui gli spazi di manovra degli amministratori si riducono drasticamente fino a sostanzialmente eliminarsi. In questa situazione, si può dire che agli amministratori resta solo la scelta tra liquidazione giudiziarie o l'accesso ad uno degli strumenti di regolazione della insolvenza previsti dall'ordinamento, nell'ambito dei quali, ai sensi dell'art. 4, comma 2, lett. c), il patrimonio deve essere gestito “*nell'interesse prioritario dei creditori*” in un'ottica di liquidatoria: scelta che, in ogni caso e a sua volta, deve essere condotta sempre dando prevalenza agli interessi dei creditori alla migliore soddisfazione delle proprie ragioni. Restano ferme però le considerazioni svolte

³⁸ Cfr. anche Considerando 3 della Direttiva *Insolvency*: “*nei quadri di ristrutturazione i diritti di tutte le parti coinvolte, compresi i lavoratori, dovrebbero essere tutelati in modo equilibrato*”. Sul punto, BALP, *Early Warning Tools at the Crossroads of Insolvency Law and Company Law*, in *Bocconi Legal Studies research*, paper n. 3010300, 2017, 23 ss., <https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>.

al termine del paragrafo precedente circa la permanente necessità di ponderare, secondo il metro della ragionevolezza, l'interesse dei creditori con altri interessi rilevanti (tra i quali quelli dei soci), che non devono essere, appunto, irragionevolmente pregiudicati³⁹, con la precisazione che in tali circostanze gli spazi in cui può ritenersi irragionevole la scelta degli amministratori di perseguire soluzioni che comportino un impatto drastico sulla posizione dei soci si riducono notevolmente, fino a quasi del tutto scomparire, atteso che in una situazione di insolvenza irreversibile si è già definitivamente realizzata la perdita dell'investimento.

³⁹ Cfr., ancora, D'ATTORRE, *Le regole*, cit., 10, il quale ha precisato che “in questa prospettiva, le regole di distribuzione del valore confermano che, nell'attuale sistema, il diritto della crisi e dell'insolvenza non rappresenta più solo un insieme di regole dirette ad attuare in modo efficiente e tendenzialmente paritario la responsabilità patrimoniale dell'imprenditore insolvente nell'interesse esclusivo dei creditori, ma un qualcosa di profondamente diverso. La normativa della crisi e dell'insolvenza è oggi la disciplina di una fase, sia pure delicata, della vita economica o imprenditoriale del debitore, della quale ne viene regolamentata la pianificazione, la gestione e l'esito, assicurando un ragionevole equilibrio tra le esigenze dei creditori, dei terzi, della collettività e dello stesso debitore”.

ADEGUATI ASSETTI ORGANIZZATIVI, AMMINISTRATIVI, CONTABILI E CODICE DELLA CRISI: ASPETTI (TEORICI ED) OPERATIVI*

ANDREA PANIZZA

SOMMARIO: 1. Art. 2086 c.c. e nuovo art. 3 del c.c.i.: inquadramento generale – 2. I soggetti coinvolti - 3. Gli adeguati assetti organizzativi - 4. Gli adeguati assetti amministrativi - contabili – 5. Conclusioni

1. Art. 2086 c.c. e nuovo art. 3 del c.c.i.: inquadramento generale

La doppia velocità con la quale era stata originariamente prevista l'entrata in vigore delle disposizioni contenute nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (D.Lgs. 14/2019), ulteriormente dilatata a causa della pandemia da Covid19, ha trovato definitivo approdo in seguito al risultato dell'intervento della Commissione Ministeriale Pagni¹. Il D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83, espressione dei lavori svolti, ha previsto importanti modifiche al c.c.i. Tra queste la nuova formulazione dell'art. 3 che disciplina l'adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi

* Il presente contributo rappresenta aggiornamento del precedente "Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili: aspetti (teorici ed) operativi" pubblicato in *Ristrutturazioni Aziendali* in data 11 agosto 2021 ed è destinato a un volume collettaneo a cura di Stefano Ambrosini.

¹ La Commissione Ministeriale Pagni, insediata nell'aprile 2021, ha elaborato proposte di interventi sul Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Tra i compiti attribuiti alla Commissione vi erano la valutazione dell'opportunità di differire l'entrata in vigore di talune norme contenute nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, la formulazione di proposte correttive a medesimo Codice, la formulazione di proposte inerenti l'integrazione del Codice in attuazione della Direttiva UE n. 2019/1023 (c.d. direttiva "insolvency"), nonché la formulazione di proposte di modifica, anche temporanea, di alcune norme del Codice in relazione all'emergenza a quel tempo in atto.

d'impresa. Non va dimenticato che tra le norme contenute nel c.c.i. per le quali è stata prevista l'entrata in vigore dal 16 marzo 2019 vi è quella² che ha previsto l'introduzione del secondo comma dell'art. 2086 c.c.

Con questa integrazione il legislatore ha stabilito che *l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.*

La rinomina della rubrica dell'art. 2086 c.c., da "Direzione e gerarchia dell'impresa" a "Gestione dell'impresa", evidenzia l'intenzione del legislatore di affrontare il tema degli adeguati assetti con l'adozione di un approccio di tipo economico-aziendale.

L'obbligo per l'imprenditore di dotarsi di misure idonee e di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile, in grado di rilevare tempestivamente lo stato di crisi, è confermato anche dal testo del novellato art. 3 del c.c.i.³ che definisce i doveri del debitore.⁴

Al primo comma di quell'articolo è, infatti, fornito esplicito riferimento all'imprenditore individuale che *deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere le iniziative necessarie a farvi fronte*, rendendo pertanto secondario il riferimento alla forma giuridica e alla dimensione dell'impresa per ritenere applicabili quei comportamenti virtuosi di buona gestione che tanto consentono ai fini della prevenzione di situazioni di crisi.

Nei contenuti del suo secondo comma, lo stesso art. 3 del Codice della crisi conferma l'obbligo in capo all'imprenditore collettivo di *adottare un assetto*

² Ci si riferisce all'art. 375, 2 c., del D.Lgs. 14/2019, Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

³ L'art. 3 del c.c.i., risultante dalle modifiche apportate dal D.Lgs. 147/2020, dal D.L. 41/2021 conv. L. 69/2021, dal D. L. 118/2021 conv. L. 147/2021 e dal D.Lgs. 193/2021, originariamente rubricato in *Doveri del debitore*, è stato successivamente integrato con le modifiche previste nel D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83, e rubricato nel nuovo *Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa*.

⁴ Per la migliore comprensione dell'evoluzione nel tempo del pensiero del legislatore si veda anche S. AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in Crisi d'impresa e Insolvenza, *IL CASO.it*, ottobre 2019, pag. 2-3.

organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ancora una volta, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.

L'allargamento dell'obbligo di dotarsi di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili a tutti gli imprenditori operanti in forma societaria o collettiva, attraendoli, in questo modo, ai doveri originariamente previsti dall'art. 2381 c.c. per le sole società per azioni, fa emergere in modo rilevante la necessità di una crescita, *in primis*, culturale da provocare ai vari livelli della struttura organizzativa delle imprese italiane, in particolare di quelle di piccole e medie dimensioni.

Un pianificato e strutturato processo di crescita dovrebbe, infatti, favorire la rimozione o, quantomeno, l'attenuazione di frequenti e comuni fattori critici quali il sottodimensionamento, il capitalismo familiare, il personalismo autoreferenziale dell'imprenditore, la debolezza degli assetti di *corporate governance*, le carenze nei sistemi operativi e l'assenza di monitoraggio e di pianificazione, anche a breve termine.⁵

La contestuale presenza di molti di questi elementi, e il tempo che si rende necessario nella previsione di un sostenibile percorso di adeguamento, ha reso (e potrebbe rendere tuttora) difficoltoso il puntuale rispetto del dettato normativo da parte di molte società.

La frequenza con la quale l'imprenditore ha associato, confondendola, l'entrata in vigore dell'obbligo di dotarsi di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, con quella di altre disposizioni contenute nel Codice della crisi (es. l'istituto dell'allerta, ora definitivamente accantonato a favore della composizione negoziata) è stata innegabilmente troppo elevata.

I reiterati slittamenti della definitiva entrata in vigore del c.c.i. della crisi avrebbero dovuto consentire alle imprese di concentrarsi sullo svolgimento delle attività necessarie per l'implementazione degli adeguati assetti. Al contrario si è assistito ad un pericoloso immobilismo da parte di molte piccole e medie imprese che hanno lasciato frequentemente inapplicata proprio la norma già entrata in vigore. Le modifiche succedutesi nel tempo, in certi casi rappresentate da sostanziali interventi effettuati sull'impianto normativo originario, potrebbero aver favorito il nascere di una generale sensazione di costante provvisorietà, tale da provocare, in alcuni imprenditori, un ingiustificato comportamento attendista.

Nel periodo trascorso tra l'entrata in vigore del novellato art. 2086 c.c., avvenuta nel marzo del 2019, e l'autunno dello stesso anno, molte attenzioni del mondo imprenditoriale, e di quello professionale in particolare, furono dedicate

⁵ Si veda la Relazione illustrativa al Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza.

ad elementi quali l'istituto dell'allerta e gli indici della crisi, da concepirsi, nella precedente formulazione del c.c.i., quale strumento in grado di far *ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa* e favorire il rispetto degli *obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15*. A conferma, si ricorda come l'impiego degli indici della crisi fosse previsto nell'ambito di applicazione dello strumento di allerta, istituto ad oggi non più previsto dal c.c.i. in quanto rimpiazzato dal più recente strumento della composizione negoziata, originariamente previsto dal D.L. 118/2021 e oggi attratto dall'art. 12 del c.c.i.⁶,

Questa mal posizionata attenzione va prontamente corretta e canalizzata sui vigenti *obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore*. È solo con la corretta implementazione degli assetti previsti dalla norma che l'imprenditore è in grado di produrre e disporre di quell'insieme di informazioni sistematicamente raccolte ed organizzate che gli consentono, tra le altre, di rilevare tempestivamente la crisi e, altrettanto prontamente, di attivarsi per un intervento finalizzato al superamento della difficoltà.

La strada sembra segnata e ben definita nei suoi tratti fondamentali. Le imprese italiane, di qualsiasi dimensione, devono fare un salto di qualità in termini di adozione di un modello di indirizzo della gestione (*corporate governance*) che consenta loro di prendere le distanze dai comportamenti del passato, frequentemente caratterizzati da un diffuso disordine organizzativo, e che favorisca il costante monitoraggio dell'andamento aziendale, la possibilità di tempestiva rilevazione delle criticità e la previsione di interventi a garanzia della continuità⁷. Lo sforzo nel quale dovrà concentrarsi l'imprenditore dovrà essere quello di identificare corretti ed efficaci modelli di organizzazione. L'estensione del concetto di adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, originariamente previsto e riconducibile alle sole società per azioni, è pertanto da intendersi quale ineludibile e necessario passaggio evolutivo delle modalità con le quali deve sostanzarsi la conduzione aziendale. Il normale impiego di strumenti predittivi nell'esecuzione della gestione impone la preventiva e consolidata presenza di un'impalcatura organizzativa in grado di supportare lo svolgimento dell'attività. La

⁶ Originariamente rubricato in *Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi* ed oggi rivisto in *Composizione negoziata della crisi, piattaforma unica nazionale, concordato semplificato e segnalazioni per la anticipata emersione della crisi*.

⁷ Si veda P. RIVA, *La mappa dei ruoli e i compiti degli attori della governance societaria in attuazione di going concern*, in "Ruoli di corporate governance", a cura di P. RIVA, Milano, Egea, 2020.

riconducibilità dell'assetto amministrativo e contabile al più ampio assetto organizzativo ne conferma il concetto.⁸

2. I soggetti coinvolti

La definizione di adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile deve transitare da un preventivo richiamo al principio di corretta amministrazione, da ritenersi clausola generale di comportamento degli amministratori, non solo di società quotate. A conferma, esplicito riferimento alla corretta amministrazione è riscontrabile nell'art. 2403 c.c., in relazione ai doveri del collegio sindacale, e nel primo comma dell'art. 2409 *terdecies*, in relazione alle competenze del consiglio di sorveglianza. Il rispetto delle regole di buona gestione, non solo quelle di natura giuridica, ma anche tecnica, è pertanto da considerare norma di diritto comune.⁹

L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili appare, quindi, strumento necessario per lo svolgimento della gestione conformemente al principio di corretta amministrazione.

L'art. 2381 c.c., c. 5, prevede che il compito di curare *che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa* sia degli organi delegati. Al Consiglio di Amministrazione è attribuito il compito di valutare l'adeguatezza degli assetti sulla base delle informazioni ricevute, mentre al collegio sindacale (o al Consiglio di sorveglianza o al Comitato per il controllo sulla gestione) è attribuito quello di vigilare sull'adeguatezza degli stessi.

L'art. 377 del c.c.i., rubricato *Assetti organizzativi societari*, interviene con la descrizione di ulteriori modifiche al c.c. rispetto alle altre previste nella parte II del c.c.i. – *Modifiche al Codice civile* (artt. da 375 a 384). Tra queste la sostituzione del primo comma dell'art. 2475 c.c. che prevede che nelle società a responsabilità limitata *“la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale”*.

Nell'indirizzare il collegio sindacale (o il sindaco unico) nello svolgimento della sua attività di vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto

⁸ Si veda G. SCOGNAMIGLIO, *Genesi e fondamento dell'art. 2086, comma 2, c.c.* in *Gli assetti organizzativi dell'impresa*, Quaderno 18 SSM – Scuola Superiore della Magistratura, 2022, pag. 63 e segg.

⁹ Si veda P. MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale* in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, opera diretta da M. IRRERA, Bologna, Zanichelli Editore, ed. 2020, pag. 3 e segg.

organizzativo¹⁰, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo e contabile, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC) ha previsto, poi, precisi riferimenti nell'ambito della recente versione aggiornata del documento Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate¹¹.

L'evoluzione dei principi e delle norme che regolamentano l'attività di società quotate, e la previsione della loro adozione, con criteri di proporzionalità e flessibilità, anche a società di minori dimensioni, favoriscono valutazioni sulla possibilità di prevedere una sempre più diffusa applicazione delle regole di buon governo previste per la *governance* di società quotate.¹²

Questi elementi e i nuovi obblighi derivanti dall'entrata in vigore del Codice della crisi¹³ favoriscono la rappresentazione del modello di governo aziendale di tipo tradizionale, da prevedersi in situazione di *going concern*, riportata nella figura di seguito esposta.

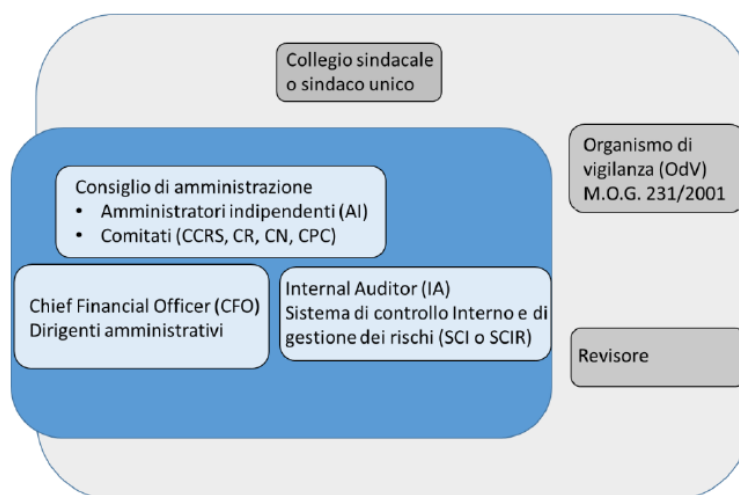
¹⁰ Si veda S. AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in *Crisi d'impresa e Insolvenza, IL CASO.it*, ottobre 2019, pag. 2-3. Con riferimento al profilo del controllo, Ambrosini descrive come "la vigilanza sull'adeguatezza della struttura organizzativa allude, da un lato, alla conformità delle procedure aziendali alle dimensioni della società ed al tipo di attività svolta, anche in rapporto all'esigenza di identificare con chiarezza le "linee di responsabilità"; dall'altro, alla verifica del fatto che la direzione dell'impresa sia effettivamente esercitata dagli amministratori e che il personale dipendente sia mediamente dotato di un confacente livello di competenza".

¹¹ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *Norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate*, versione aggiornata alla data del 12 gennaio 2021 con le disposizioni introdotte dalla legge 30 dicembre 2020, n. 178.

¹² Il Comitato Corporate Governance, costituito nel 2011 ad opera delle Associazioni di impresa (ABI, ANIA, Assonime, Confindustria), Borsa Italiana S.p.A. e l'Associazione degli investitori professionali (Assogestionali), avente quale scopo istituzionale la promozione del buon governo societario delle società italiane quotate, ha approvato in data gennaio 2020 il Nuovo Codice di Corporate Governance, applicabile dal gennaio 2021 in sostituzione del Codice di Autodisciplina del 2018. Al fine dell'inquadramento normativo compiuto della disciplina relativa alla *corporate governance* devono essere tenute in considerazione le disposizioni del D.Lgs. 58/1998, Testo Unico della Finanza (TUF), in seguito modificato dalla legge sulla tutela del risparmio e dal Regolamento Emittenti della Consob n. 11971/1999 e succ. mod.

¹³ Tra i quali la previsione dell'innalzamento dei limiti dimensionali per l'obbligo della nomina dell'organo di controllo, ancorché monocratico, e del revisore nelle società a responsabilità limitata e nelle cooperative.

Figura 1 – Mappa dei ruoli di amministrazione e controllo rilevanti in situazione di going concern¹⁴



Nella definizione del modello organizzativo aziendale e nella mappatura dei ruoli che lo rappresentano è necessario considerare, tra gli altri¹⁵, quello ricoperto dal management operativo che interviene ai vari livelli della struttura organizzativa in quanto fondamentale per l'efficace funzionamento del modello stesso.¹⁶

Di particolare importanza e delicatezza appare il ruolo dell'organo di controllo societario. In presenza di sua espressione collegiale o monocratica, l'art. 25-octies del c.c.i. prevede che lo stesso si attivi, per iscritto, con la segnalazione all'organo amministrativo della sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata. Posto in evidenza dalla Suprema Corte di Cassazione¹⁷, il dovere di segnalazione

¹⁴ Tratto con modifiche da P. RIVA, "Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF", Egea, 2020.

¹⁵ Per un approfondimento sui vari ruoli si veda P. RIVA, *La mappa dei ruoli e i compiti degli attori della governance societaria in situazione di going concern* in Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF", Egea, 2020, pag. 3 e segg.

¹⁶ Si veda P. BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, luglio 2021, pag. 3.

¹⁷ Si veda Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, Rel. n. 87 del 21 settembre 2022, Fallimento ed altre procedure concorsuali – In genere, Nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza – Attuazione della Direttiva UE n. 1083/2019 c.d. *Insolvency*

previsto in capo all'organo di controllo in presenza dei presupposti di crisi *si aggiunge e rafforza l'obbligo di costituzione di adeguati assetti da parte dell'imprenditore* societario o collettivo, così come previsto dall'art. 2086, co. 2, c.c.

3. Gli adeguati assetti organizzativi

In molti casi le nuove disposizioni normative impongono agli amministratori di società un necessario ripensamento del proprio protocollo organizzativo. L'analisi, la progettazione e l'implementazione di un assetto, adeguato alla natura e alla dimensione dell'impresa, che sia realmente in grado di soddisfare le esigenze aziendali nel rispetto della norma, rappresenta il non semplice compito a cui gli organi delegati sono chiamati.

Nella ricerca di riferimenti per la definizione dell'assetto organizzativo, inclusivo del sistema di controllo interno e di quello di gestione dei rischi aziendali, ci si può indirizzare, oltre che ai puntuali riferimenti forniti da autorevole dottrina¹⁸, nei confronti di recenti documenti emanati da organismi professionali, quali il documento Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate¹⁹ del CNDCEC, o di altre, quali il Codice di Corporate Governance, pubblicato dal Comitato per la Corporate Governance²⁰.

– D.Lgs. n. 83/2022”, § 3. Gli “adeguati assetti” ed il ruolo dell'organo di controllo, pag 6 e segg.

¹⁸ Si veda P. BASTIA – E. RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, in Banca Impresa Società, Il Mulino, 2020. Si veda anche G. MERUZZI, *L'adeguatezza degli assetti in Assetti adeguati e modelli organizzativi*, opera diretta da M. IRRERA, Bologna, Zanichelli Editore, ed. 2020, pag. 41 e segg.

¹⁹ *Ibidem* nota 12.

²⁰ Quali principali *best practice*, oltre al già richiamato Codice di Corporate Governance elaborato dal Comitato per la Corporate Governance nel gennaio 2020 (si veda precedente nota 13) possono essere annoverati, tra gli altri, i seguenti documenti:

- Principi di Corporate Governance delle PMI per le società non quotate di NedCommunity (2014);
- Principi di Governo Societario dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) (2015);
- *Governance e Amministratori di PMI S.p.A. non quotate* di NedCommunity (2019);
- *Enterprise Risk Management-Integrated Framework (ERM) della Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission (CoSO)* (2019);

Puntuali indicazioni giungono anche dalla giurisprudenza che, in alcuni casi, entra nel merito delle carenze riscontrate evidenziandole nel dettaglio.²¹

- Norme di comportamento del Collegio Sindacale di società non quotate del CNDCEC (2021);

- Le parole della crisi di SIDREA (2021);

- Informazioni non finanziarie per gli adeguati assetti e per la previsione delle crisi nelle PMI di O.I.B.R. (2022).

21 Tra le altre, si veda la sentenza n. 188/2021 del Tribunale di Cagliari. Con la sentenza il Tribunale è entrato nel merito delle specifiche carenze riscontrate dall'ispettore, nominato dallo stesso Tribunale, nel corso dell'ispezione dell'amministrazione. La sentenza, recependo i riscontri dell'ispettore, di fatto, fornisce concreti spunti operativi per la predisposizione degli adeguati assetti.

In particolare, con riferimento all'assetto organizzativo sono state riscontrate le seguenti inadeguatezze:

- Organigramma non aggiornato e difetta dei suoi elementi essenziali;

- Assenza di un mansionario;

- Inadeguata progettazione della struttura organizzativa e polarizzazione in capo a una o poche risorse umane di informazioni vitali per l'ordinaria gestione dell'impresa (ufficio amministrativo);

- Assenza di un sistema di gestione e monitoraggio dei principali rischi aziendali.

Con riferimento all'assetto amministrativo le carenze evidenziate sono:

- Mancata redazione di un budget di tesoreria;

- Mancata redazione di strumenti natura previsionale;

- Mancata redazione di una situazione finanziaria giornaliera;

- Assenza di strumenti di reporting;

- Mancata redazione di un piano industriale.

Le carenze individuate con riferimento all'assetto contabile sono:

- La contabilità generale non consente di rispettare i termini per la formazione del progetto di bilancio e per garantire l'informativa ai sindaci;

- Assenza di una procedura formalizzata di gestione e monitoraggio dei crediti da incassare;

- Analisi di bilancio unicamente finalizzata alla redazione della relazione sulla gestione;

- Mancata redazione del rendiconto finanziario.

Illustrando i principi a cui il collegio sindacale deve attenersi nello svolgimento dell'attività di vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto organizzativo, le sopraccitate Norme di comportamento prevedono per assetto organizzativo:

i. Il sistema di funzionigramma e di organigramma e, in particolare, il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità,

ii. Il complesso procedurale di controllo.

Le stesse norme forniscono quale specifico riferimento da ricercare in relazione all'adeguatezza dell'assetto organizzativo la presenza di *una struttura compatibile alle dimensioni della società, nonché alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale, nonché alla rilevazione tempestiva degli indizi di crisi e di perdita della continuità aziendale e la possibilità di consentire, agli amministratori preposti, una sollecita adozione delle misure più idonee alla sua rilevazione e alla sua composizione.* Gli organi delegati e gli amministratori della società, sotto la stretta vigilanza del collegio sindacale, sono rispettivamente chiamati a curare e a valutare, in termini di sua adeguatezza, una struttura organizzativa che sia realmente in grado di rappresentare, oltre che le funzioni aziendali esistenti, la coerente attribuzione di compiti, le conseguenti responsabilità e le deleghe o i poteri attribuiti ad ogni funzione aziendale.²²

Il Codice di Corporate Governance per le società quotate nelle raccomandazioni descritte in corrispondenza dell'art. 1 – Ruolo dell'organo di amministrazione – prevede tra i compiti dell'organo di amministrazione quello di *definire il sistema di governo societario della società e la struttura del gruppo ad essa facente capo e valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società e delle controllate aventi rilevanza strategica, con particolare riferimento al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi.*²³

I riferimenti al sistema di controllo interno e a quello di gestione dei rischi, riscontrabili nelle parti di entrambi i sopraccitati documenti in cui viene definito l'assetto organizzativo, portano a considerare l'adeguatezza dell'assetto in

²² Norma 3.5. *Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto organizzativo in Norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate* del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, gennaio 2021.

²³ In materia di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati nell'ambito dei gruppi societari si veda E. RICCIARDIELLO, *La crisi dell'impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione e di gestione*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

presenza della puntuale individuazione dei principali fattori di rischio aziendale e delle conseguenti attività di buona gestione e regolare monitoraggio.

Il CNDCEC nel definire tale adeguatezza, con la norma 3.5 del documento Norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate, oltre a individuare la necessaria presenza di una struttura compatibile con le dimensioni della società, alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale, prevede la necessaria tempestiva rilevazione degli indizi (del rischio) di crisi e di perdita della continuità aziendale.

Il richiamo alla funzione del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi è presente, forse ancora più marcatamente, anche nell'art. 6, principio XVIII, del Codice di Corporate Governance che definisce tale sistema come *l'insieme delle regole, procedure e strutture organizzative finalizzate ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società*.²⁴

L'esplicito riferimento al "*successo sostenibile della società*", inteso come *obiettivo che guida l'azione dell'organo amministrativo e che si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholder rilevanti per la società*, riscontrabile sin dall'art. 1 del Codice – Ruolo del Consiglio di Amministrazione, conferma il grado di crescente attenzione che le società quotate devono riservare all'individuazione di strategie indirizzate alla sostenibilità dell'attività svolta.²⁵

Il richiamo al concetto di successo sostenibile è presente anche nella definizione di piano industriale fornita dallo stesso Codice. A conferma dell'importanza crescente del ruolo di questo fondamentale strumento di pianificazione strategica, il piano industriale è deputato a descrivere gli obiettivi strategici dell'impresa e le azioni individuate per il raggiungimento degli stessi da svolgersi con la coerenza che deriva dal livello di esposizione al rischio prescelto. Il tutto nell'ottica di favorire, ancora una volta, il raggiungimento del successo sostenibile della società.²⁶

²⁴ Cit. art. 6 – *Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi – Principio XVIII – Codice di Corporate Governance* – Comitato Corporate Governance, 2020.

²⁵ Cit. art. 1 – *Ruolo del Consiglio di Amministrazione – Principio I – Codice di Corporate Governance* – Comitato Corporate Governance, 2020.

²⁶ Cit. Definizioni – *Piano Industriale e Successo sostenibile – Codice di Corporate Governance* – Comitato Corporate Governance, 2020. Il richiamo al "*successo sostenibile della società*" è ascrivibile alla capacità di un'impresa di produrre risultati finanziari, sociali e ambientali sostenibili a lungo termine. Questo concetto comprende l'integrazione della responsabilità sociale d'impresa (CSR), della sostenibilità ambientale e della gestione finanziaria. Il valore di un'azienda deve essere posto in relazione al valore attuale dei flussi di cassa futuri e a tutti i fattori, riconducibili alle relazioni che l'azienda ha con l'ambiente esterno

Seppure rivolto alle società quotate, il Codice è improntato al rispetto del principio di proporzionalità che prevede l'applicazione dei *principi* e delle *raccomandazioni* anche a società diverse da quelle di grandi dimensioni;²⁷ ciò conferma la sempre più diffusa necessità di prevedere in capo alle imprese di minori dimensioni l'applicazione delle regole di buona gestione, normalmente associate ad imprese strutturalmente ed organizzativamente dimensionate.

La presenza in azienda di un dettagliato sistema rappresentato da funzioni, poteri, deleghe, processi e procedure è in linea con quanto previsto con la definizione di assetto organizzativo, da ricondurre, a sua volta, a due distinte componenti: la struttura organizzativa e i sistemi operativi.

Alla prima (la struttura organizzativa) sono fondamentalmente rapportabili la struttura organizzativa di base (nella sua componente rappresentata dalle unità organizzative individuate, dai compiti e dalle relazioni gerarchiche), la struttura delle unità organizzative (con evidenza di mansioni e responsabilità) e l'assegnazione dell'autorità e delle modalità di applicazione del potere. La struttura organizzativa definisce ed individua i necessari livelli gerarchici e i conseguenti rapporti formali di dipendenza.

La seconda (i sistemi operativi), riconducibile alla definizione del sistema dei processi, a quello di determinazione degli obiettivi, delle strategie e all'assegnazione delle risorse (sistema di pianificazione programmazione e controllo), al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, a quello di gestione del personale, al sistema di autoregolamentazione e a quello informativo, rappresenta la componente in grado di definire il grado di relazione tra le unità organizzative.²⁸

In particolare, il sistema dei processi è riferibile all'individuazione delle attività e delle modalità di loro svolgimento, mentre quello di determinazione degli obiettivi riguarda l'insieme degli elementi che sono alla base della loro definizione e l'allocazione delle risorse necessarie il loro raggiungimento.

Il sistema di gestione dei rischi e di controllo interno, rappresentati dalle regole, dalle procedure e dalle prassi operative finalizzate alla puntuale identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi

(mercato-clienti, fornitori, comunità, normativa, ecc.) e interno (risorse umane, tecnologia impiegata, know-how, ecc.), che sono in grado di condizionarli e, pertanto, da ritenersi imprescindibili ai fini della pianificazione di medio-lungo periodo.

²⁷ Si veda P. RIVA, *Gli "assetti organizzativi" quale cardine del successo sostenibile alla luce del Codice di Corporate Governance 2020. Un benchmark di riferimento*, in *Ruoli di corporate governance*, a cura di P. RIVA, Milano, Egea, 2020.

²⁸ G. AIROLDI, G. BRUNETTI, V. CODA, *Corso di economia aziendale*, Bologna 2005.

aziendali, sarà oggetto di specifica informativa di dettaglio nel proseguo del presente contributo.

Al sistema di gestione del personale sono ascrivibili gli elementi con i quali si provvede, tra le altre, alla definizione degli organici, alla ricerca e selezione del personale, alla configurazione dei percorsi di carriera e la pianificazione della formazione, mentre al sistema di autoregolamentazione sono da ritenersi imputabili gli strumenti individuati dall'impresa per la regolamentazione dello svolgimento della propria attività. In questo ambito rientrano i regolamenti, i manuali, le procedure ed ogni altro elemento, quali istruzioni e modulistica, in grado di garantire che lo svolgimento dell'attività avvenga in normo-conformità e in linea con gli obiettivi prefissati.

È, infine, compito del sistema informativo quello di garantire la qualità e la continuità del flusso delle informazioni da ritenersi necessarie per lo svolgimento dei processi decisionali e la loro attuazione.²⁹

Le più volte citate Norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate (CNDCEC) forniscono precisi riferimenti sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo. Tali riferimenti, da porsi in stretta relazione alle caratteristiche della società, alla natura e alla modalità di perseguimento dell'oggetto sociale, sono strettamente correlati a quanto sopra descritto e, pertanto, riconducibili:

- alla presenza di un'organizzazione gerarchica;
- alla redazione di un organigramma aziendale che definisca in modo chiaro le funzioni, i compiti e le linee di responsabilità;
- all'effettivo esercizio dell'attività decisionale e direttiva della società da parte dell'amministratore delegato e dai soggetti ai quali sono attribuiti specifici poteri;
- alla presenza e all'applicazione di procedure che assicurino:
 - l'efficacia e l'efficienza della gestione dei rischi aziendali;
 - l'efficacia e l'efficienza del sistema di controllo interno;
 - la completezza, la tempestività e l'attendibilità dei flussi informativi, inclusi quelli inerenti alle società controllate.
- all'esistenza di procedure che siano in grado di assicurare la presenza di personale in possesso dell'adeguata professionalità e competenza necessarie allo svolgimento delle funzioni assegnate;

²⁹ Per un approfondimento si veda F. BASSI, *Assetto organizzativo in Crisi e adeguati assetti per la gestione d'impresa*, a cura di A. PANIZZA, Milano, Wolters Kluwer, 2020, pag. 69 e segg.

- alla presenza di direttive e procedure aziendali, periodicamente aggiornate e diffuse ai vari livelli della struttura organizzativa, con particolare riferimento:

- al sistema dei processi aziendali;
- al sistema di definizione degli obiettivi strategici (pianificazione strategica e programmazione);
- al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi aziendali;
- al sistema di gestione del personale;
- al sistema di autoregolamentazione;
- al sistema informativo.

Il sistema organizzativo aziendale, progettato sulla base delle caratteristiche dell'impresa, deve comunque essere in grado di favorire l'individuazione e *l'attribuzione delle responsabilità, le linee di dipendenza gerarchica, la descrizione dei compiti e la rappresentazione del processo aziendale di formazione e attuazione delle decisioni.*³⁰

3.1. Il sistema di gestione dei rischi aziendali

L'obiettivo che il legislatore si è dato con il Codice della crisi è quello di favorire l'adozione di un approccio alla gestione di tipo *forward looking*, rispetto a quello meramente consuntivo generalmente utilizzato dall'imprenditore, in particolare quello di una micro e piccola impresa. In questo modo l'emersione della crisi viene anticipata nel tempo, con la possibilità di intercettare le prime manifestazioni di declino e contestualizzarle in un ben identificato momento. La maggiore attenzione al rischio di crisi e a quello di perdita della continuità è confermata dal contenuto del novellato art. 2086 c.c.

Il piano industriale, quale espressione del sistema di pianificazione strategica, deve garantire la rappresentazione delle modalità con le quali l'imprenditore intende gestire i rischi aziendali, ovvero l'insieme degli *effetti associati ad eventi futuri incerti che possono influenzare il raggiungimento degli obiettivi aziendali.*³¹

Per assicurare il mantenimento e il rafforzamento della capacità dell'impresa di creare valore per gli azionisti e per gli *stakeholders* aziendali oltre che la

³⁰ *Ibidem* nota 23.

³¹ Si veda F. BASSI, *Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi in Crisi e adeguati assetti per la gestione d'impresa*, a cura di A. PANIZZA, Milano, Wolters Kluwer, 2020, pag. 87 e segg.

ricerca del successo sostenibile della società, diviene sempre più necessaria l'adozione di specifiche procedure per il contenimento del rischio.

Standard di riferimento per la disciplina dei sistemi di gestione certificabili, quali ISO 9001 – Sistema per la gestione della qualità, ISO 14001 – Sistema di gestione ambientale, ISO 27001 – Sistema di gestione della sicurezza delle informazioni, ISO 45001 – Sistema di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro, hanno reso centrale l'approccio al rischio (c.d. *Risk Based Thinking*). In tal senso i comitati tecnici ISO hanno definito, al fine di favorire l'omogeneità tra le medesime norme, l'*High Level Structure*, ovvero una struttura comune dei capitoli contenenti i requisiti per la conformità, tra i quali il c.d. *Risk Based Thinking*.

Il coinvolgimento della struttura organizzativa nel processo di mitigazione dei rischi aziendali riguarda *in primis* l'alta direzione. È quest'ultima che, anche con l'eventuale supporto di specifica funzione aziendale, provvede all'identificazione e valutazione dei rischi aziendali, oltre che alla programmazione di azioni finalizzate alla loro eliminazione o gestione.³²

Pur tenendo in stretta considerazione la propria dimensione, tutte le imprese dovrebbero prevedere l'applicazione di un approccio metodologico che sia finalizzato alla gestione dei rischi aziendali (c.d. *risk management*) e che possa, conseguentemente, rappresentare un fondamentale contributo informativo per la costruzione di un consapevole processo decisionale.

Modelli come l'ISO 31000:2018 e l'ERM – *Enterprise Risk Management – Integrated Framework 2017*, rappresentano interessanti riferimenti anche per realtà di piccole/medie dimensioni in quanto caratterizzati da una spiccata modularità che favorisce l'applicazione di un approccio ragionato e proporzionale all'implementazione del modello stesso.

Lo sviluppo di un processo di *risk management*, da articolarsi in modo più o meno approfondito a seconda delle caratteristiche e delle dimensioni aziendali, può essere ricondotto all'individuazione di alcune attività ed elementi da svolgere e tenere sotto controllo in un'alternanza di interventi di natura tecnica e manageriale. Ci si può riferire, in particolare:

- all'analisi del contesto (interno ed esterno) e alla mappatura degli *stakeholders*. I fattori di valutazione da considerare e da porre in relazione al contesto esterno possono essere individuati nei seguenti ambiti:
- Economia;
- Finanza e credito;
- *Compliance* normativa;

³² *Ibidem* nota 32.

- Mercato e Clienti;
- Prodotti e servizi offerti e relativi cicli di vita;
- *Competitor*;
- Collettività e Società civile;
- Clima e ambiente;
- Tecnologia;
- Fornitori;
- Altri fattori rilevanti per l'attività aziendale.

Con riferimento al contesto interno possono essere tenuti in considerazione i fattori di valutazione riconducibili a:

- *Governance* aziendale;
- Personale dipendente;
- *Know-how*;
- Tecnologia disponibile;
- *Partnership*.
- Altri fattori rilevanti per l'attività aziendale.
- alla redazione della S.W.O.T. *analysis*;
- alla redazione di piano industriale e finanziario che illustri gli obiettivi strategici e di *risk management* prefissati (con descrizione del livello di rischio accettabile e di tolleranza);
- alla definizione di linee guida inerenti al Sistema di gestione dei rischi aziendali (e di Controllo Interno);
- all'identificazione e valutazione dei rischi (*risk assessment*)³³;
- alla gestione del rischio (trattamento e risposte/valutazione per la sua mitigazione);

³³ La descrizione dei principali rischi e incertezze a cui la società è esposta rappresenta elemento da fornire anche nella Relazione sulla gestione, così come richiesto dall'art. 2428 c.c., a completamento e integrazione dell'informativa di bilancio. Il documento "La relazione sulla gestione – art. 2428 Codice civile" del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, alla luce delle novità introdotte dal D.Lgs. 32/2007, nel gennaio 2009 rileva che *il legislatore richiede, con riferimento ai principali rischi e incertezze, una "descrizione", ossia un'illustrazione che può essere proposta in forma discorsiva. In linea generale, devono essere inseriti e descritti i rischi che presentano un impatto rilevante sotto il profilo informativo e un'alta probabilità di accadimento. Devono essere oggetto di analisi soltanto eventuali rischi specifici corsi dalla società, diversi da tutti quei fenomeni connessi con la sua natura d'impresa: in altre parole, non si devono descrivere i rischi che corrono tutte le società in quanto tali, ovvero le società di quel particolare settore.*

- alla rilevazione dei livelli di rischio superiori a quelli ritenuti accettabili (*residual risk reporting*) e continuo aggiornamento delle informazioni finalizzato al potenziale allineamento tra il livello di rischio accettabile ed effettivo;

- alla verifica periodica dei risultati (monitoraggio) e continuo miglioramento del sistema.

L'evidente utilità che deriva dall'applicazione di un sistema di *risk management* sarà tanto più amplificata quanto più alto sarà il livello di *commitment* della direzione aziendale e altrettanto alta la crescita della cultura aziendale ai vari livelli della struttura organizzativa, crescita da favorire anche con la comunicazione e condivisione dei risultati ottenuti.³⁴

Il complesso di regole (c.d. *compliance program*) con le quali sono definiti i contesti organizzativi e procedurali, finalizzati a favorire la prevenzione dei principali rischi aziendali, trova esplicitazione in strumenti e sistemi quali il Modello di organizzazione gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001, il Codice di Corporate Governance (più volte richiamato nel presente contributo), il Regolamento UE n. 679/2016 (GDPR) in materia di protezione dei dati personali, la normativa antiriciclaggio ex D.Lgs. 231/2007, le norme ISO.

3.2. Il sistema di controllo interno

Quale ambito operativo della struttura organizzativa, il sistema di controllo interno è definito nel documento Norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate (CNDCEC), come *l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative adottate dall'impresa allo scopo di raggiungere, attraverso un adeguato processo di identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi, i seguenti obiettivi:*

- *obiettivi strategici, volti ad assicurare la conformità delle scelte del management alle direttive ricevute e all'oggetto che la società si propone di conseguire, nonché a garantire la salvaguardia del patrimonio aziendale e a tutelare gli interessi degli stakeholders;*

- *obiettivi operativi, volti a garantire l'efficacia e l'efficienza delle attività operative aziendali;*

- *obiettivi di reporting, volti a garantire l'attendibilità e l'affidabilità dei dati;*

³⁴ *Ibidem* nota 32.

- obiettivi di compliance, volti ad assicurare la conformità delle attività aziendali, alle leggi e ai regolamenti in vigore.³⁵

La dicotomia concettuale presente nel trattare il tema del controllo interno impone un approfondimento della distinzione tra controllo di merito e controllo di legalità. Il tutto considerando la presenza di una molteplicità di soggetti e ruoli coinvolti in questo tipo di attività.

Nella prima delle due forme di controllo (quello di merito) saranno i soci ad intervenire sull'opportunità e la convenienza economica dell'attività di gestione svolta dagli amministratori, anche con il supporto informativo derivante dall'assetto amministrativo-contabile.³⁶ Con la piena operatività anche nel nostro ordinamento della *business judgement rule*, ossia del principio di insindacabilità nel merito delle scelte gestorie degli amministratori³⁷, appare infatti evidente come l'intervento del giudice, del collegio sindacale o dei revisori non possa essere esteso alla valutazione del risultato dell'attività, se non in presenza di manifesta irrazionalità³⁸.

³⁵ Norma 3.6. *Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema di controllo interno in Norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate* del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, gennaio 2021.

³⁶ *Ibidem* nota 12.

³⁷ Si veda Cass., 9 novembre 2020, n. 25056.

³⁸ Si veda S. AMBROSINI, *Appunti sui doveri degli amministratori di S.P.A. e sulle azioni di responsabilità alla luce del Codice della Crisi e della "miniriforma" del 2021*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, novembre 2021, pag. 3-4. Richiamando, a sua volta, Montalenti, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi, adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in AA.VV., *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, Ambrosini descrive che proprio intorno al cardine concettuale dell'organizzazione si è proposta, fra i primi e più autorevoli commentatori, un'acuta e convincente distinzione riferita alla tendenziale insindacabilità nel merito delle scelte gestorie (c.d. *business judgment rule*): "le scelte di organizzazione – produzione di prodotti di nicchia o di largo consumo; mercato locale o internazionale; produzione con catena di montaggio o con isole di produzione e così via – sono scelte di merito strettamente connesse alle opzioni di mercato, coperte dunque dalla *business judgment rule*. Gli assetti organizzativi consistono invece nelle procedure di efficiente funzionamento aziendale, di gestione amministrativa in senso stretto, di processi contabili, di sistemi informatici che non sono affidati alla discrezionale libertà d'impresa ma devono, appunto, raggiungere la soglia dell'adeguatezza, cioè all'appropriatezza tra mezzo e fini: appunto il principio di correttezza". Nel medesimo contributo, Ambrosini rileva come la norma vale a individuare nella predisposizione di assetti adeguati il cuore della funzione gestoria, la cui paternità – e quindi responsabilità – va riferita a coloro che di tale funzione sono investiti, riflettendo d'altronde i principi sanciti dalla norma una caratteristica consustanziale all'impresa, che consiste nell'essere un'attività organizzata, il cui livello di complessità va

L'art. 2403 c.c. prevede in capo al collegio sindacale la vigilanza *sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento*. Il controllo di merito, così come sopra descritto, è pertanto affiancato da quello di legalità, di competenza del collegio sindacale.

L'attività di vigilanza prevista in capo ai sindaci non si riferisce solamente a quello di legittimità, ma a quella legata alla correttezza gestionale e, in particolare, all'adeguatezza dell'assetto organizzativo, a sua volta inclusivo del sistema di controllo interno. Il collegio sindacale è pertanto chiamato ad effettuare un sintetico e complessivo controllo finalizzato alla verifica della idoneità delle procedure aziendali a favorire il monitoraggio dei fattori di rischio e la pronta emersione/gestione delle criticità³⁹.

L'evoluzione della percezione che l'imprenditore ha nei confronti del controllo deve essere rappresentata dal cambiamento di approccio, solitamente di diffidenza a questo tipo di attività, e la trasformazione della sensazione di sua inutilità in vera e propria opportunità di miglioramento e crescita, anche culturale.

Anche alla luce della pubblicazione di *framework* che prevedono la profonda integrazione tra linee guida destinate ai consigli di amministrazione chiamati ad intervenire nella valutazione/gestione del rischio aziendale e il sistema di controllo interno, su tutti l'ultima versione del framework ERM – Enterprise Risk Management (2017), si può affermare che questo approccio debba intendersi applicato all'azienda *in tutti i suoi aspetti di business quali la governance, la pianificazione strategica, la misurazione delle performance ed il sistema di controllo interno*.⁴⁰

Le tematiche affrontate da quest'ultima versione del *framework* sono quelle legate all'evoluzione e al miglioramento della gestione dei rischi aziendali, oltre che quelle riconducibili al cambiamento del mercato e delle organizzazioni. Il nuovo *framework* evidenzia la necessità di effettuare la valutazione del rischio non solo all'interno della fase di definizione della strategia, ma anche successivamente nella conduzione delle attività dell'organizzazione. Questo per rendere la gestione (auspicabilmente anticipatoria) del rischio quale

dal minimo dell'impresa individuale al massimo del grande gruppo di società (dove per l'appunto il riferimento alle "dimensioni dell'impresa").

³⁹ *Ibidem* nota 28.

⁴⁰ *Ibidem* nota 32.

componente fondamentale dell'intera organizzazione. Quest'ultima versione del framework ERM rappresenta l'evoluzione di quella del 2004.

La crescente mutevolezza del contesto economico e la necessità di cogliere i segnali del suo cambiamento portarono, infatti, la *Treadway Commission* alla realizzazione di un nuovo framework: il *CoSO Enterprise Risk Management* (ERM). Pubblicato nel 2004, ingloba al suo interno il primo *framework CoSO*, evidenziando, rispetto al precedente documento del 1992, la pratica di gestione del rischio per l'organizzazione, e concretizzandosi come strumento operativo per il *management*.

Le cinque componenti nelle quali si sviluppa il sistema di controllo interno tramite l'applicazione del c.d. CoSO Report (Internal Control), nella sua prima versione (1992), sono finalizzate al raggiungimento di obiettivi riconducibili all'efficienza operativa, all'adeguatezza informativa e alla rispondenza alla norma.⁴¹

Lo sviluppo di questo modello ha sancito il rapporto fra la strategia, gli obiettivi dell'organizzazione, i rischi e i controlli, riportando la descrizione del suo funzionamento all'interno di una matrice tridimensionale.⁴²

Il modello ERM si presenta come strumento estremamente flessibile che può essere applicato sia all'interno del processo di gestione del rischio aziendale, sia ai singoli obiettivi che alle singole unità operative, caratterizzandosi come

⁴¹ Queste componenti sono rappresentate da elementi riconducibili all'ambiente di controllo, alla valutazione del rischio, all'attività di controllo, all'informazione e comunicazione e all'attività di monitoraggio. La prima dimensione riscontrabile all'interno del sistema di controllo è l'ambiente interno, dimensione entro la quale sono individuate le azioni e prese le decisioni volte al raggiungimento degli obiettivi riflettendo la volontà del management. Il *risk assessment*, parte integrante del sistema di controllo interno, consente, oltre che la rilevazione e la quantificazione dei potenziali rischi aziendali, anche la conseguente individuazione e adozione delle opportune strategie volte al superamento degli stessi, mentre le attività di controllo sono caratterizzate da tutte quelle azioni dedite al controllo delle attività prefissate in modo tale da garantirne l'effettiva esecuzione. La fase di *monitoring activities*, invece, prevede misure di controllo sull'intero sistema di controllo interno circa il corretto funzionamento. È nel sistema di comunicazione e informazione, componente del più ampio sistema di controllo interno, che trova collocazione il sistema informativo, apparato che dovrà garantire la disponibilità e protezione delle informazioni, permetterne agilmente l'elaborazione e l'estrazione in funzione degli obiettivi interni ed esterni.

⁴² La matrice tridimensionale ospita nelle colonne quattro distinte categorie di obiettivi, mentre i componenti del sistema di controllo interno sono esposti orizzontalmente nella prima facciata. Nella terza dimensione trovano spazio le unità operative dell'organizzazione.

processo multidirezionale all'interno del quale ogni elemento è condizionabile dagli altri.⁴³

All'interno del modello è inoltre possibile rilevare le distinzioni attribuite al processo di *risk assessment*, caratterizzato da una prima fase di identificazione degli eventi negativi, da valutazioni di probabilità e impatto economico, nonché dall'individuazione delle contromisure applicabili, (c.d. *risk response*).

Lo sviluppo del *framework* CoSO Report porta quindi diversi elementi a valore aggiunto quali, ad esempio, il cambio di prospettiva che prevede l'inclusione e il riferimento sia ad elementi interni che esterni dell'organizzazione, oltre che l'introduzione di obiettivi di tipo strategico e la valutazione di elementi di rischio non solo negativi, ma anche variabili a riscontro positivo.

Considerate le necessità delle organizzazioni in termini di implementazione e governo dei sistemi di controllo interno, e alla luce degli scenari economici osservati, nel 2013 il CoSo sviluppò un nuovo aggiornamento del documento originario: l'*Internal Control - Integrated Framework*. Con approccio *principle based*, il documento esprime diciassette principi applicativi associati ai cinque elementi costitutivi dei sistemi di controllo interno, già presenti nei precedenti *framework*.

Il documento, confermando l'obiettivo di definire e chiarire i requisiti per individuare gli elementi rappresentativi di un efficace sistema di controllo interno, riprende diversi aspetti dai precedenti modelli, unificando il contenuto e confermando gli stessi, pur esaltando nuovi aspetti quali la centralità del Consiglio di Amministrazione all'interno del sistema di controllo interno, l'inclusione della reportistica interna e dell'informativa non finanziaria tra gli obiettivi di *reporting* e il ruolo centrale e determinante della tecnologia all'interno del sistema dei controlli.

Con l'ultimo importante aggiornamento del 2017 il documento rappresenta il nuovo *Enterprise Risk - Management Integrated Framework*. Lo sviluppo del documento affronta nuovamente le tematiche legate al cambiamento del mercato e delle organizzazioni, oltre che l'evoluzione della gestione del rischio aziendale e la sempre più crescente esigenza per le organizzazioni di migliorare il governo dello stesso, assecondando un ambiente aziendale in continua evoluzione.

Il nuovo *framework* evidenzia la necessità della valutazione del rischio non solo all'interno della fase di definizione della strategia, ma anche

⁴³ In tal senso, *La gestione del rischio aziendale ERM - Enterprise Risk Management: un modello di riferimento e alcune tecniche applicative* - Edizione italiana a cura di Associazione Italiana Internal Auditors e PwC, Il Sole 24 Ore, maggio 2006.

successivamente nella conduzione delle attività dell'organizzazione. La gestione del rischio non dovrebbe essere concepita come elemento esterno, ma rappresentare parte integrante dell'organizzazione, con l'obiettivo di cogliere in via anticipatoria i segnali di rischio prima che questi possano provocare situazioni di difficoltà.

Le cinque componenti nelle quali trova sviluppo il *framework* sono individuate in:

- *Governance* e cultura;
- Strategia e definizione degli obiettivi;
- *Performance*;
- Riesame e revisione;
- Informazione, comunicazione e reporting.⁴⁴

L'identificazione dei componenti del sistema di controllo interno, integrato con quello di gestione dei rischi, rappresentato (anche) dai modelli sopra descritti, deve essere arricchita dalla descrizione delle modalità di svolgimento delle attività riconducibili al medesimo sistema di controllo.

Nella definizione del sistema dei controlli è, pertanto, opportuno riferirsi ad elementi e attività riconducibili a componenti quali: la *governance*, il sistema di autoregolamentazione, l'informazione/comunicazione, la formazione, la gestione delle risorse umane e il controllo.

Le attività di controllo riferibili alla *governance* riguardano, tra le altre, la struttura organizzativa, l'organigramma, il sistema di deleghe, procure e poteri, l'articolazione delle responsabilità, la presenza di mansionari e di adeguate *job description*, la presenza di un applicato sistema di pianificazione, programmazione e controllo, nonché di piani di attuazione delle azioni correttive.

Quelle riconducibili al sistema di autoregolamentazione si riferiscono alla presenza e applicazione di procedure, del codice etico, di manuali, regolamenti, procedure e istruzioni in genere.

Particolarmente rilevante e strutturata è l'attività di controllo da svolgere in relazione al sistema di informazione e comunicazione. In particolare, le modalità con cui viene garantita l'attività di veicolazione delle informazioni, le

⁴⁴ Per un approfondimento si veda L. MALFATTI, *Il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*, in *Adeguati assetti societari per la prevenzione della crisi*, a cura di A. DANOVI e G. ACCIARO, Milano, Il Sole 24 Ore, luglio 2022, pag. 83 e segg. e F. BASSI, *Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi in Crisi e adeguati assetti per la gestione d'impresa*, a cura di A. PANIZZA, Milano, Wolters Kluwer, 2020, pag. 87 e segg.

comunicazioni organizzative, le informazioni inerenti sistemi contabili, gestionali, informativi, di *business intelligence*, le relazioni degli organi di controllo e di vigilanza, le relazioni annuali e periodiche.

Le attività riconducibili alla formazione sono da porre in relazione a quelle da prevedere con riferimento alla gestione delle risorse umane. Ci si riferisce, in particolare, alla definizione e pianificazione dei piani di formazione e di sviluppo del personale, ma anche alla definizione e mantenimento dei sistemi di valutazione delle competenze, alla loro mappatura, al sistema di valutazione delle prestazioni e del clima aziendale, oltre a quelle più squisitamente collegabili alla definizione dei piani di successione delle risorse, con particolare attenzione da riservare a quelle “chiave”.

Variegate e di particolare importanza sono le attività da prevedere per l’effettuazione dei controlli. Nel loro svolgimento devono essere esplicitati i principi di riferimento applicati, rappresentati i controlli all’interno di specifiche matrici dei rischi, predisposti specifici piani di *audit* e previsto il monitoraggio dei principali *key performance indicator* (KPI) e *key risk indicator* (KRI). Devono essere predisposti documenti che evidenzino gli scostamenti significativi tra quanto pianificato e quanto verificato (*gap analysis*) e previste le attività di intervento sulle varie componenti riconducibili ai vari sistemi implementati in azienda (es. *review* del sistema di controllo di gestione, di gestione del magazzino, della produzione, ecc.).

Il rilevamento di violazioni, emerse con le attività di controllo, sarà seguito da un intervento di risposta alle violazioni così come opportunamente previsto dal sistema disciplinare e sanzionatorio.⁴⁵

4. Gli adeguati assetti amministrativi - contabili

Partendo da una sostanziale difficoltà riscontrabile nel cercare di fornire una netta distinzione tra assetto amministrativo e contabile, appare comunque opportuna l’individuazione, ancorché in linea di principio, degli elementi che rappresentano queste due componenti. In questo tentativo di inquadramento generale, la natura e la dimensione dell’impresa rappresentano elementi da porre in relazione alla frequente ridotta complessità organizzativa ed operativa espressa dalla maggioranza delle PMI.

È lo stesso legislatore, nell’ambito del secondo comma dell’art. 2086 c.c., a prevedere, in capo all’imprenditore che opera in forma societaria o collettiva, il dovere di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili che possano

⁴⁵ *Ibidem* nota 32.

essere considerati adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa (in applicazione del principio di proporzionalità).

Autorevole dottrina in materia, norme di comportamento e documenti di ricerca economico-aziendale, non sempre perfettamente sovrapponibili tra di loro, rappresentano, comunque, utili riferimenti a cui rifarsi nel tentativo di ricondurre ad ognuna delle due componenti (amministrativa e contabile) i singoli elementi che le caratterizzano.

Dal testo del secondo comma dell'art. 2086 c.c. emerge con sufficiente chiarezza la forte correlazione tra il concetto di assetto organizzativo e quello di assetto amministrativo-contabile, fino al punto di considerarli come un *unicum* rappresentato da disposizioni, procedure e prassi operative in grado di garantire che la gestione aziendale si sviluppi nel rispetto delle condizioni di equilibrio generale e di quanto previsto da leggi, regolamenti e disposizioni statutarie.

Gli assetti amministrativi e contabili, di fatto, rappresentano sottosistemi dei più ampi assetti organizzativi che *consentono di determinare e verificare, a livello previsionale e/o consuntivo l'andamento della gestione e i risultati dalla stessa prodotti in termini economico-finanziari*, favorendo la tempestiva rilevazione di situazione di crisi e perdita di continuità aziendale.⁴⁶

Secondo le Norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate (CNDCEC), il sistema amministrativo-contabile è (semplicemente) rappresentato dall'*insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di una informativa societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa*.

Un utile riferimento per l'inquadramento del contesto e l'individuazione delle differenze tra assetti amministrativi e contabili è fornito nello stesso documento che ascrive il riferimento degli assetti amministrativi ad una *dimensione dinamico – funzionale dell'organizzazione, intendendosi per tale l'insieme delle procedure e dei processi atti ad assicurare il corretto e ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi*.

L'assetto amministrativo può essere pertanto concepito come il contributo in termini di regole, strumenti e supporti, necessari per la produzione informativa da mettere al servizio delle successive elaborazioni da svolgere nell'ambito dell'assetto contabile. Nel senso di questa lettura va, ancora una volta, la norma di comportamento sopra richiamata che definisce l'assetto contabile come *quella parte degli assetti amministrativi orientati a una corretta traduzione*

⁴⁶ In tal senso Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale (SIDREA), Gruppo di Studio Diagnosi precoce e crisi di impresa, *Le parole della crisi. La lettura degli aziendalisti italiani*, marzo 2021, pag. 7.

contabile dei fatti di gestione, sia ai fini di programmazione, sia ai fini di consuntivazione per la gestione e la comunicazione all'esterno dell'impresa.

In linea anche SIDREA che definisce l'assetto amministrativo come il *sistema di disposizioni, procedure e prassi operative adottate dall'impresa che consentono di verificare la sussistenza delle condizioni di equilibrio del sistema aziendale mediante il confronto sistematico tra gli obiettivi perseguiti e i risultati conseguiti*, e come assetto contabile il *sistema di rilevazione dei fatti aziendali finalizzato alla rappresentazione veritiera e corretta della situazione patrimoniale, economica e finanziaria aziendale in coerenza con il framework normativo (tra cui i principi contabili applicabili) di riferimento.*

Quale componente del più ampio assetto organizzativo, l'assetto amministrativo può essere, pertanto, alternativamente ricondotto alla struttura amministrativa dell'azienda od essere considerato come vero e proprio supporto alla gestione nel suo contesto esecutivo.⁴⁷

In ogni caso, appare evidente come la produzione di un'informativa societaria tempestiva e qualitativamente rilevante, non solo di tipo consuntivo, ma anche previsionale, rappresenti necessaria fonte per una pluralità di soggetti che entrano in contatto, a diverso titolo, con l'azienda.⁴⁸

È pertanto ragionevole riportare all'assetto amministrativo l'insieme degli strumenti/sistemi di pianificazione, programmazione e controllo, e delle procedure per la gestione integrata, in grado di produrre le informazioni necessarie al management aziendale per prendere decisioni, monitorare l'evoluzione della gestione ed analizzare gli scostamenti tra risultati attesi e risultati consuntivati. In questo caso l'assetto amministrativo incorpora *i sistemi*

⁴⁷ P. BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, luglio 2021. Bastia provvede ad una distinzione tra il semplice inquadramento dell'assetto amministrativo nell'apparato amministrativo dell'azienda e il suo più ampio supporto fornito alla gestione aziendale nel suo momento esecutivo.

⁴⁸ P. BASTIA – E. RICCIARDIELLO, *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, in Banca Impresa Società, Il Mulino, 2020. Gli autori, in particolare, riferiscono che *“Lo scopo generale del sistema amministrativo-contabile è in sintesi quello di produrre informazioni rileganti e tempestive, anche di tipo predittivo, per il controllo sulla gestione da parte degli organi di amministrazione e di controllo, per il management, per le autorità di vigilanza (quando richiesto), per gli stakeholders per i necessari processi di comunicazione esterna (verso il sistema bancario, l'amministrazione finanziaria)”*.

*di pianificazione e controllo delle performance, parte dei sistemi di controllo interno e i sistemi informativi direzionali.*⁴⁹

Il diverso livello di approfondimento che può essere previsto nello sviluppo, nell'applicazione e nel mantenimento del sistema amministrativo è ascrivibile, ancora una volta, al diverso grado di complessità che caratterizzano le varie strutture organizzative. Vi sono imprese che, per caratteristiche del proprio business e per le dimensioni raggiunte, non possono prescindere dal prevedere l'applicazione di sistemi di pianificazione, programmazione e controllo caratterizzati da un certo grado di analiticità e raffinatezza, nonché da una tempistica inerente alla produzione informativa strettamente ravvicinata nel tempo.

In altre imprese, soprattutto quelle di piccole o piccolissime dimensioni, generalmente prive di strutturati sistemi orientati alla previsione delle informazioni, una sistematica applicazione di sistemi di controllo (ancorché semplificati), principalmente rivolti all'applicazione di un'analisi di tipo consuntivo, potrebbe comunque garantire un'utile informativa *per tenere sotto controllo ed orientare la gestione, individuando con immediatezza la presenza di indicatori che evidenziano il mancato rispetto delle condizioni di equilibrio del sistema aziendale*. In questo caso il ricorso ad informazioni generalmente appartenenti all'assetto contabile nell'esecuzione delle analisi delle *performance* (di natura consuntiva) può comunque rappresentare un primo elemento di evoluzione verso successive e più strutturate configurazioni del sistema di controllo aziendale⁵⁰.

Rivista dal legislatore nell'ambito del novellato art. 2 del c.c.i., è la stessa definizione dello stato di crisi, da intendersi quale *“stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi”*, a rendere evidente la necessità dell'applicazione di un approccio preventivo alla gestione⁵¹. Senza voler provocare una deriva del presente contributo nell'analisi

⁴⁹ Così Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale (SIDREA), Gruppo di Studio Diagnosi precoce e crisi di impresa, *Le parole della crisi. La lettura degli aziendalisti italiani*, marzo 2021, pagg. 9-10.

⁵⁰ Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale (SIDREA), Gruppo di Studio Diagnosi precoce e crisi di impresa, *Le parole della crisi. La lettura degli aziendalisti italiani*, marzo 2021, pag. 11.

⁵¹ Per un esaustivo approfondimento dell'evoluzione delle definizioni di crisi e insolvenza nel diritto della crisi si veda P. BASTIA, *Crisi e insolvenza dopo il Codice della Crisi*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, agosto 2022, pag. 6 e segg. L'autore evidenzia che con la prefigurazione dello stato di crisi, quale probabilità di futura insolvenza, non sia stata fornita dal

dell'evoluzione della definizione di crisi, appare doveroso ripercorre i passaggi fondamentali che hanno portato all'attuale definizione dello stato di crisi, anche al fine della più corretta individuazione degli strumenti da fare rientrare nell'assetto amministrativo-contabile e da adottare per la tempestiva emersione di questo stato. L'evoluzione della originaria previsione dello stato di crisi, inteso come quello *“di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore”*, in quella di *“stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore”*, ha reso evidente l'attenzione inizialmente posta dal legislatore sulla condizione di equilibrio economico-finanziario e non unicamente sull'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici di cui al novellato art. 2 del c.c.i. L'approccio metodologico di natura aziendalistica, naturalmente portato all'emersione anticipata degli squilibri di natura economica, è pertanto da ritenersi più in linea alla superata definizione di crisi rispetto a quella attuale. In tal senso anche il previgente art. 13 del c.c.i. che forniva un'ancora più ampia indicazione nel definire gli indicatori della crisi come *“gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario ... omissis ... rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi per i sei mesi successivi”*.

La capacità dell'impresa di rilevare tempestivamente la crisi, da porsi in stretta correlazione alla sua propensione all'impiego degli opportuni strumenti di analisi predittiva, varia a seconda delle sue caratteristiche. Sarà l'impresa moderna, caratterizzata da un management naturalmente portato e educato all'abituale all'utilizzo degli strumenti di pianificazione, programmazione e controllo, inclusivi delle soluzioni informatiche più adeguate alle caratteristiche ed esigenze informative aziendali, a adottare un approccio *ex ante* alla rappresentazione di una probabile situazione di insolvenza prospettica.

Diversa la situazione in cui potrebbe trovarsi l'impresa caratterizzata da una dimensione e da un grado di organizzazione interna che non prevede l'impiego di strumenti in grado di garantire analisi prognostiche. A questa tipologia di impresa non può che essere ricondotta l'esecuzione di una valutazione *ex post* dello stato di crisi da porsi in concomitante relazione con la sua manifestazione finanziaria.

L'analitica articolazione del sistema di pianificazione, programmazione e controllo rappresenta elemento di garanzia in termini di produzione informativa

legislatore una nozione “diretta” di crisi, ma esclusivamente di tipo “indiretta”, da intendersi quale *“involuzione della situazione presente di crisi verso lo stato di insolvenza”*.

per la gestione e per la conferma di adeguatezza dell'intero sistema amministrativo-contabile. La costante, e ripetuta nel tempo, applicazione di strumenti quali il piano industriale e il budget raggiunge lo scopo di favorire la previsione di scenari, definire le strategie e le azioni operative (di breve e di medio periodo) conseguenti all'applicazione delle stesse strategie.

In questo ambito particolare importanza ricopre la configurazione del sistema informativo. La raccolta, la registrazione, l'elaborazione, la conservazione e la successiva comunicazione delle informazioni all'interno della struttura organizzativa dovrebbe essere garantita da un'impalcatura informatica che preveda l'impiego di sistemi gestionali integrati (ERP e CRM). Questo consentirebbe, oltre che di incrementare la qualità delle informazioni prodotte, di velocizzarne il transito e, conseguentemente, favorire la definizione delle strategie e delle scelte conseguenti da parte del management aziendale.

Nel ricercare l'individuazione delle componenti nelle quali potrebbe concretizzarsi la struttura dell'assetto amministrativo è ragionevole rifarsi alla definizione e applicazione (anche per il tramite delle elaborazioni svolte nell'ambito dell'assetto contabile) di:

- un processo di redazione del piano industriale (e finanziario), che preveda il suo sviluppo in un orizzonte temporale di (almeno) tre-cinque anni, effettuato partendo dagli obiettivi del management e tenendo conto, tra le altre, della prevedibile evoluzione dello scenario macroeconomico, del mercato in cui opera l'azienda e dei suoi principali concorrenti. L'esecuzione di analisi di scenario e di *stress-test*, nonché la revisione (annuale) del piano rappresentano importanti fonti di aggiornamento informativo;
- un processo di *budgeting* che sia orientato all'analisi economica (rappresentata dai vari budget operativi), all'analisi finanziaria (rappresentata dall'elaborazione del rendiconto finanziario, del budget di tesoreria e dal calcolo del DSCR) e patrimoniale (budget patrimoniale e degli investimenti), nonché dall'analisi degli scostamenti, da effettuarsi in occasione della redazione dei report periodici o con altra tempistica ritenuta comunque adeguata alle caratteristiche ed esigenze informative dell'impresa;
- un processo di *forecasting* da prevedere con l'opportuna periodicità, anche alla luce di quanto emerso dall'analisi degli scostamenti;
- strumenti per la valutazione delle *performance*. Pur alla luce della molteplicità di questi strumenti, da prevedere anche in considerazione delle caratteristiche dell'impresa e dell'attività dalla stessa svolta, alcune variabili da identificare possono essere ricondotte ai fattori critici di successo (*key success factors*), a determinanti critiche della prestazione (*performance drivers*), nonché a quegli indicatori in grado di evidenziare il grado di raggiungimento dei risultati ottenuti da uno specifico processo rispetto agli obiettivi prefissati, quali

i cosiddetti indicatori chiave (*key indicators*) e gli indicatori chiave di prestazione (*key performance indicators*).⁵²

Possono essere ritenuti riconducibili e applicabili nell'ambito di un sistema di valutazione delle *performance* strumenti di analisi quali gli indici di bilancio (tra i quali sono presenti indicatori di redditività come il ROI e il ROE) e strumenti come la BSC – *Balanced Scorecard* o altri come i modelli di misurazione del valore creato. Allo stesso modo, a parere di chi scrive, possono essere attratti nell'elenco degli strumenti di valutazione delle *performance* anche il sistema per la valutazione degli investimenti (che preveda l'utilizzo di vari criteri quali ad esempio il VAN, il TIR, il *payback period*) e gli strumenti per la valutazione del capitale economico;

- un processo di *reporting*, così come progettato, sulla base delle caratteristiche e delle esigenze informative dell'azienda e degli individuati strumenti di valutazione delle *performances*. Rientranti in questa tipologia di intervento sono rilevabili, ad esempio:

- i report operativi e per unità organizzativa (es. statistiche di vendita, rilevamento dei tempi di produzione, dettaglio dei costi della struttura di un determinato comparto, il tasso di assenteismo del personale);

- i report operativi inerenti ai costi e agli investimenti controllabili (es. controllo dei costi della qualità e ottimizzazione delle scorte di magazzino),

- i report inerenti alla redditività per cliente e per singola unità organizzativa;

- i report finalizzati all'analisi economica (es. conti economici riclassificati, sia a livello *corporate* che divisionali), finanziaria (rendiconto finanziario e budget di tesoreria) e patrimoniale (es. stati patrimoniali riclassificati);

- il report integrato⁵³, da considerare quale elemento di comunicazione sintetica, non solo di natura finanziaria, il cui scopo è quello di illustrare e

⁵² Si veda O.I.B.R. – Organismo Italiano Business Reporting, *Informazioni non finanziarie per gli adeguati assetti e per la previsione delle crisi nelle PMI*, § B3.4. *Strumenti per la valutazione delle performance*, pag. 43 e segg., aprile 2022.

⁵³ Secondo l'IIRC un report integrato è una comunicazione sintetica che ha lo scopo di illustrare e dimostrare agli *stakeholder* come la strategia, la *governance*, le *performance* e le prospettive di un'organizzazione consentono di creare valore nel breve, medio e lungo periodo nel contesto in cui essa opera. Nell'anno 2018 il NIBR – Network Italiano Business Reporting, in collaborazione con l'IIRC e il WICI ha pubblicato lingua inglese il documento "Il Reporting Integrato delle PMI: Linee guida operative e casi di studio". Il risultato di questa attività è stato successivamente (2019) ripreso e portato a conclusione in lingua italiana da parte dell'Organismo Italiano di Business Reporting (O.I.B.R.).

dimostrare agli *stakeholder* aziendali come la *governance*, le strategie individuate, le *performance* realizzate e le prospettive future dell'organizzazione siano in grado di contribuire alla creazione di valore nel breve, medio e lungo periodo.⁵⁴

- La rendicontazione societaria di sostenibilità (integrabile nel report finanziario).⁵⁵

- L'insieme delle procedure e delle prassi operative per la gestione delle attività e delle risorse in modo coordinato (integrato), ovvero l'insieme delle soluzioni previste per l'efficiente, controllato e sostenibile raggiungimento degli obiettivi che l'organizzazione si è data. Tale supporto, da prevedere al servizio dello svolgimento dei processi aziendali (tutti), è inquadrabile nelle informazioni disponibili a livello cartaceo o informatico e riconducibili alla documentazione a sostegno dello sviluppo del ciclo attivo e passivo⁵⁶.

Nella ribadita difficoltà che si incontra nel ricercare una chiara individuazione (e distinzione) delle componenti nelle quali si articola l'assetto amministrativo-contabile, a quello contabile è ragionevole rifarsi con riferimento alla presenza di procedure, condivise e applicate ai vari livelli della struttura organizzativa, attinenti la raccolta, predisposizione ed elaborazione dei dati finalizzati, tra le altre, alla produzione dell'informativa necessaria alla redazione del bilancio d'esercizio (in applicazione dei principali contabili di

⁵⁴ Così come descritto da O.I.B.R. nel sopra richiamato documento dell'aprile 2022, *Informazioni non finanziarie per gli adeguati assetti e per la previsione delle crisi nelle PMI*, "il Report Integrato può essere considerato come un documento che integra e completa il tradizionale Bilancio di Esercizio. Il Bilancio di Esercizio fornisce infatti una parziale rappresentazione del valore dell'azienda., Essendo consuntivo riporta i risultati degli anni precedenti ed è orientato ad una visione di breve termine. Pertanto, il Report Integrato può essere incluso nel Bilancio di Esercizio (anche all'interno della relazione sulla gestione), oppure essere presentato come parte distinta e separata di un altro report o come un documento a sé stante. Il Reporting Integrato può, quindi essere sinteticamente definito come il processo basato sull'*'integrated thinking'*".

⁵⁵ In materia di rendicontazione societaria di sostenibilità si veda la Direttiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14/12/2022 che modifica il regolamento (UE) n. 537/2014, la direttiva 2004/109/CE, la direttiva 2006/43/CE e la direttiva 2013/34/UE.

⁵⁶ Si veda P. BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, luglio 2021, pag. 16. L'autore entra in uno specifico grado di dettaglio nel descrivere gli elementi da ascrivere all'assetto amministrativo nella componente riconducibile alla gestione integrata dei processi identificando distinte base e standard di lavorazione nell'area produzione; registri di carico e di scarico di magazzino; registri delle manutenzioni; registri dei rifiuti; contrattualistica commerciale e con i fornitori, con i vari listini prezzi e le scontiistiche; gestione degli ordini e delle consegne; modulistica, informativa per clientela, format informatizzati; codifiche di accesso all'operatività e ai dati gestionali, ecc."

riferimento) e alla rilevazione tempestiva della crisi e al successivo intervento di ripristino della situazione di equilibrio in contesto di continuità aziendale.

Nel tentativo di associare all'assetto contabile gli elementi che lo caratterizzano, tra le altre, ci si può riferire:

- alla definizione dei principi contabili di riferimento;
- alla contabilità generale (Co.Ge.);
- al sistema di contabilità analitica (Co.An.)⁵⁷;
- alla presenza di procedure per la gestione del processo contabile e per la verifica dei risultati consuntivi;
- all'elaborazione della produzione informativa preventiva e consuntiva, di natura strategica ed operativa, economica, finanziaria, patrimoniale e di tipo non finanziaria, così come definita e configurata, sulla base delle caratteristiche ed esigenze dell'azienda, nell'ambito dell'assetto amministrativo (a cui si rimanda).

A parere di chi scrive sono da ascrivere all'assetto contabile anche le elaborazioni che consentono la produzione delle informazioni previste dall'art. 3, co. 3, del c.c.i. al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa. Il risultato di tali elaborazioni dovrebbe trovare rappresentazione all'interno di documenti derivanti dall'esecuzione del processo di *reporting*, così come descritto trattando degli assetti amministrativi.

Ci si riferisce, in particolare:

- agli eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario (lett. a);
- alla verifica della sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi da effettuarsi per il tramite di un budget di tesoreria a dodici mesi *rolling* (lett. b);
- ai segnali di cui al co. 4 dell'art. 3 del c.c.i., riconducibili:

⁵⁷ In particolare, la struttura dell'assetto contabile può essere, pertanto, rappresentato, oltre che dalla contabilità generale (Co.Ge.), dalla presenza e applicazione del sistema di contabilità analitica e di determinazione dei costi di prodotto, da considerarsi elemento di fondamentale importanza ai fini di una puntuale, e soprattutto corretta, analisi delle marginalità. La corretta definizione del costo di prodotto/servizio, e la conseguente possibilità di raffinare l'attività di *pricing*, transita dalla necessaria applicazione di un sistema di contabilità analitica che preveda, tra le altre, la determinazione del costo (orario) di trasformazione industriale, ingrediente necessario per il perfezionamento della distinta base di prodotto, elemento troppo spesso non sufficientemente curato da parte delle imprese manifatturiere;

- all'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- all'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- all'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni;
- l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'art. 25-*novies* nei confronti dei creditori pubblici qualificati (Istituto nazionale della previdenza sociale, istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, Agenzia delle entrate e Agenzia delle entrate-Riscossione).
- All'utilizzo della lista di controllo particolareggiata e del *test* pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento dei cui all'articolo 13, comma 2, del D.Lgs. 14/2019.

Appare forse eccessivo ricondurre l'adeguatezza degli assetti di cui al comma 2 dell'art. 3 del c.c.i. alla capacità degli stessi di produrre le informazioni necessarie all'utilizzo della lista di controllo particolareggiata e del *test* pratico. Originariamente pensati nell'ambito del decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021, e da porsi in stretta relazione all'ambito di applicazione delle norme in materia di *"composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa"*, non appare chiara la motivazione per la quale agli stessi sia stata associata una rilevanza tale da renderli elementi imprescindibili ai fini della valutazione dell'adozione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

In particolare, non si ritiene trascurabile nemmeno il fatto che, in alcune sue componenti, il *test* pratico per la ragionevole perseguibilità del risanamento risulta meritevole di un approfondimento metodologico da parte del legislatore che dovrebbe favorirne la più ampia applicazione da parte degli imprenditori. La necessità dell'intervento appare confermata anche dalla contenuta percentuale di utilizzo del *test* da parte degli imprenditori che, nel primo anno di applicazione dell'istituto della composizione negoziata, hanno inoltrato istanza di nomina dell'esperto per il tramite della piattaforma telematica di cui all'art. 13 del c.c.i.

Le configurazioni di questi strumenti, attratti dal legislatore all'interno dell'art. 3 del c.c.i., la cui presenza è associata ad una seppur "indiretta" adeguatezza degli assetti, e la produzione informativa necessaria per garantirne l'applicazione, rischiano di rappresentare un elemento di criticità per i sistemi

amministrativi e contabili aziendali, *in molti casi non strutturati, senza che a tale sforzo corrisponda un'effettiva utilità in termini di upgrade informativo.*⁵⁸

La necessaria confrontabilità dei dati di natura consuntiva con quelli di natura preventiva, e la conseguente attività di analisi degli scostamenti, risulta garantita unicamente in presenza di linearità degli schemi e dei prospetti che compongono l'intero sistema di pianificazione, programmazione e controllo.

L'iter sequenziale delle informazioni in movimento tra l'assetto amministrativo e quello contabile potrebbe, pertanto, essere sintetizzato nei seguenti passaggi:

- l'assetto amministrativo individua e definisce gli obiettivi, le regole e gli strumenti con i quali produrre le informazioni;
- l'assetto contabile, rappresentando il sistema di rilevazione e di elaborazione delle informazioni, realizza gli *output* (non solo di natura consuntiva);⁵⁹
- l'assetto amministrativo analizza le *performance* aziendali sulla base di quanto precedentemente definito in termini di obiettivi e dei risultati ottenuti ed esplicitati dall'informativa prodotta dall'assetto contabile.

È dall'applicazione di questo approccio che deriva la possibilità di intercettare agevolmente, ma soprattutto tempestivamente, le situazioni di crisi e di insolvenza prospettica, favorendo il pronto intervento *per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*, così come auspicato dal legislatore.

A conferma, il nesso tra l'assetto amministrativo e il concetto di adeguatezza e di suo corretto funzionamento è desumibile dall'adozione di un approccio metodologicamente strutturato, e ripetuto nel tempo, degli strumenti riconducibili ai sistemi di pianificazione, programmazione e controllo, *con il supporto di idonee procedure operative ed efficaci sistemi informativi.*⁶⁰ Questo rappresenta l'imprescindibile punto di partenza per garantire l'adeguatezza dell'assetto amministrativo da ritenersi confermata nel caso in cui la direzione sia messa in condizione *di valutare tempestivamente gli andamenti economico finanziari dell'azienda e i loro effetti sulla situazione patrimoniale mediante il confronto fra obiettivi perseguiti (eventualmente formalizzati per il tramite di*

⁵⁸ A. QUAGLI, A. PANIZZA, *Gli adeguati assetti amministrativi e contabili in Adeguati assetti societari per la prevenzione della crisi*, a cura di A. DANOVÌ e G. ACCIARO, Milano, Il Sole 24 Ore, luglio 2022, pag. 99 e segg.

⁵⁹ L'assetto contabile include al suo interno le regole (procedure) da applicare nello svolgimento delle attività in esso incluse.

⁶⁰ *Ibidem* nota 50.

*budget) e risultati conseguiti, sia a livello complessivo sia, se del caso, a livello di singole combinazioni economiche, anche per mezzo di indicatori di performance consuntivi o prospettici.*⁶¹

La rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale, quale elemento necessario (e richiesto dalla norma) al sequenziale intervento finalizzato al superamento della crisi e al recupero della continuità aziendale, è tanto più favorita quanto maggiore è il livello qualitativo delle informazioni aziendali. Da qui la necessità di strutturare l'intero sistema informativo aziendale in modo tale da favorire il raggiungimento di questo obiettivo.

L'adeguatezza del sistema contabile è confermata in presenza di *completa, tempestiva e attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione, della produzione di informazioni valide e utili per le scelte di gestione e per la salvaguardia del patrimonio aziendale, nonché della produzione di dati attendibili per la formazione del bilancio*⁶² e per l'elaborazione di indicatori consuntivi, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale. Spingendosi nell'identificazione di alcuni profili di inadeguatezza dell'assetto contabile, SIDREA, li riconduce a:

- *procedure informatiche e/o software gestionali inadeguati;*
- *errori o ritardi significativi nell'aggiornamento della contabilità o nell'assolvimento degli adempimenti previsti dalla normativa tributaria;*
- *ritardi nella produzione di situazioni contabili e nella redazione dei bilanci di esercizio;*
- *errori o ritardi significativi nell'elaborazione degli indicatori economici previsti dalla normativa vigente in tema di rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale;*
- *ritardi o inefficienze nell'elaborazione delle informazioni necessarie per la gestione degli affidamenti bancari e dell'eventuali recupero dei crediti verso i clienti;*

⁶¹ Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale (SIDREA), Gruppo di Studio Diagnosi precoce e crisi di impresa, § 2.7. L'adeguatezza degli assetti amministrativi e contabili, marzo 2021, pag. 14 e 15.

⁶² Norma 3.7. *Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema amministrativo-contabile in Norme di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate* del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, gennaio 2021.

- errori o ritardi significativi in funzione della natura e caratteristiche aziendali, obbligatorie in base a disposizioni tributarie o volontariamente tenute.⁶³

Gli approcci delineabili nell'accertamento della crisi (in particolare quello interno - previsionale) devono ritenersi applicabili con il supporto informativo che deriva dall'assetto amministrativo e contabile dell'impresa. Tanto più la produzione informativa risulta articolata, tanto più il management aziendale potrà disporre di utili informazioni di dettaglio per la gestione.⁶⁴ Ancora una volta saranno la natura e le dimensioni dell'impresa, oltre che la sensibilità di chi la governa, a caratterizzare la configurazione dell'intero assetto amministrativo e contabile. Tale configurazione e l'applicazione delle procedure individuate condizioneranno, a loro volta, la valutazione della sua adeguatezza.

5. Conclusioni

Appare naturale, a fine contributo, riprendere i concetti espressi nell'iniziale inquadramento descritto.

Il cambio di paradigma imposto all'imprenditore (individuale o collettivo) dall'art. 3 del c.c.i., con la prevista adozione di misure idonee e di un adeguato assetto secondo quanto indicato dal co. 2 dell'art. 2086 c.c., associato al conseguente necessario (e auspicato) approccio *forward looking* richiesto dal c.c.i., deve provocare un profondo momento di generale riflessione. L'applicazione di un approccio squisitamente consuntivo e, in certi casi, disorganizzato alla gestione deve lasciare il campo ad altro ben più strutturato e riconducibile alla pianificazione strategica, alla programmazione e al puntuale controllo della gestione. La chiara definizione degli obiettivi da raggiungere, e le strategie da trasformare in azioni per il loro conseguimento, devono pertanto rappresentare elemento prioritario.

Questo approccio preventivo, unitamente all'altrettanto chiara e preventiva identificazione dei rischi aziendali, consente di limitare, o quanto meno di contenere, il verificarsi di situazioni di criticità che potrebbero risultare pregiudizievoli per la continuità. L'identificazione delle linee di responsabilità e dei relativi poteri, da porsi sempre in stretta relazione agli obiettivi, rappresenta ulteriore elemento di fondamentale rilevanza.

⁶³ *Ibidem* nota 61.

⁶⁴ Sui diversi tipi di approccio all'accertamento dello stato di crisi si (esterno, interno – consuntivo, interno – previsionale) si veda A. QUAGLI – A. PANIZZA in *Il sistema di allerta*, in *Crisi d'impresa e Insolvenza, IL CASO.it*, maggio 2019.

Il corretto (e formalizzato) approccio metodologico da adottare nello svolgimento di specifici processi interni deve essere rigorosamente previsto da parte degli amministratori, chiamati anche, per il tramite di specifiche funzioni (controllo interno), a vigilare sulla sua corretta applicazione.

La puntuale condivisione delle informazioni ai vari livelli della struttura organizzativa rappresenta altro elemento chiave per il miglioramento della necessaria comunicazione interna, così come il frequente aggiornamento delle previsioni, da far seguire all'analisi dei consuntivi e degli scostamenti con quanto originariamente programmato, costituisce essenziale momento di produzione informativa.⁶⁵

La capacità dell'imprenditore (e dei suoi professionisti) di individuare l'adeguata configurazione delle regole e dei comportamenti di buona gestione, da porre in relazione alle caratteristiche (tutte) dell'azienda, può rappresentare l'elemento in grado di decretare il successo (o l'insuccesso) di questo (ormai) innescato e necessario processo evolutivo.

⁶⁵ Si veda G. BIANCHI, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili in Assetti adeguati e modelli organizzativi*, opera diretta da M. IRRERA, Bologna, Zanichelli Editore, ed. 2020, pag. 149 e segg.

**ADEGUATI ASSETTI ORGANIZZATIVI, AMMINISTRATIVI E
CONTABILI DELL'IMPRESA.
IL NUOVO APPROCCIO IMPOSTO DAL (NUOVO) ART. 3 c. 3 e 4
C.C.I.I.**

MASSIMO ZANOLETTI

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Ambito soggettivo dell'art. 2086 2° co. c.c.; 3. La competenza per l'istituzione degli assetti; 4. Adeguatezza degli assetti e discrezionalità nelle scelte organizzative; 5. Le criticità applicative

1. Premessa

La questione relativa agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili dell'impresa è sbocciata in tutta la sua rilevanza e complessità grazie all'approvazione del d. lgs. n. 14/2019 – Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza –; più specificamente, per effetto dell'immediata entrata in vigore della nuova formulazione dell'art. 2086 c.c., integrato dall'art. 375 C.C.I.I. che ha aggiunto un secondo comma in cui sono espressi in termini perentori: **a)** da un lato, l'obbligo dell'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e dimensioni dell'impresa anche in funzione della tempestiva rilevazione della crisi e della perdita della continuità aziendale; **b)** dall'altro l'obbligo 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 aziendale¹.

¹ Osserva A. JORIO, *Codice della crisi: le categorie del disagio e la responsabilizzazione dell'imprenditore*, in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, 21 settembre 2022: "(...) l'irruzione nell'immaginario collettivo della prevenzione e dell'allerta è stata come un'illuminazione (...)"

Il legislatore è poi intervenuto con il successivo art. 377 C.C.I.I., anch'esso di immediata applicazione, integrando gli artt. 2247 c.c., 2380 bis c.c., 2409-novies, 2475 c.c. ribadendo il principio che la gestione dell'impresa debba esser svolta nel rispetto della disposizione dell'art. 2086 c.c. 2 co. e che l'istituzione degli assetti è prerogativa esclusiva degli amministratori.

L'integrazione dell'art. 2086 c.c. di cui al citato, nuovo, secondo comma è di grande rilievo ma non rappresenta una novità assoluta né sotto il profilo dei principi né di previsione normativa.

Il concetto di organizzazione è connotato alla definizione di imprenditore, anche nella sua forma di piccolo imprenditore, ed alla definizione di azienda anche se in una prospettiva di carattere essenzialmente funzionale: organizzare i beni per l'esercizio dell'attività di produzione e scambio di beni o servizi.

Da un punto di vista normativo, gli assetti organizzativi quale espressione di corretta amministrazione a tutela della società, dei soci e dei terzi trovarono già specifico riconoscimento in ambito codicistico all'esito della riforma del 2003 (artt. 2381 e 2403 c.c.) ed ancor prima nel Testo unico bancario, nel Testo unico della finanza, nella disciplina della responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche; ed ancora, nella normativa di contrasto al riciclaggio, in quella in tema di salute e sicurezza negli ambienti di lavoro, in quella relativa al regime di adempimento collaborativo tra contribuente ed amministrazione finanziaria, in quella delle società pubbliche ed infine nella normativa di recepimento della direttiva comunitaria 2014/95/UE riguardo le comunicazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di imprese e gruppi di grandi dimensioni.

L'obbligo di dotare l'impresa di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e dimensioni (vedremo quali e di che caratteristiche), grazie alla vetrina offerta dalla nuova disciplina sulla crisi di impresa, si è emancipato da normative di settore conquistando una nuova dimensione quale principio generale valido per tutte le attività d'impresa svolte in forma societaria e collettiva dando altresì nuovo smalto anche alla

Che strano fenomeno l'ingresso della prevenzione nel nostro ordinamento! Per decenni non se ne è voluto neppure sentir parlare, quasi si trattasse di una medicina sbagliata, diretta ad aggravare anziché a guarire, i malanni dell'imprenditore in crisi. E la disciplina degli assetti organizzativi, di recente introduzione, non andava oltre la regolamentazione della fisiologia dell'impresa.". Si veda inoltre, anche per riferimenti, S. AMBROSINI, *Adeguatezza degli assetti aziendali, doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi*, in CALLEGARI - CERRATO - DESANA (a cura di), *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, Torino, 2022, 1703 ss.

disposizione dell'art. 2381 c.c., ritenuta norma-matrice in tema di assetti organizzativi (e loro adeguatezza)².

Si tratta, tuttavia, non solo di un effetto enfatico derivante dalla attenzione spasmodica rivolta alla nuova normativa sulla crisi di impresa sin dal suo sviluppo embrionale; il C.C.I.I. ha affidato al dovere di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili la funzione strumentale, icastica espressione del principio di fondo più caratterizzante della nuova normativa, di consentire la tempestiva rilevazione della crisi con la (altrettanto tempestiva) conseguente assunzione da parte dell'imprenditore collettivo di idonee iniziative (art. 3 co. 2 C.C.I.I.) o, secondo la più ampia previsione dell'art. 2086 2 co. c.c., l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il ripristino della continuità aziendale.

L'art. 3 co. 1 C.C.I.I., colmando la lacuna della norma codicistica, si occupa anche dell'imprenditore individuale al quale impone l'adozione di misure idonee per rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie per farvi fronte, norma che pare una declinazione del principio di adeguatezza in base alla natura e dimensioni dell'impresa presente nell'art. 2086 2 co. c.c.

Si può concludere, quindi, che anche l'imprenditore individuale è chiamato a nuove responsabilità organizzative poiché le "misure idonee" non sono altro che una versione ridotta, per natura e dimensioni dell'impresa, degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili legate dalla comune finalità della tempestiva rilevazione della crisi³.

² M. FABIANI, *Dai finanziamenti alla adeguatezza dell'assetto finanziario della società*, in *Fall.*, 2021, 1312. S. AMBROSINI, *Adeguatezza degli assetti, sostenibilità della gestione, crisi d'impresa e responsabilità della banca: alla ricerca di un fil rouge (un'introduzione)*, in *Ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*, 19 maggio 2023, richiama anche l'art. 2403, che considera anzi l'antecedente più diretto, sul piano terminologico, della nuova disciplina.

³ Crisi di impresa ed adeguati assetti organizzativi sono due delle quattro espressioni verbali più ricorrenti nella nuova normativa; l'inserimento della parola "crisi" finanche nel titolo del nuovo codice ne testimonia "(...) lo spostamento del centro di gravità della nuova normativa in un momento logicamente e cronologicamente anteriore all'insolvenza: quello appunto della crisi (...)". La centralità assunta dalla nozione di "crisi" testimonia "...un diverso intento normativo non più prevalentemente volto a regolare la liquidazione dei beni dell'insolvente.....bensì soprattutto teso a favorire il più possibile il tempestivo risanamento dell'impresa in crisi". R. RORDORF *Crisi, continuità aziendale, adeguati assetti organizzativi, composizione negoziata: le parole chiave del nuovo codice (una prefazione)*, in *Ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*, 30 novembre 2022, il quale sottolinea altresì che in questa

L'organizzazione dell'impresa rileva non più solo in funzione del rispetto del canone di corretta gestione industriale-produttiva⁴ ma anche (forse soprattutto) quale strumento indispensabile affinché vi siano solidi presidi volti ad intercettare i segnali di crisi in un momento in cui la situazione non sia definitivamente compromessa e, grazie agli strumenti previsti dall'ordinamento, possa esser superata⁵.

In tale prospettiva rileva in termini più netti il profilo della responsabilità, rispettivamente, degli organi gestori, per la mancata adozione⁶, e di quelli preposti al controllo, per la mancata vigilanza, in rapporto di causa / effetto tra inadempienza e crisi che sfoci in una vera e propria insolvenza⁷.

2. Ambito soggettivo dell'art. 2086 2° co. c.c.

L'art. 2086 2 comma c.c., stando alla sua formulazione meramente letterale, riguarda l'imprenditore che operi in forma societaria e collettiva senza alcun accenno all'imprenditore individuale autorizzando interpretazioni volte a sottrarre quest'ultimo agli obblighi in esame.

nuova prospettiva, solo se l'impresa sarà dotata di adeguati assetti organizzativi sarà possibile avvertire i segnali di crisi con il necessario anticipo.

⁴ A. SERVADEI, *Gli obblighi e le opportunità del nuovo codice delle crisi di impresa e dell'insolvenza per l'amministratore giudiziario nominato nell'ambito delle misure di prevenzione*, in *Ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 3 novembre 2022.

⁵ Su adeguatezza degli assetti in chiave strumentale alla tempestiva emersione della crisi, interesse perseguibile in condizione di continuità o nelle situazioni, rispettivamente, di crisi, insolvenza o cd. "pre-crisi", responsabilità degli amministratori, vedasi S. AMBROSINI, *Appunti sui doveri degli amministratori di s.p.a. e sulle azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi e della miniriforma del 2021*, in *Ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 23 novembre 2021, contributo in occasione del quale l'Autore, a proposito della analisi della diversa ratio gestoria da adottare in situazioni in cui la crisi comincia a manifestarsi, del rilievo che in tale contesto assume l'interesse dei creditori alla conservazione del patrimonio aziendale e della scelta tra diversi strumenti per affrontare la crisi e l'insolvenza, osserva che *"..il problema principale resta in definitiva, in base all'id quod plerumque accidit nel mondo imprenditoriale italiano, quello di stimolare l'emersione tempestiva della crisi e di scongiurare l'aggravamento del dissesto."*

⁶ Cui si aggiunge la valutazione circa l'adeguatezza da parte degli amministratori privi di deleghe

⁷ M. ONZA, *Gli adeguati assetti organizzativi: tra impresa, azienda e società (appunti per uno studio)*, in *Ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 11 ottobre 2022.

Anche per questa problematica, ad avviso di chi scrive, sotto un profilo interpretativo c'è un prima ed un dopo rappresentato dall'evoluzione dell'art. 3 C.C.I.I.

Per quanto riguarda specificamente l'art. 2086 2° co. c.c. l'esclusione di ogni riferimento all'imprenditore individuale parrebbe una precisa scelta legislativa ascrivibile all'intento di semplificarne i doveri ed a ragioni tecnico-giuridiche riferite alla diversa esposizione in punto di responsabilità rispetto agli amministratori delle società di capitali ed ai soci- amministratori delle società di persone, ragioni che, tuttavia, parrebbero riguardare solo un faccia della medaglia mentre considerando la norma dell'art. 2086 quale norma regolatrice dell'attività di impresa⁸ tale dimenticanza assumerebbe la veste di una "disonia sistemica" da colmare con una lettura correttiva in sede interpretativa.⁹

Questa esigenza rimane, dato che l'art. 2086 2° co. c.c. non è mutato, ma il risultato che prima si sarebbe potuto ottenere attraverso "una lettura correttiva in sede interpretativa" – con tutte le relative criticità - ora potrebbe conseguirsi all'esito di una coerente interpretazione sistemica.

La rubrica dell'art. 3 C.C.I.I. disciplina l' "*Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa*" riprendendo, nella sostanza, il principio e relative finalità espressi dall'art. 2086 2° co. c.c.

Dentro questa cornice, il 1° co. dell'art. 3 C.C.I.I. disciplina l'obbligo dell'imprenditore individuale di adottare "*misure idonee*" a rilevare tempestivamente lo stato di crisi ed assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte adottando una declinazione più contenuta di tale obbligo rispetto a quelli imposti dal co. 2 all'imprenditore collettivo (manca il societario), coerente con il principio di proporzionalità alla natura e dimensioni dell'impresa.

Fin qui nulla di particolare, salvo trovare conferma, pur senza alcun riferimento alla disposizione codicistica, della funzione regolatrice dell'attività

⁸ Proprio la considerazione che "*se al centro degli assetti v'è l'impresae la funzionalizzazione degli assetti è su rilevazione e reazione della sua crisi non stupisce che di queste si predichi l'applicazione anche all'imprenditore non entificato in cui una organizzazione come altro da sé manca, mancando un ente ed allora affidandosi per la rilevazione a misure idonee*"; M. ONZA, cit.

⁹ V. DI CATALDO-D. ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensioni dell'impresa e business judgment rule*, in *Giur. Comm.* 2021, I, 69.

di impresa dell'art. 2086 2° comma c.c. quale norma di principio generale da adattarsi in funzione della natura e dimensioni dell'impresa.

È, invece, la previsione del 3 comma dell'art. 3 C.C.I.I., che comporta un radicale cambio di prospettiva. Essa, infatti, nonostante il silenzio serbato dall'art. 2086 2° co. c.c. rispetto all'imprenditore individuale, impone sia a quest'ultimo sia a quello collettivo (manca il societario), rispettivamente, che le misure adottate e gli assetti istituiti consentano le medesime rilevazioni, verifiche ed informazioni articolate nelle lettere a), b) e c) del medesimo 3 comma.

Ma se anche l'imprenditore individuale, apparentemente graziato in punto di adeguatezza dalla proporzionalità degli assetti alla natura e dimensioni dell'impresa, al fine di consentire alle realtà minori di adottare soluzioni compatibili sia in termini di costi sia in termini di apparato, deve comunque rilevare, verificare, ricavare quelle medesime informazioni richieste all'imprenditore collettivo è difficile negare che, in una logica di sistema, seppur poco coerente da un punto di vista formale, il principio espresso dall'art. 2086 2° co. c.c. nelle sue varie declinazioni, articolazioni, richiami, sia clausola e principio applicabile a tutti gli imprenditori, compresi quelli individuali.

La distonia sistematica di cui si parlava in precedenza viene reiterata dall'art. 3 C.C.I.I. a scapito dell'imprenditore societario, espressamente citato dall'art. 2086 c.c. 2°, in quanto la modifica apportata dal d. lgs. 83/2022 al 2° comma riferisce l'ambito soggettivo dell'obbligo di dotarsi degli assetti previsti comma al solo collettivo.

Se la distinzione tra imprenditore che operi in forma societaria e collettiva ha un senso, la mancata considerazione della prima categoria in termini così evidenti potrebbe autorizzare interpretazioni formalmente legittime per cui in caso di insolvenza l'imprenditore che operi in forma societaria potrebbe sottrarsi a responsabilità in presenza di un rapporto di causa / effetto tra inadempienza (mancata istituzione di adeguati assetti) e l'insolvenza stessa.

La portata generale della disposizione codicistica, rafforzata dalle norme relative alle diverse forme imprenditoriali, disinnesci nella sostanza questo rischio, in quanto le ipotesi di responsabilità addebitabili agli amministratori (ed agli organi di controllo per mancata vigilanza) sono perentorie nella definizione di un principio di sistema difficilmente superabile.

La modifica/integrazione dell'art. 3 C.C.I.I. ad opera del d.lgs. 83/2022 ha riempito uno spazio lasciato totalmente vuoto dal precedente intervento del legislatore agevolando il compito dell'interprete volto a definire quando gli

assetti organizzativi siano adeguati in relazione alle dimensioni ed alla natura dell'impresa; infatti, nel momento in cui le tre finalità non sono raggiunte ne deriva in via immediata un giudizio di non adeguatezza. Quest'ultima valutazione si sposta allora dal giudizio sulla concreta misura adottata alla sua astratta idoneità a consentire la rilevazione di eventuali squilibri di carattere patrimoniale ed economico-finanziario, in funzione delle modalità e mezzi attraverso i quali dovrebbe esprimersi.

Questi aspetti, oltre a quella sostanziale hanno anche una dimensione o, meglio, una rilevanza processuale legata al riparto degli oneri di allegazione e prova in base alla qualificazione del dovere previsto dall'art. 2086 2° comma c.c. in combinato con l'art. 3 2° e 3° comma C.C.I.I. nonché, giusto quanto detto poc'anzi, alla determinazione se l'obbligo sia stato adempiuto considerando le dimensioni e la natura dell'impresa.

3. La competenza per l'istituzione degli assetti

Non è questa la sede per ripercorrere il dibattito relativo alla questione della nuova formulazione dell'art. 377 C.C.I.I., che all'innovativo (e discusso) principio di esclusività della gestione in capo agli amministratori in tutti i tipi sociali, soluzione ora ricondotta come in precedenza alla sola s.p.a., ha sostituito quello più limitato per cui in tutti i tipi sociali il principio di esclusività riservato agli amministratori riguarda solo l'istituzione degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

Se l'intervento del decreto correttivo ha sopito il dibattito che era insorto in riferimento alla dirompente novità introdotta dall'art. 377 C.C.I.I. vecchio testo, qualche sintetico cenno va comunque svolto in merito al riparto di competenze e, correlativamente di responsabilità, ai fini della istituzione degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili analizzando se ed in quali termini **a)** nonostante la rinnovata (ed identica) formulazione degli artt. 2257, 2380 bis, 2475, si possa comunque individuare una qualche forma di interferenza dei soci in tutti i tipi societari; **b)** la disciplina concretamente applicabile in presenza di organi collegiali in cui convivano amministratori delegati, delegati su competenze diverse e deleganti.

Quanto al primo aspetto, forse più astratto che concreto, quantomeno nelle s.p.a., la riserva esclusiva riconosciuta agli amministratori dal decreto correttivo non dovrebbe “...precludere la possibilità di mantenere una voce in capitolo ai soci, ed anche formalmente all'assemblea, rispetto ai profili che non interferiscano sul dovere inderogabile degli amministratori di assicurare o

quantomeno perseguire il risultato dell'adeguatezza richiesto dalla legge"¹⁰. In tal senso l'autore rinviene significativi indizi anche nelle s.p.a., in cui "...il riparto di competenze è generalmente più rigido..." laddove lo statuto o la relazione sul governo societario approvata dall'assemblea preveda l'adesione a codici di autodisciplina che prevedano determinati assetti organizzativi; ovvero nelle ipotesi in cui sia demandata all'assemblea la nomina dei componenti dell'O.d.V. ai sensi del d. lgs. 231/2001, quale elemento strategico nella dinamica degli assetti; ed ancora con riferimento alla possibilità generalmente riconosciuta all'assemblea di approvare regolamenti di funzionamento di altri organi sociali o di governance.

A questa visione, che non riconosce nemmeno nelle s.p.a., quindi ancor meno negli altri tipi, una assoluta esclusione dell'intervento dei soci nelle scelte di carattere organizzativo¹¹, tuttavia, fa da contraltare quella che traccia una rigida distinzione tra gestione organizzativa (riservata agli amministratori) e gestione operativa permeabile anche all'intervento dei soci.

Tuttavia, se è indiscutibile che la responsabilità sia per la mancata adozione sia per l'inadeguatezza degli assetti faccia capo in via esclusiva agli amministratori si deve concludere che anche aderendo alla tesi che riconosce in astratto un ruolo ai soci /assemblea gli amministratori possano legittimamente disattendere le indicazioni loro fornite - anche in esito ad autorizzazione ex art. 2364 co. 1 n. 5¹² - ridimensionando in pratica l'intervento dei soci/assemblea a potenziale ruolo consultivo non vincolante.

Sulla ripartizione di competenze in presenza di delega di funzioni, ad avviso di chi scrive, è necessario un approccio scevro da eccessivi tecnicismi ma rispettoso del dato normativo e della ratio ad essa sottesa. In tale prospettiva appare chiaro che, in astratto, l'istituzione degli assetti potrebbe essere comunque riservata all'organo collegiale ma è altrettanto chiaro che solo il

¹⁰ Così A. MIRONE, *Assetti organizzativi, riparto di competenze e modelli di amministrazione: appunti alla luce del decreto correttivo del Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. Comm.*, 2022, I, 183.

¹¹ Per A. MIRONE, cit., "(...) la mancanza di sufficiente lunghezza di braccio tra soci ed amministratori nelle società non azionarie finisce per accreditare l'idea di un valore declamatorio e ideologico della soluzione adottata" (quella del nuovo testo dell'art. 377 c.c.i.i., n.d.r.)

¹² Si tratta poi di capire se ed in quali termini gli amministratori siano tenuti a motivare il loro diverso intendimento rispetto alle indicazioni ricevute; motivazione che potrebbe trarsi anche in via indiretta in forza di una scelta discrezionale, benché razionale e giustificata, i cui presupposti siano incompatibili con le indicazioni ricevute.

soggetto o l'organo che operano in stretto rapporto con la struttura aziendale possano disporre della conoscenza delle specifiche problematiche e quindi esprimere maggior consapevolezza circa l'articolazione degli assetti; il che si traduce nella adeguatezza degli stessi.

Ciò porta alla conclusione che in presenza di quella che viene definita una delega piena ad un Amministratore delegato sarà quest'ultimo a dover curare (istituire) adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, riservata al collegio la funzione di valutazione.

A diversa conclusione si deve giungere in presenza di deleghe parziali: infatti, se può esser logico demandare ai singoli delegati la cura degli assetti nelle aree di rispettiva competenza non può negarsi che sia poi necessaria un'operazione di sintesi dei vari interventi al fine di evitare potenziali criticità derivanti dal loro mancato coordinamento. Tale sintesi non può che maturare nella sede collegiale nel contraddittorio tra delegati e deleganti per dare coerenza complessiva e cioè, in definitiva, adeguatezza agli assetti istituiti.

L'intento pratico che ispira questo modesto intervento volutamente trascura la problematica della possibilità di conferire una delega per l'istituzione degli assetti al Direttore generale. A prescindere dal tenore letterale della norma che riserva in via esclusiva agli amministratori l'istituzione di adeguati assetti, la scelta positiva si dovrebbe declinare in variabili e limitazioni tali che, nella maggior parte delle società, creerebbero estrema incertezza sia in ordine alle competenze sia in ordine alle responsabilità¹³.

Diverso aspetto, invece, riguarda invece il coinvolgimento del management operativo nella materiale istituzione degli assetti; esso, infatti, non potrebbe esser interpretato come ablazione di fatto di prerogative degli amministratori ma, al contrario, quale opportuno e virtuoso percorso *per intercettare tutte le criticità ed anomalie con la consapevolezza del grado di rischio e prontezza di rilevazione*¹⁴ da parte di coloro che le affrontano quotidianamente.

Quanto sin qui espresso può esser speso, in linea di massima, sia per le società per azioni sia per quelle a responsabilità limitata¹⁵. Per queste ultime,

¹³ Il richiamo in proposito svolto alle società vigilate, in particolare alle banche, conferma che si tratta di una soluzione sofisticata adottabile all'interno di un sistema ben diversamente articolato

¹⁴ Così P. BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione*, in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, 27 luglio 2021.

¹⁵ Appare poco razionale la prospettazione sostenuta da qualche autore secondo cui, anche in presenza di una delega piena, "(...) il livello di managerialità attenuato nella s.r.l. rispetto

tuttavia, qualche autore ha ritenuto che l'intervento dei soci possa contare su qualche spazio in più nelle ipotesi di amministrazione esercitata in via disgiunta.

In proposito è stato osservato che il principio che riserva l'esclusiva agli amministratori per la cura (istituzione) di adeguati assetti (art. 2475 c.c. 1 co.) non impedisce che tale attività possa esser oggetto di delega, in forza del richiamo, in quanto compatibile, all'art. 2381 c.c. che riconosce esplicitamente tale soluzione.

Nel caso di amministrazione disgiunta spetterebbe quindi a ciascun amministratore la cura degli assetti con la conseguenza che nel caso di veto espresso da uno di essi ai sensi dell'art. 2257 2° co. c.c., applicabile alla s.r.l. per effetto del richiamo specifico contenuto nell'art. 2475 c.c. 3° co., sarebbe poi devoluta ai soci la decisione sul veto (*rectius*, sull'*opposizione*, art. 2257 3° co. c.c.).

Questa eventualità, tuttavia, non appare idonea a smentire il principio della esclusività espresso, tra gli altri, dall'art. 2475 1° co. c.c. nelle s.r.l. o a disincentivare l'adozione del sistema disgiuntivo¹⁶ per effetto di un potenziale intervento dei soci nel caso di veto espresso da uno degli amministratori.

4. Adeguatezza degli assetti e discrezionalità nelle scelte organizzative

Il dovere imposto agli amministratori circa l'istituzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili è declinato secondo il principio di adeguatezza in base alla natura ed alle dimensioni dell'impresa.

Il concetto di adeguatezza sulla base della originaria formulazione dell'art. 3 C.C.I.I. lasciava spazio ad ampi margini di interpretazione circa il contenuto dell'obbligo ex art. 2086 2 co. c.c. che, tuttavia, con la nuova formulazione della norma speciale paiono essersi decisamente ridimensionati.

Inizialmente, infatti, la predisposizione di un assetto organizzativo era declinata secondo un obbligo non predeterminato nel suo contenuto; la clausola

alla s.p.a. e il maggior contatto del singolo amministratore con la struttura aziendale (tendenzialmente interessato anche uti socius)” si potrebbe riferire all'organo collegiale la cura degli assetti “(...) anche in ragione delle minori ragioni efficientistiche proprie del tipo in questione (...)” – A. MIRONE, cit.

¹⁶ Fattispecie, comunque, più pertinente alle società di persone che non alle s.r.l., in cui anche statisticamente l'amministrazione disgiuntiva rappresenta scelta residuale

di adeguatezza appariva di per sè elastica al pari della diligenza dovuta nel realizzare la scelta gestionale¹⁷.

Secondo il nuovo testo dell'art. 3 C.C.I.I., gli assetti devono consentire di: i) rilevare squilibri di carattere patrimoniale ed economico-finanziario; ii) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità per almeno dodici mesi; iii) ricavare determinate informazioni per utilizzare la lista di controllo particolareggiata disponibile sulla piattaforma telematica presso le C.C.I.A.A.;

dal combinato tra il principio generale espresso dall'art. 2086 c.c. 2° co. (gli assetti sono strumentali anche alla tempestiva rilevazione della crisi e della perdita della continuità) ed il nuovo art. 3 C.C.I.I. il concetto di adeguatezza è ora declinato secondo una rigida prospettiva funzionale.

Se, ad esempio, in occasione di una attività di verifica non sono in grado di rilevare squilibri di carattere patrimoniale o verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità per almeno dodici mesi l'inadeguatezza degli assetti è oggettiva.

In questa nuova prospettiva l'obbligo di corretta amministrazione non può più declinarsi secondo un contenuto prettamente procedimentale (valutazione non del contenuto, vincolato, quanto del procedimento decisorio)¹⁸, bensì in funzione del raggiungimento degli obiettivi posti dalla norma.

Certamente il procedimento decisionale mantiene un proprio rilievo dovendo condursi secondo criteri di non manifesta irragionevolezza ma, a parere di chi scrive, viene svalutato nel momento in cui la norma non si limita più ad imporre scelte organizzative solamente adeguate (che, quindi, potrebbero manifestarsi inadeguate ex post) ma le vincola al raggiungimento di uno specifico risultato che non pare tollerare approssimazioni di sorta.

Le scelte organizzative, quindi, si devono esprimere nel rispetto della specificità dell'obbligo previsto dal combinato tra l'art. 2086 2 co. c.c. ed il

¹⁷ “L'esistenza di un ambito discrezionale entro il quale gli amministratori possono compiere le loro scelte aventi carattere organizzativo deriva dal fatto che il legislatore ha utilizzato come criterio di condotta, a cui costoro devono attenersi nella configurazione e nella verifica degli assetti societari, la clausola generale dell'adeguatezza.” così L. BENEDETTI, *L'applicazione della business judgment rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, 284.

¹⁸ V. CALANDRA BONAURA, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi nella s.p.a.*, in *Giur. Comm.* 2020, I, 439.

nuovo art. 3 C.C.I.I.) a differenza di quello gestorio che sarebbe governato dalla discrezionalità e diligenza professionale (2392 c.c.).

Quindi, rispettivamente, **i)** le misure che l'imprenditore individuale dovrà adottare saranno idonee e **ii)** l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile che l'imprenditore collettivo dovrà istituire saranno adeguati nel momento in cui le une e l'altro consentiranno di rilevare, verificare e ricavare i dati e le informazioni di cui alle lettere a), b) e c) del terzo comma dell'art. 3 C.C.I.I.

In diretta conseguenza di quanto testè esposto rileva la questione della discrezionalità (o meno) nelle scelte organizzative. Il dibattito suscitato tra gli addetti ai lavori dall'art. 2086 2 co. c.c. ha coinvolto molteplici aspetti e competenze. Una delle questioni più discusse riguarda la applicabilità della *Business Judgment Rule* alle scelte organizzative adottate dagli amministratori¹⁹.

Il principio che ha trovato sino ad oggi il suo terreno d'elezione nell'ambito della gestione delle società e rilievo, in particolare, nelle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori, si sostanzia nell'insindacabilità del merito delle scelte gestorie a condizione che queste ultime rispondano a criteri di ragionevolezza e di non manifesta irrazionalità all'esito di un diligente processo di valutazione dei possibili margini di rischio.

In tal modo si sottrae la scelta ad una valutazione esclusivamente in base al suo risultato frutto di comode valutazioni ex post svolte da soggetti privi di specifiche competenze imprenditoriali mortificando la legittima assunzione del rischio imprenditoriale che, per quanto gestito secondo criteri di non manifesta irrazionalità e puro avventurismo, è fisiologico nella conduzione di un'impresa al fine di incrementarne il valore.

Questo principio, sebbene non codificato esplicitamente, se ormai può dirsi acquisito nel nostro ordinamento quanto alle scelte gestorie suscita ancora discussioni con riferimento alle scelte organizzative.

Tuttavia, il dibattito sviluppatosi sulla base della normativa antecedente alla introduzione nell'art. 2086 c.c. del 2° co. ad opera dell'art. 375 del d. lgs. 14/2029 e successivamente di questa norma nel contesto della originaria formulazione dell'art. 3 del C.C.I.I. merita una rimeditazione e conseguenti diverse valutazioni alla luce della diversa disciplina normativa, complementare

¹⁹ Per un articolato excursus sull'origine del principio e della sua applicazione, si veda F. PICCIONE, *L'applicabilità della B.J.R. alle scelte organizzative degli amministratori*, in *IlSocietario.it*, 22.9.2020.

al 2° co. dell'art. 2086 c.c., maturata con la novella del 2022 con cui è stato significativamente integrato l'art. 3 C.C.I.I.²⁰

Nel vigore dell'originaria formulazione dell'art. 3 C.C.I.I. le due tesi che si contrapponevano articolavano i propri ragionamenti richiamando principi di carattere generale; coloro che erano favorevoli all'applicazione della B.J.R. alle scelte organizzative, in estrema sintesi, affermavano che la funzione organizzativa è parte del più vasto ambito della gestione sociale ed al pari di essa deve poter esser esercitata secondo un insopprimibile margine di libertà

²⁰ L'originario art. 3 C.C.I.I. disponeva "1. *L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.*

2. *L'imprenditore collettivo deve istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.*" Il d. lgs. n. 83/2022 ha introdotto gli ulteriori commi 3 e 4 che così dispongono "3. Al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa, le misure di cui al comma 1 e gli assetti di cui al comma 2 devono consentire di:

a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;

b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4;

c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2.

4. Costituiscono segnali per la previsione di cui al comma 3:

a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;

b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;

c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni;

d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25-novies, comma 1.

che si esprime nel rispetto di un obbligo non predeterminato nel suo contenuto²¹, che acquisisce concretezza solo avuto riguardo alla specificità dell'impresa esercitata e del momento in cui quella scelta organizzativa viene posta in essere non in base a rigidi parametri ma ai principi elaborati dalle scienze aziendalistiche ovvero da associazioni di categoria o dai codici di autodisciplina²²;

i sostenitori della legittimità del sindacato giudiziale sulle scelte organizzative, motivavano la loro contraria posizione invocando una sorta di differenza ontologica fra *atti di organizzazione* e *atti dell'organizzazione*, qualificando il dovere degli amministratori quale obbligo a “*contenuto specifico*” a differenza dell'obbligo gestorio che avrebbe un “*contenuto generico*”; il primo sancito dall'art. 2086 (oltre che dalle norme dei singoli tipi societari), il secondo governato dal criterio della diligenza professionale evocato dall'art. 2392 c.c.; infine sulla base della considerazione che “*l'organizzazione dell'impresa non è [dunque] un atto di libertà, ma è il risultato dell'esercizio di un potere funzionale, da esercitare secondo criteri di discrezionalità tecnica*” e che quest'ultima è soggetta a sindacato giudiziario nel contenuto, normalmente “*solo in caso di errore tecnico evidente*”, ma anche “*pieno e penetrante*” ove sussista violazione di regole tecniche di univoca lettura.²³

Non è la sede per ulteriori approfondimenti in relazione alle due tesi esposte ma preme sottolineare, ovviamente con tutto il rispetto per gli illustri autori citati, che il profilo della genericità o specificità dell'obbligo ex art. 2086 2° co. c.c. è stato utilizzato quale uno degli elementi dialettici a sostegno dell'una o dell'altra tesi mentre, in realtà, rappresenta(va) il presupposto di fondo da cui, coerentemente, sviluppare i conseguenti passaggi argomentativi. La scelta dell'una o dell'altra opzione, all'evidenza, rappresenta il punto di partenza condizionante una determinata conclusione.

Ciò trova conferma esaminando gli effetti della nuova formulazione dell'art. 3 C.C.I.I. che ha radicalmente mutato i termini della questione o, più

²¹ Su questo aspetto si richiamano le ordinanze del Tribunale di Roma, rispettivamente, ord. cautelare monocratica 8.4.2020 e quella collegiale del 15.9.2020 a seguito di ricorso ex art. 2409 c.c., le prime pronunce nel nuovo contesto normativo.

²² S. FORTUNATO, *Atti di organizzazione, principi di correttezza amministrativa e business judgment rule*, in *Giur. Comm.*, 2021, II, 1373.

²³ Così M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. Comm.*, 2021, I, 5 ss. a sua volta citato da S. FORTUNATO, nota 4

precisamente, i presupposti dai quali trarre spunto per formulare le opportune conclusioni.

Se, infatti, in precedenza si poteva condivisibilmente distinguere tra l'obbligo di istituire gli assetti organizzativi (an) privo di qualsiasi margine di discrezionalità, ed il come realizzarli (quomodo) che, al contrario, grazie alla clausola di adeguatezza consentiva un margine di discrezionalità agli amministratori²⁴ i nuovi commi 3 e 4 dell'art. 3 C.C.I.I. blindano la condotta degli amministratori eliminando di fatto qualsiasi margine di discrezionalità²⁵.

Le misure e gli assetti, infatti, devono consentire di:

a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;

b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4;

c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2.

Questa previsione è ulteriormente rafforzata dalle evidenze di cui al co. 4 che, eufemisticamente, lasciano poco spazio ad esercizi di discrezionalità.

La disposizione dell'art. 2086 2 co. c.c. integrata dal nuovo art. 3 C.C.I.I. si emancipa dal generico concetto di adeguatezza ed il combinato di tali norme determina il contenuto dell'obbligo dell'adozione delle misure e dell'istituzione degli assetti organizzativi mediante una puntuale indicazione degli elementi che, in funzione della tempestiva rilevazione dei segnali di crisi, il buon imprenditore deve trarre dalle misure e dagli assetti.

²⁴ L. BENEDETTI, *L'applicazione della business judgment rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2021, 284.

²⁵ Parla di "esito segnaletico" S. FORTUNATO, *Crisi di impresa e assetti adeguati nella riforma Cartabia (partendo dal percorso culturale di Alberto Jorio)*, in *Ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*, 23.5.2022, che, tuttavia, afferma che l'articolazione dell'obbligo imprenditoriale mediante una clausola generale che guarda ai risultati da conseguire piuttosto che al contenuto strutturale dell'obbligo, mantiene aperto lo spazio di discrezionalità gestoria "...e mi riconferma nella possibilità di invocare la BJR nelle relative decisioni amministrative come pure ribadito in due recenti ordinanze/sentenze del Tribunale di Roma....". Le due decisioni, tuttavia, risalgono al 2020 quando ancora non era in vigore il nuovo articolo 3 C.C.I.I. e, sommessamente, è proprio l'indicazione del risultato da conseguire che costituisce una decisa limitazione all'esercizio della BJR in siffatta materia.

L'adeguatezza, quindi, è ora declinata attraverso l'indicazione del risultato da raggiungere ed in questa prospettiva pare difficile negare che ormai si sia in presenza di un obbligo specificamente tipizzato: dall'adozione delle misure e degli assetti si devono **rilevare, verificare e ricavare** specifiche e vitali informazioni e grazie alle misure ed agli assetti l'imprenditore può intercettare quei segnali che sono sintomatici di una crisi imminente.²⁶

In questo nuovo contesto si dovrà, forse, rimeditare anche l'applicazione del principio di proporzionalità delle scelte organizzative in base alla natura e dimensioni dell'azienda. Infatti, se prima della modifica ad opera del d. lgs. n. 83/2022 tra adeguatezza e proporzionalità correva un rapporto di genere a specie ora la situazione è radicalmente mutata. Se, infatti, si concorda con quanto detto in precedenza che ormai l'obbligo dell'adozione degli assetti è specifico dovendo essi fornire specifiche informazioni all'imprenditore si deve convenire che, come rilevato, la condizione di adeguatezza è assorbita dalla più puntuale indicazione normativa. Ne deriva altresì che anche il principio della proporzionalità viene sostanzialmente svuotato di significato perché comunque

²⁶ Con ciò pare doversi archiviare altresì quella tesi, estrema e comunque difficilmente condivisibile anche sotto il vigore della precedente formulazione, secondo cui evidenziando la distinzione dell'obbligo tra il "se" predisporre gli assetti, comportamento imposto dal diritto positivo privo di alcun margine di discrezionalità ed il "come" predisporre che, in forza del il rinvio alla clausola generale dell'adeguatezza implica la sussistenza di una pluralità di possibili opzioni e, pertanto, di un margine di discrezionalità; giungeva alla conclusione che per evitare la responsabilità da inadempimento di predisposizione (il "se") l'organo gestorio deve trattare il problema e assumere una decisione in merito alla (eventuale) costruzione degli stessi mediante un'istruttoria esaustiva al riguardo;

diversa, invece, sarebbe l'ipotesi in cui l'organo delegato tratti la questione, ma ritenga, con una decisione non manifestamente irrazionale — ossia assunta con quelle cautele, con quelle verifiche e all'esito di quelle informazioni preventive propedeutiche per una scelta del genere e razionalmente coerente con il procedimento istruttorio — di non strutturare gli assetti ex art. 2381 c.c., in realtà necessari in base alla natura e alla dimensione dell'impresa: in tal caso la scelta sarebbe da considerarsi non sindacabile dal giudice, sebbene si riveli *ex post* erronea, perché il dovere specifico di curare la struttura organizzativa dell'ente è stato comunque assolto e la decisione assunta rientra nel *safe harbour* della regola in esame (L. BENEDETTI, cit.)

Detta tesi è francamente poco comprensibile poiché anche sotto il vigore del combinato tra l'art. 2086 2° co. e precedente art. 3 C.C.I.A.A. l'obbligo, seppur generico, esisteva ed i margini di discrezionalità riguardavano il come realizzarlo non il se; senza considerare che appare un'ipotesi di scuola ipotizzare che un'impresa possa intercettare segnali di crisi senza alcuna misura od assetto perché un conto è la proporzionalità in base alla natura ed alle dimensioni altro è la totale omissione.

le misure e gli assetti, per quanto organizzati in base alle risorse disponibili della singola realtà, dovranno comunque fornire le informazioni di cui si è detto.

Il requisito della proporzionalità rischia quindi di essere confinata nell'ovvio: più grande e complessa è la realtà aziendale altrettanto lo saranno le misure e gli assetti adottati benché in ogni caso funzionali a fornire le informazioni previste dalla legge; ben diversamente da prima quando la proporzionalità riguardava anche merito e tipologia di misure ed assetti insediata com'era nel generico contesto di adeguatezza priva di riferimenti specifici.

Diversamente, ma parrebbe una lettura eccessivamente "eversiva", la proporzionalità potrebbe esser elemento funzionale a giustificare nelle realtà di minime o piccole dimensioni, in ragione dell'investimento economico, la scelta (gestionale e non meramente tecnica) di non adottare misure ed assetti i cui costi potrebbero esser sproporzionati rispetto alle risorse complessivamente disponibili.

In questi termini, appare sotto una luce diversa quella tesi, che sotto il vigore della disciplina del vecchio art. 3 C.C.I.I. pareva alquanto opinabile, secondo cui *"V'è da domandarsi allora se a fronte di un imprenditore individuale microdimensionato sia corretto esigere una struttura organizzativa formalizzata per la rilevazione tempestiva dei segnali di crisi o non si debbano valutare le specifiche caratteristiche della concreta organizzazione d'impresa pur non formalizzata o procedimentalizzata per un sindacato ex ante della scelta organizzativa minimale compiuta, dovendosi allora interpretare l'affermazione del Tribunale di Roma in merito alla omissione di qualsiasi misura organizzativa come inerzia assoluta a fronte di segnali di crisi più che come assenza di strutture formalizzate nelle piccole realtà imprenditoriali"*²⁷.

5. Le criticità applicative

Se, quindi, la nuova formulazione dell'art. 3 C.C.I.I. può aiutare l'interprete²⁸, lo sforzo necessario da compiere è quello di tradurre i principi e le disposizioni sopra esaminate in un linguaggio che, nel rispetto della legge, sia comprensibile ed accettato dagli imprenditori. E' da condividersi l'auspicio che si giunga ad *"...una riqualificazione della cultura manageriale all'interno dell'azienda, affinché evolva – specie nelle piccole imprese prevalentemente a capitalismo familiare (ma non solo) – da stili di direzione informali e da*

²⁷ S. FORTUNATO, cit.

²⁸ Potremmo definirlo "qualificato", studiosi, magistrati, consulenti

approcci empirici (tipici della cosiddetta azienda imprenditoriale) verso l'adozione di sistemi e di soluzioni professionalmente aggiornati e sufficientemente formalizzati, a costi ragionevoli e coerentemente con le dimensioni e peculiarità dell'azienda, evitando altresì indesiderate forme di burocratizzazione..”²⁹.

Tuttavia, passando dalle petizioni di principio alla concreta realtà, appare oggettivo che in generale gli interventi dei vari commentatori abbiano quale riferimento, potremmo dire prospettico, fattispecie difficilmente applicabili alla maggior parte delle imprese che costituiscono il tessuto economico del paese³⁰.

L'obiettivo a tendere, si afferma, deve essere quello cd. manageriale caratterizzato da **a)** un sistema di governance non embrionale (composizione quantitativa e qualitativa del C.d.A., sistema di deleghe, organi di controllo, organo di revisione, O.d.V., codice etico, protocolli, etc.; **b)** struttura organizzativa formalizzata; **c)** assetto manageriale sviluppato (gestione per obiettivi, budgeting, reporting manageriali, meccanismi di coordinamento, autonomie decisionali, disegno delle responsabilità) (BASTIA, cit.); risulta di tutta evidenza che l'idea di impresa che ne deriva sarà difficilmente accettata solo che si abbia riguardo alle unità operative da dedicare ed in generale ai costi che essa richiede.

Una impresa, salvo quelle di maggiori dimensioni, difficilmente sarà disponibile a caricarsi di costi ulteriori rispetto a quelli che già sopporta per gli organi imposti dalla legge (organo di controllo, società revisione/revisore unico) come icasticamente dimostrato dalla riluttanza a dotarsi di un modello

²⁹ P. BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese; criteri di progettazione*, in *Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 27 luglio 2021.

³⁰ Trattando della composizione negoziata, ma il concetto vale anche per gli assetti, esprime questa identica perplessità A. JORIO, cit., il quale osserva che “*Qui sta una sorta di scommessa del nostro legislatore che l'imprenditore in difficoltà sia in grado di muoversi tempestivamente, prima che la situazione degeneri e le difficoltà divengano insormontabili e quindi ingestibili. Perché questo atteggiamento sia sufficientemente diffuso occorre a mio avviso un salto di qualità del quale, onestamente, non si può dire che sussistano oggi le avvisaglie. Ho già avuto occasione di esprimere le mie perplessità al riguardo, almeno con riferimento alla situazione diffusa delle piccole e medio-piccole imprese italiane. Un largo numero di queste imprese è a conduzione familiare: nella stessa persona, che magari ha fondato l'impresa, si sommano i poteri dell'assemblea, che lo ha nominato amministratore e ha designato i sindaci. In questa concentrazione di poteri risiede il rischio che i segnali di allerta non siano avvertiti o interpretati tempestivamente nella loro effettiva gravità.*”

organizzativo ex d. lgs. 231/2001³¹. E ciò non solo, mediamente, per la tendenza dell'imprenditore espressione di capitalismo familiare, ad accentrare la gestione dando una mera connotazione estetica, quando esistono, alle deleghe ad altri soggetti; ma soprattutto per i costi che l'implementazione di una struttura per così dire manageriale comporta. Costi che, stando all'esempio del M.O.G. ex d. lgs. 231/2001 non si limitano a quelli iniziali per le attività – complesse e molteplici – di predisposizione del modello ma si cronicizzano nel compenso da riconoscere all'O.d.V. e nella dotazione economica da riconoscergli per l'espletamento del mandato. Si potrà poi discutere se i potenziali benefici che derivano dall'adozione del modello ex d. lgs. 231/2001 compensino i costi sostenuti e se, in definitiva, dotarsi di tale presidio esprime tutela per la società, soci, stakeholders, non solo in caso di commissioni di reati da parte dei soggetti apicali o sottoposti alla loro vigilanza e direzione, ma anche in funzione di quell'adeguatezza degli assetti richiesta dall'art. 2086 2° co. c.c. e accolta nel C.C.I.I.

La consapevolezza che questo è un elemento critico porta infatti a riconoscere che *“...le aziende minori troverebbero sovradimensionato un assetto così ampiamente descritto, dovendosi progettare soluzioni ad hoc, in un equilibrato dosaggio tra esigenze organizzative da un lato e costi correlati dall'altro, senza peraltro trascurare le inefficienze derivanti da possibili ridondanze, rigidità procedurali ed eccessi di burocratizzazione...”* (BASTIA, cit.). Al che si ritorna al punto di partenza, quantomeno per la maggior parte delle imprese per le quali bisogna individuare un assetto organizzativo, strutturale, più agile e snello, meno costoso che, tuttavia, rispetti le finalità dell'art. 2086 2° co. c.c. in combinato con l'art. 3 C.C.I.I.

Come è stato opportunamente osservato³², la contestuale presenza di fattori critici quali il sottodimensionamento, il capitalismo familiare, il personalismo autoreferenziale dell'imprenditore la debolezza degli assetti di governance, la carenza nei sistemi operativi, l'assenza di monitoraggio e pianificazione, non

³¹ Senza considerare il rigore con cui la giurisprudenza valuta modello e protocolli che nella maggior parte dei casi non vengono ritenuti idonei a esimere la società da responsabilità amministrativa nel caso di reati catalogo compiuti da soggetti apicali o da coloro soggetti alla direzione e vigilanza di questi ultimi

³² A. PANIZZA, *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi, contabili e codice della crisi: aspetti (teorici ed) operativi*, in *Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 3 febbraio 2023.

solo rende difficoltoso il rispetto della disciplina relativa agli assetti, ma costituisce fattore critico per una crescita culturale nel breve periodo³³.

Infine, una considerazione di chiusura: gli imprenditori ne fanno una questione di costi ed ingerenza (intollerabile) nella conduzione dell'attività imprenditoriale; in termini più sofisticati vi sono addetti ai lavori che hanno espresso dubbi circa la potenziale incidenza della norma dell'art. 2086 2 comma c.c. sulla libertà di impresa che trova il suo riconoscimento negli artt. 41 della Costituzione e 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. (C.E.D.U. o Carta di Nizza).

Si individuerebbe in sostanza un rapporto antagonista tra la prima e l'obbligo di istituire assetti adeguati così imbrigliando la discrezionalità dell'imprenditore.

Valga in proposito richiamare la sempre lucidissima analisi svolta dal prof. Mario Libertini³⁴ secondo cui la *"...libertà d'impresa non è assimilabile alle libertà fondamentali dell'individuo..." in quanto le decisioni per la gestione dell'impresa non sono espressione di libertà individuale, bensì scelte "strumentali", in quanto razionali rispetto a uno scopo..."* ... *"frutto di procedimenti complessi e di carattere collettivo"*. Ed ancora *"...La tutela della "libertà d'impresa" è dunque, propriamente, tutela dell'autonomia dell'impresa, intesa come organizzazione complessa. In altre parole, l'impresa è un bene giuridico oggettivamente tutelato, come strumento centrale per lo sviluppo economico e, quindi, per il benessere del consumatore. In altri termini, l'art. 16 CDFUE non tutela un "diritto" ma pone un "principio" (con terminologia costituzionalistica un po' arcaica si potrebbe parlare di "garanzia d'istituto"). In questa prospettiva, la norma dell'art. 2086 non è una norma limitativa della libertà d'impresa, bensì una norma attuativa di tale principio."*

Questa conclusione è confermata dal rilievo costituzionale che ha assunto il principio della sostenibilità della gestione imprenditoriale. L'integrazione degli

³³ Del tutto opportuno in proposito appare il richiamo al suggerimento del Consiglio di Stato nel parere n. 832/2022 del 14.5.2022 nel quale lamenta che sia del tutto assente nello schema di decreto legislativo della riforma Cartabia, accanto all'impegno formativo degli esperti indipendenti *"...la previsione di una formazione rivolta verso gli imprenditori soprattutto verso le piccole e medie imprese e soprattutto in riferimento al nuovo percorso extragiudiziario della composizione negoziata della crisi da attribuire prevalentemente alle Camere di Commercio. Così pure manca una specifica previsione per la formazione dei magistrati che si occupano delle procedure di crisi ed insolvenza"* - S. FORTUNATO, cit. nota 24

³⁴ M. LIBERTINI, *Clausole generali, concetti indeterminati e articolo 2086 c.c.* – in *Gli assetti organizzativi dell'impresa*, Scuola Superiore della Magistratura, Quaderno 18, Roma, 2022.

articoli 9 e 41 della Costituzione con i richiami, rispettivamente, alla tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi anche nell'interesse delle future generazioni (art. 9) e alla salute, all'ambiente (art. 41) eleva a livello costituzionale la consapevolezza delle problematiche ambientali connesse alla attività di impresa e la necessità trovare un compromesso tra competitività e conseguimento di risultati ambientali e sociali.³⁵

*“Un’impresa orientata alla sostenibilità, lungi dal perseguire il mero obiettivo della massimizzazione del profitto, è per sua natura votata alla creazione di un valore che è ad un tempo economico, ambientale e sociale; il che, quanto meno idealmente, ha come corollario intrinsecamente positivo, in ultima analisi, l’incremento del c.d. benessere collettivo.”*³⁶

Fatta la legge sarà da vedere se la applicazione dei cosiddetti SDGs³⁷ si declinerà in una gestione imprenditoriale rivolta concretamente alla sostenibilità, “...destinata a rappresentare negli anni a venire addirittura il criterio fondante – e comunque uno dei più rilevanti – della gestione dell’impresa”³⁸ o, al contrario, scolorirà in meri interventi estetici e nominalistici al solo fine di aumentare il proprio livello reputazionale.

³⁵ Per una interessante disamina circa la responsabilità sociale dell’impresa, si veda E. RICCIARDIELLO, Sustainability and going concern, in *Ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*, 13 ottobre 2021.

³⁶ Si veda in proposito S. AMBROSINI, *Adeguatezza degli assetti, sostenibilità della gestione, crisi di impresa e responsabilità della banca: alla ricerca di un fil rouge*, in *Ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*, 19 maggio 2023, introduzione ad un lavoro curato dall’Autore, di prossima pubblicazione.

³⁷ Sustainable development goals.

³⁸ S. AMBROSINI, cit.

ADEGUATI ASSETTI EX ART 2086 C.C., VALUTAZIONE CREDITIZIA ED EVOLUZIONE DELLA RELAZIONE BANCA IMPRESA

ETTORE ANDREANI*

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. L'attribuzione merito creditizio; 3. Alcuni cenni introduttivi al tema degli Adeguati Assetti Organizzativi, Amministrativi e Contabili; 4. Concessione di Credito ed adeguatezza degli assetti organizzativi; 5. Gli alert previsti dal CCII ed il rapporto banca impresa; 7. Conclusioni: Gli adeguati assetti dell'impresa in crisi e la possibile evoluzione del rapporto banca impresa.

1. Introduzione

La previsione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili per le imprese organizzate in forma collettiva, ed i connessi doveri ed obblighi in capo agli amministratori, sono stati oggetto di diffusi ed approfonditi commenti ed analisi, sia in termini aziendalistici che giuridici, con un focus spesso rivolto al tema dell'emersione anticipata della crisi e della tempestività delle eventuali azioni correttive¹ oltre che di interventi volti a meglio circoscrivere, superando le iniziali incertezze, gli aspetti operativi della loro implementazione².

* Dottore Commercialista in Firenze e Revisore Legale.

¹ Per una disamina ad ampio raggio si vedano BASTIA P. – RICCIARDIELLO E., *Gli adeguati assetti organizzativi funzionali alla tempestiva rilevazione e gestione della crisi: tra principi generali e scienza aziendale*, Banca Impresa Società, n. 3, Dicembre 2020 pag. 359-414. PANIZZA A., *Adeguati Assetti Organizzativi, amministrativi e contabili: Aspetti (Teorici ed) operativi*, in Ristrutturazioni Aziendali, 11 Agosto 2021 ed anche BASTIA P., *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione*, in Ristrutturazioni Aziendali, 27 Luglio 2021.

² La Fondazione Nazionale Commercialisti ha emanato nel luglio 2023 i documenti di ricerca “*Gli Assetti Organizzativi, Amministrativi e Contabili: profili civilistici ed aziendalistici*”, del 07 Luglio 2023 ed il collegato documento “*Assetti Organizzativi*”

Seppur la previsione fosse già delineata nell'art. 2381 c.c. ai commi 3 e 5 e dall'art 2403 c.c.³, successivamente all'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, quando si parla di "Adeguati Assetti organizzativi, amministrativi e contabili" (di seguito anche solo "Adeguati Assetti") si fa riferimento in particolare alle previsioni dell'art. 3, ove si dispone:

- il dovere in capo all'imprenditore individuale di "adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere, senza indugio, le iniziative necessarie a farvi fronte" (Primo Comma);

- il dovere in capo all'imprenditore collettivo di "istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative" (Secondo Comma).

Merita a riguardo evidenziare sin da subito come la disciplina introdotta non ha imposto l'istituzione (e il mantenimento) del miglior assetto possibile (o, se si preferisce, dell'assetto ottimale) di volta in volta disponibile alla luce delle acquisizioni delle scienze aziendali, ma, più modestamente, di un assetto che sia "buono" che, cioè, sia in linea (e funzionale) ai principi di corretta amministrazione⁴: si tratta quindi, e non potrebbe essere altrimenti, di un insieme caratterizzato dal requisito della proporzionalità rispetto alla dimensione aziendale ma anche alla complessità delle attività svolte.

Le richiamate disposizioni recepite nell'art 2086 c.c., che rappresentano una fondamentale esigenza del modo di fare impresa⁵, assumono rilevanza anche in

Amministrativi e Contabili: Check List Operative" del 23 Luglio 2023. Per una ricostruzione di sintesi della recente giurisprudenza di veda BUFFELLI G., *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili: analisi e note di rilievo da recente giurisprudenza*, in *Diritto della Crisi*, 1° agosto 2023.

³ AMBROSINI S. "Appunti sui doveri degli amministratori di s.p.a. e sulle azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi e della "miniriforma" del 2021", *Ristrutturazioni Aziendali*, 23 novembre 2021.

⁴ Autorevole dottrina sostiene a riguardo che "anche in questo settore sarà solo la manifesta irrazionalità dei comportamenti degli amministratori, o l'insanabile loro contrarietà a criteri noti e consolidati di buona organizzazione aziendale, a poter implicare una qualche forma di responsabilità per i danni derivati dalla cattiva organizzazione dell'impresa". AMBROSINI S: op. cit. pag. 20.

⁵ RORDORF R, *Crisi, continuità aziendale, adeguati assetti organizzativi, composizione negoziata: le parole chiave del nuovo codice (una prefazione)*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 30 Novembre 2022, pag. 5. L'evoluzione del modo di fare impresa si riflette infatti nella riduzione delle asimmetrie informative che spesso hanno caratterizzato le PMI nei confronti dei propri stakeholders esterni, che nel corso del tempo si sono riflesse nella difficoltà di accedere a mercati finanziari regolamentati relegando al solo finanziamento bancario la ricerca di risorse esterne all'impresa. In questo senso il progressivo sviluppo di forme di direct lending di origine

termini di accesso al credito stante la previsione, esplicitata nelle linee guida dell'EBA in materia di "Orientamenti in materia di concessione e monitoraggio di prestiti" (di seguito anche solo "le linee guida EBA"), che incardinano la concessione e l'erogazione del credito ad una verifica dell'autonoma capacità futura di rimborso scaturente dai flussi di cassa prospettici, coordinando detta verifica con la raccomandazione di "*analizzare la struttura organizzativa, il modello di business e la strategia aziendale del cliente*" (Par 5, c. 144-b).

Questa osservazione diventa dirimente rispetto alle finalità della valutazione di adeguatezza degli assetti dell'impresa richiedente un finanziamento prevista in sede di istruttoria creditizia, valutazione che non può limitarsi al mero recepimento dei risultati di una verifica decontestualizzata rispetto alle caratteristiche precipue del richiedente il finanziamento, poiché altrimenti verrebbe meno il presupposto di proporzionalità poc'anzi evidenziato.

Ci proponiamo in questa sede una lettura di sintesi delle previsioni ex art 2086 c.c. come elemento cruciale nella valutazione creditizia le PMI e le Micro Imprese⁶, e più in generale della relazione banca impresa, poiché la determinazione del merito creditizio basata sulla valutazione prospettica dell'andamento aziendale (c.d. *Forward Looking Approach*) si rifletterà in una sempre più pervasiva analisi dell'adeguatezza della struttura organizzativa aziendale, ed in particolare del sistema amministrativo-contabile e di pianificazione finanziaria del soggetto richiedente il credito, non ultimo per l'apprezzamento della ragionevolezza del Business Plan cardine della capacità di rimborso dei finanziamenti⁷.

Al contempo, il recente orientamento giurisprudenziale (su tutti si vedano Corte di Cassazione n.18610/2021 e n.24725/2021), sembra tutelare maggiormente in sede concorsuale i creditori bancari che possano dimostrare di

non bancaria rappresenta un ibrido in forte crescita (a riguardo si veda: GUALTIERI L., *Qui la banca non serve più*, Italia Oggi, 7 Ottobre 2023, pag. 26.).

⁶ RICCIARDIELLO E., *Dal codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza alla disciplina emergenziale Covid-19: la necessità di intervento del mercato*, in Mercato Concorrenza Regole, n.3, Dicembre 2020, pag. 622 ove l'Autore sostiene che "In una situazione di incertezza anche sul merito creditizio delle imprese italiane (soprattutto Pmi, e start up ma anche imprese già esposte verso le banche e prive di rating), la mancanza di un'organizzazione adeguata secondo la disciplina dell'art. 2086 c.c. potrebbe risultare determinante nel senso di impedire qualsiasi forma di sostegno che sarebbe precluso alle banche in presenza di una organizzazione manifestamente inadeguata ad incidere sul rischio di credito".

⁷ In questo senso DALENA P., *Adeguati assetti amministrativi e contabili per prevenire la crisi d'impresa: un caso aziendale*, in Amministrazione e Finanza, n. 10 del 2022, pagg. 3-17, che richiama esplicitamente l'interazione tra Linee Guida EBA e Adeguatezza degli assetti amministrativi e contabili.

aver effettuato una valutazione ex ante e prospettica della situazione aziendale in sede di erogazione del credito⁸, valutazione che verosimilmente passerà dallo scrutinio delle informazioni raccolte dalla banca relative ad ambiti diversi dal business plan, ma necessarie per integrare la prova di diligenza professionale ex ante che sembra essere richiesta in un'eventuale sede concorsuale⁹.

Il presente contributo si sviluppa attorno a questa possibile chiave di lettura della relazione tra adeguatezza degli assetti ed evoluzione nella relazione banca impresa, che non potrà prescindere da due elementi¹⁰: da un lato superare una visione degli assetti organizzativi amministrativi e contabili come strumento esclusivamente relativo alla tempestiva emersione della crisi, dall'altro prendere atto delle forti limitazioni per i creditori esterni all'impresa nell'indagine circa le vicende aziendali¹¹.

Dopo aver delineato gli elementi caratterizzanti la concessione, l'erogazione ed il monitoraggio del credito viene sintetizzato lo stato dell'arte in tema di disciplina degli adeguati assetti cercando i punti di contatto tra i due fenomeni, partendo dalla constatazione che le informazioni scaturenti dai processi interni

⁸ Su punto si veda IRRERA M., *L'abusiva concessione di credito ovvero del dilemma del buon banchiere*, Dialoghi di Diritto dell'Economia, Maggio 2022 ed anche DEL PORTO R. *Brevi note in tema di Concessione abusiva di Credito*, Ristrutturazioni Aziendali, 3 Ottobre 2022.

⁹ Secondo la più adeguata e moderna interpretazione la responsabilità della banca si declina attraverso il generale riferimento alle regole che sovrintendono l'obbligo della diligenza, in particolare la diligenza professionale di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c. consiste nell'osservanza delle regole tecniche dettate o comunque riconosciute nell'esercizio della specifica attività professionale. La configurazione dell'illegittimità della condotta della banca nella ingiustificata erogazione del credito viene quindi ricondotta alla violazione delle regole professionali che sovrintendono l'attività del *bonus argentarius*. In questo senso INZITARI, B. *L'azione del curatore per abusiva concessione di credito*, su www.ilcaso.it, 5 Agosto 2021. Del medesimo tenore sono le considerazioni svolte da Dolmetta commentando la sentenza Trib. di Torino, 14 Aprile 2022, ove l'Autore rileva che “base per il corretto svolgimento della valutazione del merito creditizio non può che essere l'acquisizione di informazioni che siano effettivamente (nel concreto) adeguate”. in DOLMETTA A.A. *Valutazione del merito creditizio e diligenza del finanziatore*, Il Fallimento, 12 del 2022, pag. 1583.

¹⁰ Il tema era già stato prospettato da altri autori, laddove si asseriva che “Sembra lecito osservare che lo scenario normativo appena delineato si giustifica proprio là dove si aderisca all'impostazione qui adottata, la quale vede gli assetti funzionali, non tanto a rendere più efficiente (e dunque più lucrativo) l'esercizio dell'impresa, quanto a garantire la sostenibilità della stessa, in un'ottica di maggiore tutela dei terzi finanziatori che hanno dato fiducia alla società” GINEVRA E. e C. PRESCIANI, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art 2086 c.c.*, Nuove Leggi Civili Commentate, 5/2019, pag. 1231.

¹¹ PICARDI L. *Il ruolo dei Creditori tra monitoraggio ed orientamento nella società per azioni*, in Quaderni Romani di Diritto Commerciale, Giuffrè, 2013.

amministrativi e contabili sono la base della definizione dei piani prospettici sui quali è incardinato l'approccio forward looking.

Sulla base dell'analisi che andremo a svolgere si conclude che le relazioni banca impresa saranno sempre più improntate alla condivisione di *hard informations* nei processi di erogazione del credito¹², categoria alla quale ascrivere la documentazione circa la congruità dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile rispetto alle dimensioni dell'impresa, assetti che costituiscono il fondamento della ragionevolezza delle informazioni aziendali poste alla base del rapporto di credito.

2. L'attribuzione merito creditizio

Per un lungo periodo, soprattutto in quei paesi nei quali il sistema bancario si era sviluppato privilegiando il modello del c.d. relationship banking¹³ l'istruttoria creditizia si è configurata come una valutazione incardinata sull'esame di dati aziendali consuntivi (tipicamente il bilancio depositato) da effettuare in sede di richiesta o rinnovo dei finanziamenti, integrandola con l'estrapolazione di informazioni e pregiudizievoli da banche dati nazionali (es. Centrale dei Rischi, CRIF, ecc) e con la richiesta di garanzie personali o patrimoniali integrative (anche consortili) all'interno di un rapporto omnicomprensivo e di lungo periodo¹⁴. L'analisi del merito creditizio veniva per lo più focalizzata sulla situazione patrimoniale, sulle linee di credito autoliquidanti e sulla qualità del portafoglio, intesa soprattutto come analisi

¹² STIGLITZ J. E. - WEISS A., *Credit Rationing in Markets with Imperfect Information*, The American Economic Review, Vol. 71, N. 3. 1981, pagg. 393-410 ed anche DIAMOND D. W., *Financial Intermediation and Delegated Monitoring*, The Review of Economic Studies, Vol. 51, N. 3, 1984, pagg. 393-414.

¹³ EMMONS W. R - SCHMID F. A., *Universal, Banking, Control Rights and Corporate Finance in Germany*, Review of the Federal Reserve Bank of Saint Louis, Luglio/Agosto 1998, pagg. 19 segg.

¹⁴ A riguardo Berti fa riferimento alla "ricerca di corrispondenze in bilancio, tanto meno significative quanto più le imprese adottavano politiche di bilancio...assegnando al contempo alle garanzie stesse, soprattutto di natura reale, una capacità restitutiva che in realtà non esiste". In BERTI A., *Valutazione del merito di credito e segnali di crisi: l'importanza del DSCR e la centralità dell'EBITDA*, in Bilancio e Revisione, n. 5 del 2023, pagg. 48-58. Per altri versi si trattava di quello che autorevole dottrina ha definito il "modello dell'impresa povera e della famiglia ricca", nella quale il soggetto economico persegue una strategia di ottimizzazione fiscale e bassa patrimonializzazione, ristabilendo un'adeguata capacità di accesso al credito attraverso il diffuso ricorso alla propria capienza patrimoniale pur senza impegnarla in via formale. DEMATTE' C. - CORBETTA G., *I processi di Transizione delle Imprese Familiari*, Studi e Ricerche, Mediocredito Lombardo, Milano 1993, pagg. 33.

della composizione della clientela e di eventuali inadempimenti ponderati per categorie omogenee di controparti.

Laddove la disciplina bancaria nazionale lo consentiva si assisteva (in particolare in Germania) ad una diffusa e pervasiva partecipazione delle banche al capitale delle imprese non finanziarie, spesso attraverso la costituzione di gruppi di controllo o di partecipazioni incrociate (c.d. Modello di Capitalismo Renano): in questi casi erano gli stessi esponenti bancari a svolgere una funzione di monitoraggio sulle imprese e sui loro programmi di investimento, in un'ottica di riduzione del moral hazard ma anche di rilevante conflitto di interessi¹⁵.

Nei paesi nei quali non era consentito un controllo così pervasivo, ove se ne rintracciava la necessità, si assisteva all'intervento del proponente (quasi sempre una figura di front office commerciale) che condivideva con l'organo deliberante le proprie valutazioni sull'organizzazione dell'impresa, spesso sulla base di formule convenzionali ("*imprenditore ben riferito su piazza*", "*Solida realtà imprenditoriale*", ecc.).

Questo approccio ha subito una radicale revisione con l'emanazione delle citate Linee Guida EBA, che impongono un processo valutativo molto più ampio e articolato, focalizzato su un adeguato controllo dei rischi che integri elementi di carattere commerciale e di analisi del contesto di business, attraverso un processo di concessione e monitoraggio che includa:

- un approccio valutativo retrospettivo (*backward-looking approach*) per l'analisi dei dati e delle informazioni aziendali di carattere storico e consuntivo, con lo scopo di individuare eventuali correlazioni tra risultati dell'impresa ed ambiente esterno ed al fine di acquisire elementi rispetto ai quali confrontare le assumption prospettiche dell'impresa;
- un approccio valutativo prospettico (*forward-looking approach*) per la valutazione dei dati e delle informazioni aziendali future, nelle quali una parte rilevante è rappresentata dalla valutazione della "Fonte della capacità di Rimborso" dalla gestione ordinaria, spesso approssimata dall'EBITDA, che dovrà risultare da un piano pluriennale. Detta valutazione dovrà essere integrata dall'esplicitazione degli aspetti che ne stanno alla base, evidenziando eventuali condizioni alla loro manifestazione.
- meccanismi di controllo che integrino un sistema di *early warning*, allo scopo di intercettare tempestivamente i segnali di difficoltà dell'impresa debitrice e attuare proattivamente misure di tutela del credito.

Il processo creditizio così articolato, frutto dell'elaborazione delle informazioni raccolte sull'impresa debitrice, di natura sia qualitativa che

¹⁵ Si vedano EMMONS W. R - SCHMID F. A., op. cit.

quantitativa e in ottica sia consuntiva che *forward-looking*¹⁶, ha come esito l'attribuzione del rating all'impresa da parte della banca, ed è in grado di influenzare il livello di *pricing*, sia in fase di concessione ed erogazione del finanziamento sia sul monitoraggio successivamente all'erogazione¹⁷.

Nell'ambito di detto processo la valutazione della "Fonte della capacità di Rimborso", ovvero il flusso di cassa generato dalla gestione caratteristica dell'impresa che può essere destinato al rimborso del finanziamento, assurge ad elemento dirimente nella concessione del credito, in opposizione alla preferenza per garanzie reali. Qualunque soggetto che richieda un finanziamento a medio lungo termine non può più prescindere infatti dalla predisposizione di un piano economico, finanziario e patrimoniale di medio periodo (idealmente per una durata pari a quella del finanziamento richiesto), in cui sia dimostrata la necessità, la congruità e l'idoneità del finanziamento richiesto a sostenere lo sviluppo aziendale o ad integrare anche sostituendole altre poste passive, con particolare attenzione alla coerenza tra tipo di forma tecnica e fine dichiarato del suo impiego (cfr EBA, Par. 5, c. 86, a.)¹⁸.

La garanzia reale (o fino a tempi recentissimi la garanzia pubblica concessa sulla base della disciplina COVID i cui effetti si protrarranno negli anni a venire¹⁹), pertanto, non potrà giustificare di per sé la concessione del

¹⁶ Richiamiamo la distinzione tra rating e scoring, nella quale il primo si caratterizza per un intervento umano che estende la propria valutazione anche ad elementi relativi alle caratteristiche industriali ed alle relazioni commerciali dell'impresa oggetto di valutazione. Si veda BELTRAME F. SOLDI. G. ZORZI G., *Merito Creditizio e Finanza d'impresa*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, pag. 107.

¹⁷ BISSOCOLI E. e A. TURCHI, *Il ruolo dei creditori finanziari nella composizione negoziata: opportunità, rischi e proposta di linee guida*, Ristrutturazioni Aziendali, 29 dicembre 2022, pag. 26 segg.

¹⁸ Merita qui solo richiamare, che la valutazione alla quale sono chiamate le banche si contrappone al tema della c.d. Business Judgement Rule, ovvero il principio di insindacabilità delle scelte di gestione degli amministratori, nella misura in cui queste siano state legittimamente compiute (sindacato sul modo in cui la scelta è stata assunta) e, sotto altro aspetto, solo se non è manifestamente irrazionale (sindacato sulle ragioni per cui la scelta compiuta è stata preferita ad altre). Mentre la verifica sul processo sulla base del quale la scelta è stata assunta appare per lo meno arduo, salvo il caso in cui non sia limitata alla sola verifica formale, la verifica sulla razionalità non solo delle scelte, ma anche degli strumenti creditizi che ad essi si collegano, appare il cuore pulsante della valutazione creditizia.

¹⁹ Uno degli effetti delle garanzie c.d. Covid, nelle loro diverse articolazioni, è stato di ridurre significativamente il rischio di insolvenza gravante, in via immediata, sulle banche per via dell'accesso alla garanzia pubblica, arrivando taluni a paventare "*rischi di deresponsabilizzazione del soggetto finanziatore*" in ragione delle elevate percentuali di garanzia concesse con l'effetto di una sostanziale translazione del rischio in capo all'erario (URBANI A. *La disciplina sulle moratorie e sulle garanzie pubbliche dei finanziamenti bancari*

finanziamento, ma piuttosto, dovrà essere considerata come uno strumento di mitigazione della perdita in caso di default del richiedente o di sua sopravvenuta incapacità di rimborsare il debito con la liquidità prodotta dalla gestione ordinaria e straordinaria, ad eccezione dei casi nei quali è la natura stessa della categoria di finanziamento a prevedere che il rimborso si basi sulla vendita dell'immobile o degli strumenti finanziari forniti a garanzia.

3. Alcuni cenni introduttivi al tema degli Adeguate Assetti Organizzativi, Amministrativi e Contabili

Il concetto di assetto organizzativo è sinteticamente riconducibile al sistema di funzioni, poteri, deleghe, processi decisionali e procedure che favorisce una chiara individuazione dei compiti e delle responsabilità dei soggetti che intervengono nello svolgimento dei fatti aziendali²⁰: il suo fine ultimo deve essere ricercato nella protezione dell'affidamento dei terzi rispetto all'organizzazione dell'impresa²¹.

La sua realizzazione costituisce un obbligo che può essere assolto efficacemente basandosi su quanto elaborato dalle scienze aziendalistiche e comunque secondo i canoni di diligenza e soprattutto prudenza professionale che gli amministratori sono tenuti ad osservare nell'espletamento del loro incarico²²: si tratta quindi di ricercare, sempre in chiave dinamica, le risorse che siano sufficienti alla realizzazione degli obiettivi definiti, od in via analoga a definire obiettivi che siano coerenti con le risorse date, secondo il normale apprezzamento di un operatore razionale ed informato.

tra COVID e post COVID, Banca Impresa e Società, 2, 2022, pag. 167). Merita in questa sede rilevare come, ai fini dell'ammissione al beneficio fosse comunque prevista sia la valutazione del merito creditizio dell'affidato, sia la verifica della sussistenza oggettiva e soggettiva dei presupposti previsti dalla Legge per l'accesso alle garanzie pubbliche. Per una più ampia disamina CONDEMI M., *Il Merito Creditizio nel contesto normativo conseguente alla pandemia da Covid 19*, pag. 229 segg, in a.cd. MALVAGNA U. - SCIARRONE ALIBRANDI A. *Il Sistema produttivo e finanziario post covid 19: dall'efficienza alla sostenibilità*, Pagini Giuridica, 2021.

²⁰ SAVI D. *Gli adempimenti di sindaci e revisori*, Maggioli Editore.

²¹ GINEVRA E. e C. PRESCIANI, op.cit., pag. 1226.

²² Sul tema di vedano BASTIA P. - RICCIARDIELLO E., op. cit. e BORDIGA F. *Gli obblighi degli amministratori nel contesto del codice della crisi e dell'insolvenza*, Ristrutturazioni Aziendali, 19 Aprile 2023. Si veda anche Tribunale Roma Sez. spec. in materia di imprese, Ord., 08 Aprile 2020, nel commento di CAGNASSO O. *Scelte degli amministratori, attività preparatoria e istruttoria e assetti adeguati*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2021, pag. 110 e segg.

Sulla base della giurisprudenza²³, e come confermato dai documenti di prassi professionale di recentissima emanazione²⁴, è possibile delineare, almeno nei suoi elementi essenziali, quali siano gli elementi che concorrono alla definizione di un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa ai fini della rilevazione tempestiva di eventuali squilibri economico-finanziario e della salvaguardia della continuità aziendale²⁵:

- un piano industriale e strategico a breve e a medio-lungo termine;
- un organigramma aggiornato ed un funzionigramma che rappresentino effettivamente la realtà aziendale, e che prevedano l'assetto delle deleghe ed il conferimento dei poteri per i ruoli manageriali apicali;
- un set completo di relazioni dell'organo amministrativo circa l'andamento gestionale e la sua prevedibile evoluzione;
- la formulazione di previsioni in merito alla capacità di far fronte al pagamento di importi di particolare rilevanza, ed, ove necessario, delineino in via anticipata le azioni da porre in essere a fronte di eventi che potrebbero compromettere la continuità aziendale (es. piano di successione del top management);
- le relazioni dell'organo amministrativo in occasione di nuovi investimenti, relazioni che dovranno non solo confrontare lo stato di avanzamento rispetto a quello previsto, ma anche evidenziare eventuali fattori critici esogeni che ne possano compromettere il successo;

La giurisprudenza auspica la presenza di un efficace sistema di gestione dei crediti commerciali (e delle collegate procedure o tecniche finalizzate a minimizzare l'emersione di perdite su crediti o pagamenti tardivi) oltre ad una reportistica periodica sullo stato complessivo dei crediti, ed ogni altra informazione utile per formulare le scelte più corrette in funzione della continuità aziendale.

Viene infine richiamata la necessità dell'adozione di una adeguata analisi delle voci di bilancio, necessaria per verificare la situazione economico, finanziaria e patrimoniale dell'impresa, e di strumenti per rilevare

²³ BUFFELLI G., op. cit.

²⁴ Si rinvia alla nota n. 2 in riferimento ai documenti di ricerca emanati dalla Fondazione Nazionale Commercialisti nel luglio 2023.

²⁵ Tribunale di Cagliari, 19 Gennaio 2022. Si vedano anche, ex multis, ARTUSO E. - BOGONI R., *Il dovere di istituire adeguati assetti tra "littera legis", interpretazioni sistematiche ed applicazioni concrete: esiste un obbligo legale di redigere un business plan ed un budget di tesoreria?*, in *Diritto della crisi*, 29 Novembre 2022.

tempestivamente situazioni di squilibrio finanziario, quale il rendiconto finanziario²⁶.

Concludendo questa breve disamina merita sottolineare come gli amministratori, su cui grava l'obbligo di dotare l'impresa di adeguati assetti organizzativi, nelle imprese minori hanno verosimilmente un rapporto diretto con la gestione e con gli interlocutori esterni (banche, clienti, fornitori, attività produttive e commerciali), rapporto che con l'aumentare della complessità aziendale diviene progressivamente sempre più indiretto e mediato dal middle-management e dal personale di linea. Pertanto, la progettazione e la realizzazione di assetti organizzativi appropriati assume una crescente importanza, evolvendo verso maggiori livelli di formalizzazione e di modellizzazione dell'operatività aziendale, che tuttavia, dovrà evitare di spingersi al punto di sclerotizzare il sistema, con percorsi informativi, autorizzativi e decisionali troppo lunghi e ridondanti, tali da precludere quell'esigenza di tempestività voluta dal legislatore²⁷.

Risulta chiaro sin da queste prime considerazioni come i rapporti tra intermediari finanziari esterni all'impresa e la sua organizzazione interna, non possano prescindere dalla formalizzazione delle relative attribuzioni organizzative, fatto questo che rappresenta una delle fasi evolutive dell'organizzazione aziendale²⁸.

4. Concessione di Credito ed adeguatezza degli assetti organizzativi

Le Linee Guida EBA, ma anche la già richiamata giurisprudenza in materia di concessione abusiva di credito, prevedono che la Banca effettui una

²⁶ Le considerazioni sin qui svolte in materia di assetti organizzativi, amministrativi e contabili rispetto alla singola impresa aumentano di importanza nel caso di Gruppi societari, soprattutto nel caso in cui l'inadeguatezza dei presidi interni di controllo e dei flussi informativi si sostanzia in un'opacità delle informazioni trasferite ai terzi, in particolare nel caso di operazioni infragruppo poste in essere al solo fine di alterare i risultati economici o finanziari delle singole entità del gruppo. Sul tema si veda, anche per una ricostruzione a più ampio spettro delle singole fattispecie RICCIARDIELLO E., *La crisi dell'impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione e di gestione*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020. Sul tema più specifico delle operazioni finanziarie infragruppo si rinvia a MAUGERI M., *Finanziamenti infragruppo e codice della crisi*, Il Fallimento, 10/2021, pag. 1298 e segg.

²⁷ BASTIA P., *op. cit.*

²⁸ Si pensi al caso, tutt'altro che raro, di socio o amministratore che gestisce in via diretta e personale i rapporti con il ceto bancario, oppure che "trattiene" le deleghe operative nei rapporti bancari di conto corrente.

valutazione della fattibilità del *business plan*²⁹, considerando anche la sua coerenza con la situazione macroeconomica e con l'evoluzione del mercato di riferimento, nonché con le conoscenze, l'esperienza e la capacità dell'imprenditore di gestire l'azienda e le attività o gli investimenti legati al finanziamento a medio lungo termine richiesto.

Rispetto a questa analisi le linee guida EBA prevedono il seguente richiamo: “(Par 5. C. 129) “*Gli enti dovrebbero assicurare che le proiezioni finanziarie utilizzate nell'analisi siano realistiche e ragionevoli. Tali proiezioni/previsioni dovrebbero essere basate almeno sulla proiezione futura di dati finanziari passati. Gli enti dovrebbero valutare se tali proiezioni sono in linea con le proprie previsioni economiche e di mercato. Laddove nutrono timori sostanziali riguardo all'affidabilità di tali proiezioni finanziarie, gli enti dovrebbero effettuare le proprie proiezioni sulla posizione finanziaria e sulla capacità di rimborso dei clienti*”.

Viene evidenziato inoltre come nell'effettuare la valutazione del merito creditizio, oltre ad analizzare la posizione finanziaria e il rischio di credito del cliente, le banche dovrebbero “*analizzare la struttura organizzativa, il modello di business e la strategia aziendale del cliente* (Par 5, c. 144, lettera b)”

Appare quindi, a giudizio dello scrivente, che la valutazione da parte delle banche finanziatrici sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili possa essere letta in chiave di affidabilità delle previsioni, affidabilità che altro non può che esistere sulla base dell'analisi della struttura organizzativa³⁰ e della sua adeguatezza rispetto alla ragionevolezza del piano

²⁹ Sul punto di veda DELLE MONACHE S., *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore*, Il Fallimento, 11/2021 pagg. 1329-1344, laddove commentando l'evoluzione giurisprudenziale in tema di concessione abusiva di credito sottolinea la difficoltà ricostruttiva dei concetti di “ragionevolezza e fattibilità”, del piano aziendale, come criterio discriminante tra finanziamenti non abusivi e, per contro, abusivi, soprattutto alla luce di una valutazione che sarà sempre ex post, e quindi risentirà del giudizio sugli esiti di quei piani. Analoga posizione è espressa da IRRERA M., cit. ed anche da DEL PORTO op. cit. pag. 8

³⁰ “*In una situazione di incertezza anche sul merito creditizio delle imprese italiane (soprattutto Pmi, e start up ma anche imprese già esposte verso le banche e prive di rating), la mancanza di un'organizzazione adeguata secondo la disciplina dell'art. 2086 c.c. potrebbe risultare determinante nel senso di impedire qualsiasi forma di sostegno che sarebbe precluso alle banche in presenza di una organizzazione manifestamente inadeguata ad incidere sul rischio di credito. Dal punto di vista delle banche esse potrebbero essere riluttanti a fornire sostegno finanziario anche a fronte dell'obbligo di verificare gli assetti organizzativi la cui inadeguatezza determinerebbe un concorso nell'aggravamento del dissesto per concessione abusiva del credito ed il coinvolgimento in future azioni di responsabilità (cfr. art. 14 u.c. Ccii che prevede un obbligo di segnalazione ulteriore all'organo di controllo interno in presenza di mutate condizioni del merito creditizio ovvero della revoca degli affidamenti)*”, RICCIARDIELLO E. cit. pag. 622

industriale e finanziario destinato ai creditori esistenti o potenziali e che illustri gli obiettivi strategici prefissati³¹.

Volendosi spingere oltre nel ragionamento potremmo asserire che in ottica *forward looking* la concessione di credito ad un soggetto che fornisca informazioni inaffidabili o irragionevoli corrisponderebbe all'adempimento solo formale delle previsioni di vigilanza, e quindi ad una violazione dell'obbligo di attenersi a principi di sana e prudente gestione³².

Al contempo immaginare che la qualità ed affidabilità del piano prospettico possano essere del tutto avulsi dall'adeguatezza delle risorse che hanno concorso alla sua definizione appare contrario al *bonus argentarius* richiesto alle banche e più volte richiamato sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza³³.

L'adeguatezza delle informazioni raccolte³⁴ è infatti nozione che si misura in presenza di piani industriali che siano adeguati e affidabili rispetto al fine che ci si propone³⁵: in questo senso l'adeguatezza degli assetti diviene ancor più elemento essenziale della gestione dell'impresa e rappresenta non solo una

³¹ PANIZZA, A. op. cit, pag. 11. A riguardo si vedano BERTI A. che sottolinea "per le imprese è quello di consegnare previsioni eccessivamente ottimistiche, quando redatte non a regola d'arte o manipolate o non credibili negli assunti", cit. pag. 50 e nel medesimo senso GUIOTTO A., *Il finanziamento bancario e i rapporti tra banca e impresa*, Il Fallimento 10/2021 pag. 1202 laddove sostiene che "era invece assai raro che la banca si spingesse a formulare giudizi discrezionali sulla solidità del Business, sulle sue prospettive, sulla sua sostenibilità nel lungo periodo, ed, in ultima analisi, sulla capacità e competenza dell'imprenditore".

³² DOLMETTA A.A., *Merito del credito e concessione abusiva*, dopo Cass. n. 18610/2021, Editoriale del 8 ottobre 2021, www.dirittobancario.it che asserisce come "Il finanziatore, perciò, è «tenuto all'obbligo di rispettare i principi di c.d. sana e prudente gestione, verificando, in particolare, il merito creditizio del cliente in forza di informazioni adeguate»"

³³ Nella fase istruttoria, quella cioè che determina un istituto a erogare o meno un finanziamento, deve essere svolta una accurata e completa «valutazione del merito di credito del prestatore, sotto il profilo patrimoniale e reddituale, e una corretta remunerazione del rischio assunto. La documentazione deve consentire di valutare la coerenza tra importo, forma tecnica e progetto finanziato; essa deve inoltre permettere l'individuazione delle caratteristiche e della qualità del prestatore, anche alla luce del complesso delle relazioni intrattenute». SARTORI, F., *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti*, in *Giustizia Civile*, n. 3, pag. 583.

³⁴ All'adeguatezza delle informazioni raccolte fa esplicito riferimento la Sentenza Corte di Cassazione 18610/2021 del 30/06/2021, laddove si specifica "Il soggetto finanziatore è tenuto all'obbligo di rispettare i principi della sana e prudente gestione, verificando, in particolare, il merito creditizio del cliente in forza di informazioni adeguate"

³⁵ CRESCENZO D., *Ricorso abusivo al credito e responsabilità per concessione abusiva in Bilancio e Revisione*, n 6 del 2023, pag. 21 segg.

clausola di salvaguardia dai rischi di insolvenza, ma anche il «marchio di qualità» dell'impresa e della sua affidabilità rispetto alla stessa ambizione al finanziamento»³⁶.

In questo senso l'evoluzione degli assetti organizzativi amministrativi e contabili dovrebbe favorire la rimozione o, quantomeno, l'attenuazione di frequenti e comuni fattori critici spesso ritenuti caratteristici dell'impresa familiare, quali il personalismo autoreferenziale dell'imprenditore, la debolezza degli assetti di corporate governance nel caso di società a ristretta base azionaria, le carenze nei sistemi operativi e l'assenza di monitoraggio e di pianificazione, anche a breve termine³⁷.

In altre parole, le Linee Guida EBA chiamano le Banche a valutazioni di carattere anche qualitativo su numerosi aspetti che riguardano sia la linea del credito, sia l'impresa nel suo complesso:

- la verifica della sostenibilità del modello di business e degli obiettivi strategici del soggetto richiedente, non solo in relazione al finanziamento richiesto ed alle sue finalità dichiarate ma anche in rapporto all'evoluzione del mercato di riferimento, nell'ottica di esplicitare eventuali rischi di natura esogena che potrebbero compromettere la presenza sul mercato dell'impresa;
- l'analisi della dipendenza dell'impresa da specifici contratti, clienti o fornitori strategici, nonché da figure chiave interne all'organizzazione, considerando i rischi che ne conseguono e le possibili misure di mitigazione³⁸;
- la valutazione dell'esposizione del cliente a fattori sociali ed economici e, in particolare, ambientali (incluso l'impatto del cambiamento climatico) e sull'adeguatezza delle strategie di mitigazione che l'impresa ha adottato o intende adottare, stimolando l'attività di investimento in attività sostenibili anche attraverso l'offerta di prodotti finanziari dedicati (c.d. *green facilities*)³⁹;
- specifiche analisi di sensitivity del *business plan* prodotto del soggetto richiedente, sia rispetto a variabili di natura finanziaria che aziendale, sia di rischi regolamentari se applicabili o rilevanti;

³⁶ RICCIARDIELLO E., op. cit. pag. 648.

³⁷ Sul tema si vedano PANIZZA, op. cit. pag. 2, ed anche, di BARCA F. *Storia del capitalismo italiano dal dopoguerra a oggi*, Donzelli 1997.

³⁸ Concetto questo che richiama quanto previsto dai principi di revisione Isa Italia 570 in tema di valutazione sulla continuità aziendale.

³⁹ Sempre più spesso la verifica del rispetto delle normative nazionali ed internazionali e delle convenzioni in tema ESG non solo sono oggetto di pattuizione in sede di contratti di fornitura, ma sono oggetto di specifici audit in sede di esecuzione del contratto.

- la verifica delle qualità professionali degli esponenti apicali della struttura organizzativa per le imprese di medie e grandi dimensioni, concetto questo che richiama in maniera esplicita l'adeguatezza organizzativa dell'impresa da valutare alla luce del principio di proporzionalità tra complessità dell'attività aziendale e caratteristiche degli esponenti aziendali;

La recente giurisprudenza privilegia un approccio critico da parte delle funzioni interne della banca, sia per quanto riguarda l'identificazione dei fattori critici di successo dell'impresa sia degli elementi cruciali ai fini della continuità aziendale: a riguardo esistono prassi professionali riconosciute che godono di solido accoglimento da parte dei tribunali in sede di verifica e che trovano conferma nella prassi professionale di più recente emanazione⁴⁰.

Si tratta, in concreto, di ripercorrere per quanto possibile il procedimento decisionale che il top management ha seguito per la definizione del piano industriale pluriennale verificando, in particolare, se questi abbia eventualmente omesso le cautele, le verifiche e le informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, avendo riguardo alle circostanze del caso concreto e se dalle premesse siano state ricavate conclusioni che siano con esse in rapporto di coerenza e di congruità logica. All'accorto banchiere non è richiesto di sottoporre a sindacato di merito le scelte discrezionali dell'imprenditore, anche se presentano profili di alea economica superiori alla norma, quanto piuttosto di valutare la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, e la loro attinenza all'attività aziendale lato sensu intesa⁴¹.

Concludiamo rilevando come seppur gli obblighi di adeguato assetto competano esclusivamente all'imprenditore, nulla esclude la loro ricognizione da parte di un "terzo" – specie se qualificato, in ragione dell'attività esercitata come è la banca - allorquando, nell'istruttoria del credito, non siano stati analizzati dati di immediata rilevanza, ed ai quali la banca non solo ha accesso

⁴⁰ Cass., 1° sez. civ., 30/06/2021, n. 18610, finanziamento lecito, vale a dire non abusivo, sarà quello in cui «la banca – pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi d'impresa – abbia operato nell'intento del risanamento aziendale, erogando credito ad impresa suscettibile, secondo una valutazione ex ante, di superamento della crisi o almeno di razionale permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui sia stata desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito allo scopo del risanamento aziendale secondo un progetto oggettivo, ragionevole e fattibile»

⁴¹ È il caso, che qui solo citiamo, della vastissima giurisprudenza in tema di derivati Interest Rate Swaps (per tutti si veda Cass., n. 21830/2021) che ha teso sempre di più a distinguere tra derivati con effettiva finalità di copertura dai derivati sottoscritti con finalità speculative, talvolta estranee non solo all'oggetto sociale, ma alle stesse strategie aziendali, fino a spingersi talvolta verso un patologico *gambling for resurrection*, indice esso stesso di inadeguatezza degli assetti aziendali.

in ragione della sua attività (si pensi per esempio alle risultanze della Centrale dei Rischi in merito alla qualità del portafoglio commerciale) ma che è chiamata a valutare per stabilire la ragionevolezza dell'andamento aziendale⁴².

5. Gli alert previsti dal CCII ed il rapporto banca impresa.

Come evidenziato in precedenza in tema di rilevazione tempestiva della crisi d'impresa, le modifiche apportate dal legislatore al CCII prevedono “ *il dovere in capo all'imprenditore individuale “adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte” oltre al dovere in capo all'imprenditore collettivo di “istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative”*. La norma contiene quindi un'esplicita richiesta alle imprese di adottare una gestione proattiva delle dinamiche aziendali⁴³, con l'obiettivo di far emergere situazioni potenzialmente in grado di dare origine a criticità, sin dai primi segnali, per porre in atto azioni finalizzate a un tempestivo risanamento dell'impresa nei termini seguenti:

- a) “rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività svolta dall'imprenditore;
- b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi a rilevare i segnali di cui al c. 4;
- c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'art. 13, al comma 2”.

⁴² FAUCEGLIA G. *Riflessioni sulla responsabilità delle banche nel Codice della crisi con particolare riguardo all'abusiva concessione del credito*, in www.dirittodellacrisi.it, 4 Gennaio 2023. Merita in queste sede rilevare come “*I concetti sopra esposti potrebbero ingenerare un'errata interpretazione, per la quale la concessione abusiva sussisterebbe solo in abbinamento alla crisi irreversibile. Non è così. Indipendentemente dall'insolvenza, sono sicuramente censurabili e possono configurare abusiva concessione di credito comportamenti di altro tipo, quali la falsa o reticente istruttoria della pratica di fido, la presenza dell'elemento soggettivo della banca che conosceva o avrebbe dovuto conoscere all'atto del finanziamento, lo stato di non finanziabilità dell'impresa o dell'operazione*”, in BAIGUERA F., *Concessione abusiva di credito: le riflessioni di un aziendalista*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 23 Febbraio 2023

⁴³ In questo senso BUFFELLI G. cit.

All'art 3 c. 4 vengono individuati alcuni specifici segnali che potrebbero far presumere una crisi d'impresa:

a) debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;

b) debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;

c) esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni;

d) una o più esposizioni debitorie previste dall'art. 25-novies, c. 1".

L'art. 3 CCII, con lo scopo di definire in cosa concretamente consistano gli adeguati assetti, indica i segnali di crisi che tali assetti dovrebbero percepire, delineando soglie d'indebitamento che rappresentano indici sintomatici dello squilibrio dell'impresa: tra i quattro distinti livelli di indebitamento indicati dal legislatore (verso dipendenti, fornitori, banche e creditori istituzionali) quello che appare in grado di segnalare con maggior anticipo la difficoltà finanziaria riguarda proprio i rapporti con le banche.

Secondo l'art. 3 comma 4 lett. c) gli adeguati assetti dovrebbero, infatti, rilevare la *"esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni"*.

Muovendo dal presupposto che ciascuna banca sia (o comunque possa essere) informata sull'esposizione complessiva dell'impresa mediante un esame della Centrale Rischi, sarà relativamente agevole⁴⁴ verificare se, quanto meno rispetto ai rapporti intrattenuti con l'intermediario finanziario chiamato a verificare la sussistenza del merito creditizio, vi sia stato il superamento della soglia (5% del totale indebitamento) e dei termini di tolleranza (60 giorni) previsti dalla disposizione menzionata.

Ciò consentirà alla banca di avere contezza della situazione di difficoltà dell'impresa, ma al contempo le imporrà di agire con la dovuta cautela, assumendo un atteggiamento critico non solo rispetto alla stipula di nuovi

⁴⁴ Si vedano le considerazioni svolte in tema di conoscibilità da parte della banca dello stato di crisi di un'impresa che intrattiene i conti correnti presso la medesima banca nella sentenza 11 Novembre 2019 del Tribunale di Firenze.

accordi finalizzati alla concessione di nuove linee di credito, ma soprattutto rispetto alla prosecuzione dei rapporti in essere.

Sicché, se si aderisse alla recente impostazione della Cassazione già descritta, non sarebbe azzardato qualificare come probabilmente abusivo il mantenimento di linee di credito nei confronti di un imprenditore che abbia superato la soglia normativa d'indebitamento, quanto meno sino a quando non abbia assunto iniziative concrete e formali per superare tale condizione e contraddistinte da un sufficiente grado di ragionevolezza, ovvero non abbia attivato la procedura di composizione negoziata di cui all'art. 12 CCII.

Al riguardo, le previsioni normative contenute nel CCII che richiedono all'imprenditore societario o collettivo di dotarsi di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile, adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, al fine di intercettare tempestivamente i segnali della crisi per attivarsi prontamente alla ricerca di plausibili soluzioni, potrebbero contribuire ad evitare la classificazione delle esposizioni tra i crediti deteriorati all'apertura di una tra le procedure previste dal CCII⁴⁵.

Prima del Codice della Crisi costituiva conclusione condivisa quella secondo cui la banca non poteva lecitamente concedere credito a un'impresa in difficoltà al di fuori di una normale procedura di risoluzione della crisi. Oggi però una simile conclusione nella sua assolutezza deve forse essere rivista, perché superata dal presidio che gli adeguati assetti devono assicurare non solo nell'interesse degli imprenditori, ma anche di coloro che con questi intrattengono rapporti negoziali⁴⁶.

Allorché siano emersi segnali di crisi ignorati dall'imprenditore e dalla banca (che abbia, ben inteso, i mezzi per avvedersene), si potrebbe così anche configurare una sorta di rovesciamento dell'onere della prova o una presunzione

⁴⁵ Cogliere i primi segnali di difficoltà e attivare prontamente la procedura di Composizione negoziata potrebbe infatti consentire alle banche di effettuare valutazioni più consone con la classificazione della controparte tra i crediti in bonis (Stage 2), oltre che rendere maggiormente efficace il compito dell'esperto, aspetto potenzialmente in grado di contribuire a ridurre i tempi della procedura di CNC. In questo senso SOLDI G., *Classificazione del credito all'apertura della Composizione negoziata*, Amministrazione&Finanza, n. 6 del 2023, pag. 65

⁴⁶ FAUCEGLIA G., *Riflessioni sulla responsabilità delle banche nel Codice della crisi con particolare riguardo all'abusiva concessione del credito*, in *Dirittodellacrisi.it*, osserva che “se gli obblighi di adeguato assetto organizzativo competono esclusivamente all'imprenditore, nulla esclude la compartecipazione di un terzo – specie se qualificato, in ragione dell'attività esercitata, come è la banca – in relazione al fatto determinativo del danno, allorquando, nella istruttoria del credito, non siano stati analizzati dati di immediata rilevanza. In tal caso, pare rilevante che la tutela apprestata non resti limitata solo ed esclusivamente alla posizione degli altri creditori, quanto a quella dell'impresa, nella delineata prognosi di un'utile continuazione dell'attività”.

iuris tantum di abuso della concessione del credito e quindi pure dell'invariato mantenimento delle linee di credito già accordate.

6. La ricerca di una possibile sintesi

Il concetto di assetto organizzativo è riconducibile al sistema di funzioni, poteri, deleghe, processi decisionali e procedure che favorisce l'individuazione dei compiti e delle conseguenti responsabilità dei soggetti che intervengono nello svolgimento dei fatti aziendali.

Rispetto a detta definizione, si pone a questo punto uno snodo critico dello sviluppo di quanto sin qui illustrato: se da un lato la banca ha un interesse specifico all'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile che è fondamento della qualità dei dati e dei piani posti alla base dell'approccio forward looking nella concessione del credito, dall'altro è evidente che gli strumenti attraverso i quali la medesima può effettuare una verifica di adeguatezza sono limitatissimi, se non altro per effetto della loro onerosità (implicita od esplicita)⁴⁷ oltre che della difficoltà per la stessa a richiedere informazioni così pervasive da mettere in dubbio una sua ingerenza nella gestione⁴⁸.

Ove si accogliesse l'impostazione, che apparrebbe prevalente, secondo la quale gli assetti organizzativi si concretizzano essenzialmente in "regole organizzative procedimentali", la valutazione della banca potrebbe ridursi alla mera verifica della presenza/assenza dei relativi documenti e regolamenti interni⁴⁹, integrando nei propri sistemi di rating l'esito delle verifiche che si basano sulle check list predisposte dalla prassi professionale.

Potrebbe a riguardo delinearsi un teorico corto circuito: gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili sono in parte, ma non solo, immaginati come strumento che anticipi l'emersione della crisi, ma al contempo sono uno degli elementi che danno sostanza all'approccio forward looking nella concessione del credito, che in loro assenza potrebbe perdere di significato degradando, al manifestarsi di condizioni potenzialmente avverse nel corso

⁴⁷ STIGLITZ J. E. - WEISS A. cit.

⁴⁸ CISOLLA M., *La Responsabilità della banca nella (CO)gestione dannosa dell'impresa finanziata*, in www.ilcaso.it, 24 maggio 2020.

⁴⁹ In senso critico a detta impostazione si vedano DI CATALDO ARCIDIACONO, *Decisioni organizzative, dimensione dell'impresa e business judgment rule*, Relazione tenuta in occasione dell'XI° Convegno annuale dell'Associazione italiana dei Professori universitari di Diritto Commerciale "Orizzonti del Diritto commerciale", Roma, 14-15 febbraio 2020; sul tema si vedano anche PICARDI L. op. cit. e TUNG F., *Leverage in the Board Room: The Unsung Influence of Private Lenders in Corporate Governance*, 57 UCLA L. REV. 115, 2009.

della gestione dell'affidamento, a mero esercizio di pianificazione economico finanziaria, non permettendo un'effettiva verifica della capacità di rimborso delle obbligazioni assunte in relazione al tipo ed alle finalità del prestito,⁵⁰.

Volendo leggere la medesima previsione sotto una diversa luce potremmo immaginare che un'impresa priva di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili non solo fornirà ai propri finanziatori bancari dati prospettici privi di valenza predittiva, od ancor peggio mera proiezione dei risultati passati, avulsa dal prevedibile sviluppo delle attività aziendali⁵¹, ma sarà intempestiva nell'individuare i segnali di crisi, che una volta manifestatasi non potrebbe che imporre, tra le altre cose, la verifica della ragionevolezza degli elementi alla base dei finanziamenti ottenuti⁵².

Immaginare per le banche una puntuale e dettagliata verifica di dettaglio dell'adeguatezza organizzativa, amministrativa e contabile di ciascuna controparte appare inverosimile⁵³: da un lato questo comporterebbe costi insostenibili, scontrandosi al contempo con la nota questione delle ingerenze gestorie dei creditori bancari⁵⁴, anche per il naturale sfasamento tra l'evoluzione dell'assetto aziendale e la periodicità delle verifiche svolte da quest'ultimi⁵⁵.

⁵⁰ BELTRAME F. SOLDI. G e G. ZORZI, cit. pag. 59

⁵¹ PAVAN A., *Assetto Organizzativo e Probabilità di crisi d'impresa*, in *Le Società*, n 6 del 2023, pag. 751 segg.

⁵² In questo senso si vedano: ROSELLI D., *Concessione abusiva di Credito ed analisi del merito creditizio*, *Diritto Bancario*, 2 febbraio 2023 ed anche BERTI A. cit. pag. 51.

⁵³ Ne d'altra parte potrà essere considerata come esimente per la banca la mera verifica in sede di istruttoria creditizia del solo rispetto della normativa applicabile da parte dell'impresa: come osservato da autorevoli commentatori anche la stessa opzione per il bilancio ordinario in luogo di quello abbreviato, al fine di poter fornire adeguata disclosure sui rischi ESG, attiene al novero delle scelte di adeguatezza degli amministratori (CAGNASSO O. *I vizi della relazione sulla gestione e la loro rilevanza*" *Le Società*, n 7 del 2023, pag. 850). Si intende qui solo evidenziare come l'eventuale sindacato da parte dei creditori bancari potrebbe debordare proprio in quel sindacato sugli atti degli amministratori che in più parti abbiamo indicato come linea di prudente confine rispetto all'ingerenza nelle scelte amministrative.

⁵⁴ SCANO A. D. *Debt covenants e governo delle società per azioni solventi: il problema della lender governance*, *Il Nuovo diritto delle società*, N. 8, 2011, pag. 19 ed anche PICARDI L. cit. e TUNG F., cit.

⁵⁵ Il quadro ivi delineato parte dal presupposto del superamento di modelli di Relationship banking, che per lungo tempo ha avuto vasta diffusione almeno nell'Europa continentale (sino a sublimarsi nel modello mitteleuropeo della Hausbank) e che si fondino sulla partecipazione degli intermediari finanziari al capitale delle imprese, ma che negli ultimi decenni hanno subito un progressivo arretramento, sia per questioni regolamentari sia per il venir meno degli elementi di contesto che ne avevano decretato il successo. Per una ricostruzione del fenomeno si veda NEUBERGER D. – ANDREANI E., *Corporate Control and Relationship Finance by Banks or*

In via subordinata si potrebbe immaginare (con il consenso della società o dell'imprenditore) da un lato il reperimento di informazioni presso i consulenti esterni e dall'altro il recepimento del giudizio dell'organo di controllo⁵⁶, ma appare quantomeno problematico un recepimento acritico (in quanto sicuramente estraneo allo scetticismo professionale implicito nel concetto di sana e prudente gestione), laddove al contrario una valutazione critica che sconfessi gli esiti delle valutazioni dell'organo di controllo non potrebbe che riflettersi nei problemi circa la sua natura, salvo il caso in cui questa non sia il fondamento del diniego della concessione di fido o del suo rinnovo.

A parere di chi scrive la verifica potrà ragionevolmente limitarsi alla raccolta, anche in forma di questionario qualitativo, di una serie di informazioni ed elementi atti a suffragare un ipotetico "*rating interno di congruità*", rating che potrebbe da un lato integrare la prova di diligenza anche in un'eventuale sede contenziosa di natura concorsuale, e dall'altro superare valutazioni meramente qualitative, e quindi prive di quel requisito di ragionevolezza ed oggettività spesso richiamato in materia di concessione di credito.

Tale rating potrà prevedere un aggiornamento periodico attraverso uno scambio di informazioni attuali e prospettiche da parte dell'impresa, la cui tempestività ed attendibilità troveranno la loro base nell'adeguatezza dell'assetto societario, in particolare amministrativo e contabile, che consenta all'imprenditore di fornire alle banche un costante flusso informativo attendibile.

Onde rendere completo quanto sin qui discusso non possiamo che richiamare l'attenzione al ruolo che potrà essere svolto dalla definizione di un adeguato set informativo a carico dell'impresa, e di precisi obblighi di comunicazione, in sede di individuazione dei covenant contrattuali relativi almeno alle nuove erogazioni⁵⁷.

7. Conclusioni: Gli adeguati assetti dell'impresa in crisi e la possibile evoluzione del rapporto banca impresa

Quanto ora previsto in tema di predisposizione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile può fornire un contributo

by Non-Bank Institutional Investors? A Review within the Theory of the Firm, Corporate Ownership and Control 3(3), 2006, pagg. 9-26.

⁵⁶ Al riguardo è contemplata la possibilità di "Utilizzare sia informazioni reperite presso terzi, quali consulenti fiscali, revisori, ed altri esperti, sia informazioni fornite dai mutuati", BELTRAME F. - SOLDI. G. - G. ZORZI, cit. pag. 57

⁵⁷ PATRONI GRIFFI U., *I covenant finanziari. Note introduttive*, in Rivista di Diritto Societario, 2009, pag. 60 segg.

significativo allo sforzo di assicurare maggiore certezza alle scelte delle banche, anche se al contempo v'è il rischio di innescare valutazioni più severe e stringenti delle condotte degli operatori, facendo emergere limiti al sostegno finanziario delle imprese in difficoltà, o a quelle che per natura e ridotte dimensioni saranno meno solerti nel dare attuazione agli adeguati assetti.

Già nella versione del Codice precedente a quella in vigore dal luglio 2022 i più acuti commentatori avevano individuato nella disciplina sugli adeguati assetti dell'impresa uno snodo significativo per valutare se questa potesse vantare un merito creditizio⁵⁸.

I doveri di lealtà e collaborazione che, alla luce dell'art. 4 CCII devono ispirare sia il debitore sia i creditori, venivano letti come strumenti suscettibili di imprimere ulteriori sviluppi interpretativi alla questione del concorso fra la banca e l'imprenditore, specie se connessi all'obbligo di dotare l'impresa di adeguati assetti ovvero di criteri organizzativi, amministrativi e contabili finalizzati a individuare con tempestività l'emersione delle disfunzioni aziendali (art. 2086 c.c.), contribuendo a definire gli strumenti per superarle⁵⁹.

Il contributo della prassi professionale alla definizione degli elementi cardine dell'adeguatezza organizzativa, amministrativa e contabile fornisce alcune prime indicazioni, che comunque dovranno trovare opportuno accoglimento delle prassi operative degli intermediari finanziari, per esempio attraverso la progressiva tipizzazione degli obblighi informativi nei set di covenant informativi delle future erogazioni.

Resta però comunque irrisolto, e non potrebbe essere altrimenti, il tema dei doveri di lealtà, trasparenza e tempestività dell'impresa nei confronti delle controparti bancarie, stante la naturale dinamicità degli assetti e la loro incontestabile discrezionalità rispetto alle scelte imprenditoriali.

Al contempo l'evoluzione dei rapporti tra banche ed imprese non potrà prescindere dagli strumenti che saranno individuati per verificare e monitorare l'adeguatezza ed evoluzione degli assetti posti alla base della comunicazione finanziaria sulla quale è incardinato il monitoraggio andamentale previsto dalla normativa di vigilanza: da un lato le linee guida definite dalla prassi professionale permetteranno una standardizzazione della comunicazione, ma al contempo la specificità di ciascuna impresa affidata potrà richiedere di volta in volta nuove e differenziate informazioni.

⁵⁸ GOBIO CASALI P. - BINELLI M., *Concessione abusiva di credito e responsabilità della banca dopo il codice della crisi*, Diritto della crisi, 18 Aprile 2023.

⁵⁹ *Ibidem*. Opinione condivisa anche da AMBROSINI S. *Adeguatezza degli assetti, sostenibilità della gestione, crisi d'impresa e responsabilità della banca: alla ricerca di un fil rouge (un'introduzione)*, Ristrutturazioni Aziendali, 19 Maggio 2023 pag. 3.

A parere di chi scrive la necessità di una più ampia e pervasiva informativa ai creditori bancari concorrerà ad attenuare il fenomeno del multiaffidamento (in tempi recenti facilitato dalla possibilità di accedere a garanzie pubbliche anche per singole operazioni o per mere esigenze di liquidità) per un ritorno ad un più limitato numero di creditori bancari, seppur senza tornare ai modelli di banca relazionale del passato.

In questo scenario due sono le principali variabili che potranno imprimere ulteriori divergenze rispetto al percorso evolutivo che sembrerebbe delinearsi: da un lato la conferma delle facilitazioni al credito attraverso l'accesso semplificato a garanzie di tipo pubblico originariamente previste nel periodo COVID e tutt'ora presenti con nuove modalità, dall'altro l'ulteriore sviluppo di forme di direct lending che ponendosi a latere della normativa di vigilanza, potranno di volta in volta identificare i set informativi congrui per le proprie decisioni di finanziamento, stante anche il differente coinvolgimento di questa categoria di creditori nella definizione della governance delle imprese finanziate.

IL FASCINO DISCRETO DELLA CONCESSIONE ABUSIVA DI CREDITO DOPO IL CCII

FABIO SEBASTIANO e SILVIA CERONI

SOMMARIO: 1. Il fascino dell'istituto; 2. Concessione abusiva di credito e azione di responsabilità nei confronti dell'organo amministrativo della società in concorso con la banca finanziatrice; 3. Tre conseguenze con riferimento all'azione di responsabilità nei confronti dell'organo amministrativo in concorso con la banca; 4. Tre conseguenze con riferimento al rapporto tra la concessione abusiva del credito e l'ammissione del corrispondente credito allo stato passivo.

1. Il fascino dell'istituto

Con riferimento all'azione di abusiva concessione di credito nell'ambito della liquidazione giudiziale, pare oggi possibile affermare che la giurisprudenza di legittimità con alcune sentenze molto accurate abbia ormai assunto un orientamento ben preciso¹.

Dal punto di vista dogmatico l'azione ha sempre creato importanti dibattiti. Negli ultimi anni la giurisprudenza di legittimità e le Corti di merito hanno assunto però posizioni molto puntuali, in virtù delle quali l'azione di abusiva concessione di credito nei confronti di banche e intermediari finanziari può essere considerata un'azione di massa, finalizzata quindi alla ricostituzione del

¹ Cfr. tra le più puntuali Cass. 18 gennaio 2023, n. 1387, in www.dirittobancario.it; Cass. 30 giugno 2021, n. 18610, in *Fall.*, 2021, 1324-1328.

patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ex art. 2740 c.c., e destinata a favorire tutti i creditori indistintamente².

Perlopiù, si ritiene in dottrina che essa presupponga attuato l'abusivo ricorso al credito da parte dell'organo amministrativo del soggetto finanziato³. Il suo utilizzo è molto frequente, anche a séguito del ruolo sempre più rilevante assunto dalle banche nella gestione delle crisi d'impresa⁴; donde il particolare fascino oggi esercitato dall'istituto sulle curatele, sempre più propense a interrogarsi sulle cause del dissesto e sulla responsabilità degli istituti di credito⁵.

2. Concessione abusiva di credito e azione di responsabilità nei confronti dell'organo amministrativo della società in concorso con la banca finanziatrice

Come noto, la giurisprudenza di legittimità aveva dapprima affermato che il curatore fallimentare non sarebbe stato legittimato a proporre l'azione extracontrattuale per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito, diretta a mantenere in vita un'impresa decotta. Essa aveva affermato che l'azione non rientrava tra quelle di massa, per le quali il curatore può agire in rappresentanza dei creditori, trattandosi invece di strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore⁶.

In séguito la giurisprudenza di legittimità ha progressivamente cambiato prospettiva, ipotizzando che la curatela potesse essere legittimata ad agire contro la banca responsabile di aver danneggiato il patrimonio della società

² A. Nigro, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese "in crisi"*, in *Giur. comm.*, 2011, 305 ss.

³ M. Spadaro (a cura di), *Il curatore e l'azione per abusiva concessione di credito*, in *Fall.*, 2023, 1122-1123.

⁴ Cfr. R. Rordorf, *L'obbligo delle banche di comunicare le modifiche degli affidamenti agli organi di controllo delle società loro clienti ex art. 14, comma 4, CCII*, in *Diritto della crisi*, maggio 2021.

⁵ Cfr. R. Del Porto, *Brevi note in tema di concessione abusiva di credito*, in *ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*, ottobre 2022.

⁶ Cfr. Cass., SS.UU., 28 marzo 2006, n. 7029, in *Giur. It.*, 2006, 1191; in precedenza, Cass. 20 maggio 1982, n. 3115, in *Dir. fall.*, 1982, p. 901, aveva invece riconosciuto la legittimazione attiva del curatore a proporre l'azione risarcitoria contro un terzo (una banca) per fatti anteriori e colposamente causativi dello stato di insolvenza e del conseguente fallimento, in quanto il credito risarcitorio era sorto prima del fallimento.

fallita, in concorso con i suoi amministratori, avendo erogato credito in condizioni di accertata perdita del capitale sociale e/o in carenza di adeguata valutazione del merito creditizio⁷.

Oggi anche la giurisprudenza di merito afferma comunemente che l'erogazione del credito è qualificabile come abusiva, se effettuata a imprese prive di adeguati assetti amministrativi, organizzativi, contabili e senza concrete prospettive di superamento della crisi⁸. Ciò integra un illecito del finanziatore, per essere venuto meno ai suoi doveri di prudente gestione, obbligandolo al risarcimento, ove ne discenda l'aggravamento del dissesto favorito dalla continuazione dell'attività⁹. Le Corti di merito aggiungono, per converso, che non c'è abuso, se la banca, pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi d'impresa, abbia assunto un rischio ragionevole, operando nell'intento del risanamento aziendale ed erogando credito a un'impresa suscettibile, secondo una valutazione *ex ante*, di superamento della crisi. E ciò risalendo a documenti, dati e notizie acquisite, da cui, operando in buona fede, potesse essere desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito in vista del risanamento¹⁰.

Come altrettanto noto, oggi si ammette comunemente che la concessione abusiva di credito possa avere cagionato un danno diretto alla società; in questo caso la legittimazione del curatore sussiste già sulla base dell'art. 43 l.fall., ora art. 143 CCII, trattandosi di un diritto di cui l'impresa collettiva è titolare prima della liquidazione giudiziale. Si ammette anche che essa possa avere causato un danno alla massa dei creditori, cosicché la legittimazione del curatore sussiste sulla base dell'art. 146 l.fall., ora art. 255 CCII; in questo modo il curatore

⁷ Cfr. Cass. 1 giugno 2010, n. 13413, in *Giur. It.*, 2011, p. 109; Cass. 20 aprile 2017, n. 9983, in *Dir. fall.*, 2017, 3-4, 978, e in *Fall.*, 2017, 1157; Cass. 12 maggio 2017, n. 11798, *ivi*, 2017, 905; Cass., 14 maggio 2018, n. 11695, in *Giur. It.*, 2018, 1655.

⁸ Cfr. S. Ambrosini, *Adeguatezza degli assetti, sostenibilità della gestione, crisi d'impresa e responsabilità della banca: alla ricerca di un fil rouge*, in Id. (a cura di), *Assetti, aziendali, crisi d'impresa e responsabilità della banca*, Pisa, 2023, 1-10; nel medesimo volume dedicato al comportamento delle banche nel corso delle crisi aziendali, cfr. A. Panizza, *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi, contabili e codice della crisi: aspetti (teorici ed) operativi*, 27-58; S. Ambrosini, *La composizione negoziata: breve itinerario tra le prime applicazioni*, 135-154.

⁹ Trib. Brescia 8 gennaio 2023, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*.

¹⁰ Trib. Palermo 10 agosto 2021, in *www.DeJure.it*; App. Firenze 11 novembre 2019, in *Fall.* 2020, 812; Trib. Prato 15 febbraio 2017, in *www.ilcaso.it*.

estende (nelle S.p.A.) l'azione di responsabilità agli amministratori ex artt. 2394 c.c. e alla banca concorrente nell'illecito ex art. 2055 c.c.¹¹.

Sembra delineata ormai chiaramente anche la ricostruzione civilistica della fattispecie: siccome il soggetto finanziatore è tenuto al rispetto del principio di *sana e corretta gestione*, verificando in particolare il *merito creditizio*, emerge *la rilevanza primaria di valutare con prudenza, da parte dell'istituto bancario, la concessione di credito ai soggetti finanziati, in particolare ove in difficoltà economica*¹². Si tratta quindi di errata valutazione del merito creditizio, e comunque della commissione di una serie di errori da parte dell'ente finanziatore sull'idoneità del piano industriale e finanziario predisposto dall'impresa finanziata in relazione alla capacità di questo di consentire di superare la crisi¹³. Infatti, nonostante non ve ne fossero i presupposti, l'istituto di credito ha mantenuto gli affidamenti e/o ha concesso finanziamenti ad un imprenditore ormai privo del merito creditizio¹⁴.

Conclusivamente, è possibile affermare che la giurisprudenza di legittimità ha definitivamente risolto buona parte dei dibattiti teorici che erano in essere¹⁵.

Non vi è dubbio, infatti, che il soggetto finanziatore possa, a séguito di una imprudente erogazione, cagionare un danno all'impresa finanziata¹⁶. Nessuno dibatte più nemmeno il problema se il curatore possa esercitare l'azione per l'abusiva concessione del credito quale strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, poiché tale azione è pacificamente esclusa¹⁷. Inoltre, è ormai trascurato anche il dibattito inerente il problema di comprendere se dell'azione del curatore possano avvantaggiarsi indistintamente tutti i

¹¹ P. Gobio Casali, M. Binelli, *La concessione abusiva di credito dopo il codice della crisi*, in *Diritto della crisi*.

¹² Cass. 30 giugno 2021, n. 18610, *cit.*

¹³ Cfr. F. Baiguera, *Concessione abusiva di credito. Le riflessioni di un aziendalista*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*.

¹⁴ M. Spadaro (a cura di), *Il curatore e l'azione per abusiva concessione*, *cit.*, 1124.

¹⁵ Cfr. F. Pacileo, *Concessione "abusiva di credito e "sana e prudente gestione": linee guida giurisprudenziali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, 203 ss.

¹⁶ L. Balestra, *Responsabilità per abusiva concessione del credito e legittimazione del creditore*, in *Id.* (a cura di), *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Milano, 2016, 191 ss.

¹⁷ A. Lepre, *Brevi note sull'abusiva concessione del credito: tra contratto lecito ma illecito e contratto illecito ma inefficace*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 491 ss.

creditori, sia quelli che avevano già contrattato con la società prima della concessione abusiva del credito, sia quelli che hanno contrattato con la società dopo la concessione del credito, poiché hanno visto aggravarsi l'insufficienza patrimoniale della società, con pregiudizio della soddisfazione dei loro crediti¹⁸. In entrambi i casi la risposta è sicuramente positiva, poiché il protrarsi della situazione di crisi può persino avere reso impossibile l'esercizio delle azioni revocatorie e meno sicura la posizione dei creditori¹⁹. E ciò, sempre più spesso, allorché il debito generato per l'abusiva concessione appaia garantito da Sace e/o Mediocredito, i quali, notoriamente, una volta escussi, acquistano un corrispondente credito di regresso in via privilegiata a danno dei creditori concorsuali.

Infine, e questo è approdo importante, pare superato anche il problema dei rapporti tra l'art. 2394-bis c.c. e l'art. 2043 c.c., poiché il primo disposto codicistico non è più da considerarsi disposizione giuridica eccezionale; a questa, infatti, può ricorrersi anche quando il curatore, come nel caso che ci occupa, intenda convenire in giudizio soggetti giuridici diversi dagli organi sociali²⁰. Da questo punto di vista, è affermato un principio di carattere generale del diritto della crisi d'impresa, in virtù del quale spettano al curatore tutte le azioni utili a rimpinguare l'attivo; in questo modo è stata ridimensionata per via interpretativa la portata dell'art. 81 c.p.c.²¹, ma trattasi di problema teorico che non può essere affrontato in questa sede.

Con riferimento al problema della natura della responsabilità della banca in concorso con l'organo amministrativo, le proposte interpretative della giurisprudenza di legittimità sono oggi le seguenti: (i) la responsabilità è precontrattuale ex art. 1337 c.c., se l'istituto di credito abbia contrattato senza il rispetto delle prescrizioni speciali e generali che ne presidiano l'agire, disattendendo gli obblighi di corretto e accorto operatore professionale; in questo senso la responsabilità è considerata contrattuale, poiché "responsabilità

¹⁸ Cass. 18 gennaio 2023, n. 1387, *cit.*

¹⁹ Cass. 14 settembre 2021, n. 24725, in www.ilcodicedeconcordati.it.

²⁰ P. Piscitello, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 672.

²¹ I. Pagni, *La concessione abusiva di credito, tra diritti dei creditori e azioni della curatela*, in *Soc.*, 2007, 445.

da inadempimento di un'obbligazione preesistente"²²; (ii) è contrattuale, e quindi "da contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., se l'istituto di credito abbia proseguito, quando non doveva, in un rapporto già in essere; (iii) è extracontrattuale ex art. 2043 c.c., se la responsabilità sorga nei confronti del ceto creditorio a séguito del perfezionamento di un nuovo rapporto²³.

Tali assunti hanno anche consentito alla giurisprudenza di legittimità di precisare il tema dell'interferenza tra la responsabilità della banca e quella dell'organo amministrativo, e la natura dell'azione esercitata dal curatore²⁴.

Come si diceva, oggi, dopo la dichiarazione di liquidazione giudiziale, il curatore può esercitare l'azione ex artt. 2394-bis c.c. e 255 CCII (art. 146 l.fall.), nella quale egli cumula (nelle S.p.A.) l'azione sociale ex art. 2393 c.c. e quella dei creditori sociali ex art. 2394 c.c.

Pertanto, semplificando, se l'organo amministrativo della società finanziata si sia reso responsabile di abusivo ricorso al credito e la banca di concessione abusiva di credito, l'azione ex art. 255 CCII potrà essere promossa nei confronti di entrambi, secondo le indicazioni qui di séguito proposte²⁵. Ferma la tesi, anche questa prevalente, secondo la quale è vero che il curatore cumula la legittimazione processuale di entrambe le azioni, ma è altrettanto vero che nell'ambito del medesimo giudizio i presupposti, i termini prescrizione, l'onere della prova e la determinazione del danno rimangono valutazioni separate²⁶. Infatti, non vi è dubbio alcuno che la questione della prescrizione oppure della prova della responsabilità dei convenuti possa imporre al Giudice di valutare ciascuno dei fatti allegati dalla curatela con riferimento a ognuna delle due azioni. D'altro canto quella dei creditori sociali è azione ritenuta perlopiù extracontrattuale²⁷; autonoma e non surrogatoria;

²² A. Nigro, *Ancora sulla concessione "abusiva" di credito e sulla legittimazione del curatore fallimentare*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2007, 155-157.

²³ S. Delle Monache, *Concessione abusiva del credito e legittimazione del creditore*, in *Fall.*, 2022, 1331-1336.

²⁴ Cfr. M. Fabiani, *Le azioni di responsabilità verso gli organi sociali dopo il codice della crisi*, in Id., M. Arato, G. D'Atorre, *Le nuove regole societarie dopo il il codice della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2020, 125 ss.

²⁵ I. Pagni, *La concessione abusiva di credito*, cit., 442 ss.

²⁶ M. Fabiani, *Le azioni di responsabilità verso gli organi sociali*, cit., 125 ss.

²⁷ Cass. 4 dicembre 2015, n. 24715, in *www.Dejure.it*.

comunque azione di massa, per quanto non derivi dal fallimento²⁸. In altri termini, l'azione ex art. 255 CCII costituisce la sommatoria di due azioni, che nel corso del giudizio mantengono però la loro autonomia²⁹. A ragionar diversamente, infatti, si consentirebbe al curatore di poter duplicare le iniziative risarcitorie, e mediante il cumulo delle stesse imporre agli amministratori di risarcire due volte lo stesso danno³⁰.

3. Tre conseguenze con riferimento all'azione di responsabilità nei confronti dell'organo amministrativo in concorso con la banca

La prima.

Se la responsabilità addebitata all'organo amministrativo e all'istituto di credito attiene a fatti accaduti, allorché il patrimonio netto della società era ancora positivo (che rimane positivo alla data della liquidazione giudiziale), si tratta di azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c., che, in quanto tale, dovrebbe consentire alla banca di poter opporre in compensazione il proprio credito derivante dalla mancata restituzione del finanziamento. Infatti, la compensazione ex art. 155 CCII è consentita, se i fatti genetici dei crediti da compensarsi siano avvenuti prima della declaratoria della liquidazione giudiziale, salvo che l'obbligazione restitutoria della società nei confronti della banca sia esclusa dalla nullità del rapporto bancario, e ciò in virtù dell'interpretazione del concetto di buon costume inteso in senso economico³¹.

La compensazione ex art. 155 l.fall. può essere esclusa solo se si ritiene che l'art. 2394-bis c.c. costituisca un'azione nuova e autonoma, e non la semplice sommatoria delle azioni di cui agli artt. 2393 e 2394 c.c.³².

La seconda.

Se la responsabilità addebitata attiene a fatti accaduti, quando il patrimonio netto della società era ancora positivo (e diviene negativo prima della

²⁸ M. Fabiani, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, Milano, 2015, 129-134.

²⁹ S. Pacchi, S. Ambrosini, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020, pp. 247-251.

³⁰ Cass. S.U., 23 gennaio 2017, n. 1641, in *www.Dejure.it*.

³¹ Cass. 5 agosto 2020, n. 16706, in *Fall.*, 2021, 503 ss., con nota adesiva di S. Delle Monache, *Buon costume e fallimento*.

³² Come Cass. 21 giugno 2012, n. 10378, in *www.Dejure.it.*, ma si tratta di giurisprudenza minoritaria.

liquidazione giudiziale), il curatore cumula l'azione sociale di responsabilità *ex art. 2393 c.c.* e quella dei creditori sociali *ex art. 2394 c.c.*, cosicché per la quota di danno contestata *ex art. 2394 c.c.* non può operare alcuna compensazione. Il danno addebitato all'organo amministrativo e all'istituto di credito, in linea generale, va calcolato secondo il sistema della differenza dei netti patrimoniali di cui all'art. 378 CCII, e quindi dalla differenza di questi tra il momento in cui il rapporto bancario doveva interrompersi (o non concedersi altra finanza) e quello alla data in cui la società era effettivamente posta in liquidazione, anche giudiziale. Naturalmente per la determinazione della responsabilità della banca, occorre la rilevanza del nesso di causa, nel senso che questa potrà essere chiamata a rispondere solo se, senza il suo apporto, alla liquidazione la società sarebbe ricorsa in una data antecedente³³.

La terza.

Se la responsabilità addebitata attiene a fatti accaduti, allorché il patrimonio netto della società era già negativo, il curatore (*ex art. 255 CCII*) esercita l'azione dei creditori sociali *ex art. 2394 c.c.* Il danno addebitato ai convenuti in solido va calcolato secondo il sistema dei netti patrimoniali, di cui all'art. 378 CCII, e quindi attraverso la determinazione della differenza di questi (dei netti) tra il momento in cui il rapporto bancario doveva interrompersi (o non concedersi altra finanza) e quello alla data della liquidazione o della liquidazione giudiziale. Naturalmente anche in tale ipotesi per l'accertamento della responsabilità della banca, occorre la rilevanza del nesso di causa, nel senso che essa potrà essere chiamata a rispondere del danno procurato, solo se, senza il suo apporto, alla liquidazione anche giudiziale della società, si sarebbe ricorso in una data antecedente³⁴. Naturalmente in quest'ultima ipotesi, l'organo amministrativo risponde del danno procurato dalla data in cui esso avrebbe dovuto accertare lo scioglimento della società, che può anche essere antecedente alla data in cui l'istituto di credito non ha interrotto il rapporto o accordato nuova finanza.

³³ F. Dimundo, *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Milano, 2019, 66 ss.

³⁴ App. Firenze 11 novembre 2019 n. 2672, in *www.Dejure.it*.

4. Tre conseguenze con riferimento al rapporto tra la concessione abusiva del credito e l'ammissione del corrispondente credito allo stato passivo

La giurisprudenza di merito ammette senza tentennamenti che anche in sede di ammissione al passivo possa essere opposto alla banca, che chiede d'insinuare il proprio credito restitutorio, il credito risarcitorio che potrebbe essere oggetto dell'azione di responsabilità nei confronti dell'organo amministrativo in concorso con la banca³⁵. E ciò opponendo in compensazione non solo ciò che la curatela potrebbe ottenere dall'esercizio dell'azione *ex art. 255 CCII*³⁶, ma persino escludendo l'obbligo restitutorio a séguito della nullità del contratto di finanziamento *ex art. 2035 c.c.*³⁷.

Ciò pone tre questioni, tutte strettamente correlate alla circostanza che il giudizio di ammissione al passivo è procedimento che, per sua natura, ammette una cognizione limitata.

La prima.

Se, con riferimento al credito della banca, la curatela eccepisce fatti accaduti, allorché il patrimonio netto della società era ancora positivo (che rimane tale alla data della liquidazione giudiziale), siccome in via d'azione si tratterebbe di azione sociale di responsabilità *ex art. 2393 c.c.*, il rischio è la possibile violazione dell'*art. 155 CCII*, poiché, così facendo, il G.D. dovrebbe compensare un credito restitutorio (certo) con un debito risarcitorio (incerto).

La seconda.

Se in sede di ammissione al passivo, la curatela contesta alla banca la responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.* (nella tipica ipotesi di perfezionamento di un contratto di finanziamento, allorché il patrimonio netto era già negativo e/o la crisi era manifesta e in assenza di un idoneo piano industriale e finanziario), dovrebbe spettare alla curatela la prova di tutti gli elementi costitutivi dell'eccezione; infatti la responsabilità contestata è quella aquiliana. Ne deriva che non dovrebbe spettare alla banca la prova liberatoria, ma alla curatela la dimostrazione della crisi economica e finanziaria della

³⁵ Sul tema sia consentito rinviare anche a F. Sebastiano, A. Schiavo, *L'eccezione di ricorso abusivo al credito nel giudizio di ammissione allo stato passivo*, in S. Ambrosini (a cura di), *Assetti, aziendali, crisi d'impresa e responsabilità della banca*, cit., 361-368.

³⁶ Cfr. Trib. Rimini 29 ottobre 2019 n. 12335, in *Corr. giur.*, 2020, 1238.

³⁷ Cfr. Trib. Vicenza 19 maggio 2022, in *Fall.*, 2022, 1469; cfr. Trib. Vicenza 22 aprile 2021, inedita.

società, la violazione da parte della banca degli obblighi di corretta gestione e valutazione del merito bancario³⁸, il rapporto tra la condotta dell'istituto di credito e l'aggravamento del passivo³⁹.

La terza.

Nell'ipotesi in cui il credito della banca sia escluso e si formi il giudicato, nel giudizio promosso dalla curatela per fare valere la responsabilità *ex art. 255 CCII* dell'organo amministrativo e dell'istituto di credito, si pone il problema del giudicato endo-fallimentare, vale dire del rapporto tra il giudicato formatosi nel giudizio sullo stato passivo e quello proposto dalla curatela *ex art. 255 CCII*⁴⁰. D'altro canto, pur nell'opportunità di evitare il contrasto di giudicati, il giudizio di opposizione allo stato passivo non potrà essere sospeso, finché non sia promossa dalla curatela l'azione di responsabilità nei confronti della banca in concorso con l'organo amministrativo della società.

³⁸ Sulla violazione delle Linee Guida dell'EBA, si veda A. Guiotto, *Il finanziamento bancario e i rapporti tra banca e impresa*, in *Fall.*, 2021, 1199 ss.

³⁹ Cfr. E. Andreani, *Verifica del merito creditizio ed abusiva concessione di credito*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, gennaio 2023.

⁴⁰ Cfr., però, di recente Cass. 11 marzo 2022, n. 8010, in *www.Dejure.it*.

BREVI NOTE IN TEMA DI LEGITTIMAZIONE ATTIVA DEL CURATORE: LE AZIONI DI MASSA COME REGOLA “DI SISTEMA”

RAFFAELE DEL PORTO

1. Queste brevi note racchiudono alcune considerazioni dedicate ad un tema che potremmo definire “classico” della vecchia disciplina fallimentare, ma che conserva sicura attualità anche nel contesto del nuovo codice.

Lo spunto mi è stato offerto da un interessante evento formativo organizzato dai responsabili della nostra formazione decentrata al quale ho partecipato alcuni mesi fa, dedicato al tema delle azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali; erano ospiti in qualità di relatori due miei colleghi, il presidente della sezione specializzata in materia di impresa – diritto societario - di Milano ed un collega della Corte di cassazione, molto attivo anche sul piano scientifico; a me era affidato il ruolo di moderatore/coordinatore.

Lo spunto mi è stato offerto dall'intervento del collega della Corte, diretto a proporre una interpretazione/nozione restrittiva della categoria delle azioni cc.dd. di massa¹, volta a riconoscere, in sostanza, la legittimazione attiva del curatore all'esercizio delle sole azioni che gli siano attribuite da una espressa previsione di legge.

2. Qui di seguito (con qualche eccessiva semplificazione) la tesi restrittiva proposta dal collega.

¹ M. SPIOTTA, *Codice della crisi: tra novità e dubbi (ir)risolti (II parte) - Le azioni del Curatore e quelle esperibili dalle corrispondenti figure*, in *Giur. It.*, 2023, 1747 ss.; sulle azioni di responsabilità nelle diverse procedure concorsuali v. AA.VV., *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, a cura di Balestra e Martino, Milano, 2022, Parte III, 613 ss.

La prima ipotesi di legittimazione attiva del curatore deriva dall'ampia previsione del vecchio art. 43 L.F. (ora art. 143 C.C.I.I.), che prevede il c.d. spossessamento anche processuale del fallito.

Entrambe le norme citate prevedono difatti che nelle controversie - anche in corso - relative a rapporti di diritto patrimoniale del debitore/fallito compresi nella procedura concorsuale sta in giudizio il curatore.

La norma affida quindi al curatore l'esercizio (anche nella forma della prosecuzione) delle azioni relative a diritti preesistenti nel patrimonio del patrimonio del debitore/fallito, operando quindi la sostituzione di quest'ultimo al debitore nell'esercizio di dette azioni.

Vi sono poi altre norme che attribuiscono - espressamente - al curatore la legittimazione all'esercizio di alcune azioni che, nello scenario anteriore all'apertura della procedura concorsuale, spettano ai (singoli) creditori; fra le altre, l'azione revocatoria ordinaria (art. 2901 c.c.), attribuita al curatore ex artt. 66 L.F. e 165 C.C.I.I., l'azione di responsabilità dei creditori sociali (artt. 2394 e 2476, 6° comma, C.C.), sempre attribuita al curatore ex artt. 146 L.F., 255 C.C.I.I. e 2394 *bis* C.C. e l'azione di cui all'art. 2497, 4° comma, C.C.

Al di fuori di queste ipotesi, vige la regola generale dell'art. 81 c.p.c., a norma del quale la c.d. sostituzione processuale deve ritenersi ammessa nei soli casi previsti dalla legge; in assenza di una espressa previsione normativa, l'esercizio del diritto in giudizio deve ritenersi quindi consentito al solo titolare (o meglio a colui che si affermi titolare) della corrispondente situazione sostanziale.

In estrema sintesi, in difetto di una espressa previsione normativa, non può riconoscersi al curatore la legittimazione attiva con riferimento a quelle azioni che, spettanti in origine ai creditori *uti singuli*, non gli sono espressamente attribuite dal diritto positivo in conseguenza della apertura della procedura concorsuale.

La creazione della categoria delle azioni di "massa", naturalmente attribuite al curatore quale unico legittimato attivo in ragione della loro peculiare natura e funzione, risulterebbe perciò fuorviante, perché incompatibile col dato normativo, univoco - come ricordato - nel ritenere la natura eccezionale delle ipotesi di sostituzione processuale.

3. La tesi, pur stimolante, può essere definita sicuramente minoritaria, avuto riferimento all'orientamento ad oggi consolidato della Corte di cassazione².

Sono difatti numerose le pronunce di legittimità, anche delle Sezioni unite, che fondano le loro decisioni facendo espresso richiamo alla categoria delle azioni di massa e riconoscono la legittimazione (attiva) del curatore all'esercizio di tali azioni, senza richiedere che la sostituzione dell'organo della procedura concorsuale all'originario titolare trovi giustificazione in una espressa previsione di legge.

Fra queste, mi limito a ricordare le note "sentenze gemelle" delle Sezioni unite del 2006 (sentenze nn. 7029, 7030 e 7031)³ in tema di concessione abusiva di credito (che, per la verità, negavano nei casi allora in esame la legittimazione attiva del curatore proprio perché l'azione promossa non aveva natura di azione di massa); l'altrettanto nota sentenza - sempre delle Sezioni Unite - n. 1641/2017⁴ in tema di responsabilità per danno da bancarotta preferenziale nonché le recenti ordinanze nn. 18610/2021⁵ e 24725/2021⁶ con le quali la Corte è nuovamente intervenuta sul tema della concessione abusiva di credito.

Le azioni di massa, secondo tale giurisprudenza (confortata da autorevole dottrina), sono finalizzate "alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo ..." (Cass. SS.UU. 7029/2006 citata) e le norme che attribuiscono espressamente al curatore la legittimazione all'esercizio di alcune di tali azioni costituiscono quindi espressione di "un sistema, che autorizza a non ritenerle norme eccezionali, ma piuttosto manifestazione di un principio più generale, secondo cui il curatore si sostituisce al fallito ed ai creditori per le azioni che tendono a ripristinare la garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c., mirando alla ricostituzione del patrimonio dell'imprenditore nell'interesse della massa" (Cass. 18610/2021 citata).

² In argomento si veda tuttavia, in senso contrario, la recente ordinanza della Corte di cassazione n. 31389/2022

³ Cass., Sez. Unite, 28 marzo 2006, n. 7029, in *Fall.*, 2007, 101 ss.; Cass., Sez. Unite, 28 marzo 2006, n. 7030, in *Fall.*, 2006, 1125 ss.; Cass., Sez. Unite, 28 marzo 2006, n. 7031, in *Giur. It.*, 2006, 1191 ss.

⁴ Cass., Sez. Unite, 23 gennaio 2017, n. 1641, in *Fall.*, 2017, 149 ss.

⁵ Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, in *Contratti*, 2022, 171 ss.

⁶ Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, in *Foro It.*, 2021, I, 3897 ss.

Si osserva, in particolare, che “il curatore, in sostanza, diviene titolare, per specifica ‘missione’, dell’interesse a conservare ed a ripristinare il patrimonio del debitore, il quale è nel contempo per definizione la garanzia ‘indiscriminata’ del ceto creditorio” e che “la funzione recuperatoria della garanzia patrimoniale a tutela della par condicio creditorum è tipica dell’attività demandata dalla legge al curatore: il quale, esercitando un’azione di massa, non si sostituisce ai singoli creditori, ma amministra il patrimonio dell’impresa soggetto ad esecuzione concorsuale, recuperandolo alla sua propria funzione di garanzia (così, sempre Cass. 18610/2021 citata).

4. Non ho certo la presunzione di voler aggiungere argomenti personali a quelli – ben più autorevoli e convincenti – illustrati dalle sentenze citate e mi limito quindi ad alcune semplici considerazioni.

Sul piano generale mi sembra che l’attribuire al curatore la legittimazione esclusiva all’esercizio delle azioni “di massa”, anche in assenza di un’espressa norma di legge, risponda, come ben evidenziato dalle sentenze citate, ad una esigenza “di sistema”.

La disciplina del fallimento dettata dalla “vecchia” legge fallimentare e la nuova disciplina della liquidazione giudiziale dettata dal codice della crisi costituiscono entrambe espressione del principio di necessaria (o quantomeno tendenziale) universalità della procedura concorsuale dal punto di vista sia oggettivo che soggettivo.

Fatte salve le eccezioni di legge, tutto il patrimonio del debitore/fallito è acquisito all’attivo della procedura concorsuale e tutti i creditori devono insinuare al passivo del fallimento/liquidazione giudiziale il proprio credito e ricevere l’eventuale pagamento nell’ambito dei riparti predisposti dalla curatela.

Operano infatti in entrambe le procedure i (noti) principi che caratterizzano le procedure concorsuali: il debitore/fallito, come detto, perde l’amministrazione e la disponibilità dei suoi beni, che vengono affidati alla gestione del curatore sotto la vigilanza del giudice delegato; vige la regola dell’esclusività del rito speciale d’accertamento del passivo e, sul piano esecutivo, opera il divieto delle azioni individuali.

La liquidazione dei beni è affidata al curatore (affiancato dal comitato dei creditori e sotto la vigilanza del giudice delegato) al quale è anche affidata la distribuzione del ricavato, mediante i riparti, effettuati nel rispetto delle regole del concorso.

I principi (e le esigenze) propri della “concorsualità sistematizzata” sembrano quindi suggerire (o forse imporre) la regola della necessaria legittimazione esclusiva del curatore all’esercizio di quelle azioni che, come ricordato, sono dirette alla ricostruzione del patrimonio del debitore/fallito in funzione della reintegrazione della garanzia generica rappresentata proprio da quel patrimonio.

È questa, difatti, la soluzione che appare più coerente ai ricordati obiettivi di ricostruzione del patrimonio del debitore nel contesto della procedura concorsuale necessariamente unitaria, finalizzata alla soddisfazione ordinata dei creditori nel rispetto delle regole della *par condicio*.

Soluzione alternativa a quella della iniziativa individuale, necessariamente egoistica, del singolo creditore.

L’attribuzione al curatore della legittimazione esclusiva all’esercizio delle azioni di massa non vale quindi a sottrarre detta azione ai creditori, ma, piuttosto, al singolo creditore, consentendo quindi al curatore di riversare l’eventuale risultato utile dell’esercizio vittorioso dell’azione in favore dell’intera platea dei creditori.

Sotto un diverso profilo sembra opportuno ricordare che, al di fuori del terreno delle azioni risarcitorie, sembra pacifica l’attribuzione al curatore del fallimento/liquidazione giudiziale della legittimazione esclusiva all’esercizio di azioni quale quella di simulazione, diretta a far valere, soprattutto in rappresentanza della massa dei creditori, la natura simulata di atti posti in essere dal debitore/fallito con finalità – di norma - recuperatorie.

L’azione di simulazione preesiste, per la verità, nel patrimonio del debitore/fallito (anche le parti del contratto simulato, difatti, possono far valere la simulazione del contratto nei limiti stabiliti dall’art. 1415 C.C.), ma pare pacifica, alla stregua del diritto vivente, la posizione di terzietà del curatore che eserciti l’azione di simulazione.

E ciò con particolare riferimento al tema della prova della simulazione, ove si riconosce al curatore ampia libertà di mezzi nel fornire la prova della natura simulata dell’atto, in considerazione della qualità che gli è propria di rappresentante della massa dei creditori, sottraendolo ai severi limiti probatori che l’art. 1417 C.C. pone alle sole parti del negozio simulato.

Ecco quindi che, al di fuori del campo delle azioni risarcitorie, si riconosce al curatore la legittimazione all’esercizio di un’azione che, anteriormente all’apertura della procedura concorsuale, risulterebbe affidata ai singoli creditori; e ciò in assenza di un’espressa previsione di legge.

5. Il Codice della crisi fornisce interessanti spunti in tema di legittimazione attiva del curatore.

In tema di azioni di responsabilità, l'art 255 C.C.I.I. detta un puntuale elenco delle azioni di responsabilità affidate al curatore.

L'art. 255⁷, in particolare, attribuisce espressamente al curatore la legittimazione a promuovere o proseguire le specifiche azioni contemplate alle lettere a), b) c) e d), alle quali aggiunge, alla lettera e), "tutte le altre azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge", adottando una formula che sembra introdurre una sorta di "riserva di legge".

In tema di azioni di responsabilità sembrerebbe perciò ora esclusa la possibilità di attribuire al curatore la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità, anche in difetto di una espressa previsione normativa, mediante richiamo - sul piano generale - alla categoria delle azioni di massa.

Più complesso il caso delle azioni di responsabilità nel concordato preventivo per cessione dei beni disciplinato dall'art. 115 C.C.I.I.⁸

Il primo comma dell'articolo in esame attribuisce infatti al liquidatore giudiziale, come noto, la legittimazione all'esercizio di "ogni azione prevista dalla legge finalizzata a conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti" e, in armonia con tale disposizione, il secondo comma dell'articolo affida al liquidatore giudiziale l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità.

Entrambe le norme attribuiscono quindi all'organo nominato dal tribunale (quale mandatario dei creditori per la ordinata liquidazione dei beni offerti in cessione) l'esercizio delle azioni (anche di responsabilità) preesistenti nel patrimonio del debitore e sembrano quindi dirette a confermare quella esigenza di concorsualità che, propria della disciplina del fallimento e della liquidazione giudiziale, ispira anche - in parte - l'esecuzione del concordato liquidatorio con cessione dei beni.

Più complessa la lettura del terzo comma dell'art. 115, a norma del quale "resta ferma, in ogni caso anche in pendenza della procedura e nel corso della

⁷ S. PACCHI – S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna 2023, 341 ss.; T. TOMASI, Sub art. 255, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, Padova, 2023.

⁸ S. PACCHI – S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna 2023, 343 ss.; A. AUDINO, Sub art. 115, in A. MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, Padova, 2023.

sua esecuzione, la legittimazione di ciascun creditore sociale a esercitare o proseguire l'azione di responsabilità prevista dall'articolo 2394 del codice civile”.

Non è questa la sede per commentare la scelta operata dal legislatore, sulla cui bontà ho già espresso le mie personali perplessità.

Limitatamente al tema della legittimazione attiva degli organi delle procedure concorsuali, mi sembra di poter dire che la norma si presti ad una doppia interpretazione.

Una prima lettura dell'art. 115 C.C.I.I. potrebbe infatti suggerire come tale previsione costituisca implicita conferma della regola di tassatività delle ipotesi di legittimazione attiva (del curatore) all'esercizio delle azioni di responsabilità già ricavabile dal tenore dell'art. 255 C.C.I.I.

E perciò, in difetto di una espressa disposizione di legge, l'azione di responsabilità dei creditori sociali, che - come ovvio - spetta ai soli creditori nello scenario anteriore all'apertura della procedura concorsuale, resta affidata ai medesimi creditori anche nella intera pendenza della procedura di concordato e nell'ulteriore fase della sua esecuzione.

Ho già espresso la mia esplicita preferenza per la soluzione tuttora condivisa dalla giurisprudenza di legittimità in tema di legittimazione all'esercizio delle azioni di massa (e la mia perplessità per la soluzione adottata dal terzo comma dell'art. 115 C.C.I.I.). Mi spingo quindi a proporre, in chiusura del mio intervento, un'interpretazione della norma quasi provocatoria. Le azioni di massa, per le ragioni già indicate, sono naturalmente affidate alla legittimazione esclusiva del curatore (o del liquidatore giudiziale): potrebbe quindi ritenersi che il legislatore abbia ritenuto necessaria una norma *ad hoc* per derogare a tale regola “di sistema” e prevedere che l'azione dei creditori sociali resti, nell'ambito del concordato per cessione dei beni, agli stessi creditori proprio in forza di tale espressa previsione.

Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2023 – Fascicolo IV

Sezione II - Giurisprudenza

La Cassazione riafferma la responsabilità delle banche negligenti

Cassazione civile, Sez. III, 18 gennaio 2023, n. 1387. Pres. Rubino. Rel. Pasqualina A. P. Condello.

Con questa ordinanza la Corte di Cassazione ribadisce che l'incremento delle passività è ascrivibile a responsabilità delle banche quando esse, come nel caso di specie, "disattendendo le Istruzioni di Vigilanza, hanno trascurato di acquisire la documentazione reddituale che avrebbe consentito di avere una rappresentazione più veritiera della situazione economica rispetto al documento di esercizio e di valutare la situazione patrimoniale della società. La Corte territoriale ha, pertanto, correttamente, concluso che con tale condotta le banche hanno violato «gli obblighi specifici sottesi al principio di sana e prudente gestione del credito e della normativa settoriale di vigilanza», perché, con la concessione abusiva del credito, hanno ritardato il fallimento della società, aggravando il passivo fallimentare."

Fatti di causa

1. La Curatela del Fallimento Tessile Tempesti di Tempesti Riccardo & C. s.a.s. convenne in giudizio Monte dei Paschi di Siena s.p.a. e Monte dei Paschi di Siena Capital Servite Banca per le imprese s.p.a., in concorso con gli amministratori, chiedendo la condanna delle convenute, in via solidale o ciascuna per la quota di responsabilità, al risarcimento dei danni arrecati alla società fallita in conseguenza del ricorso abusivo al credito, da parte degli amministratori, che aveva protratto illegittimamente lo stato deficitario della società.

Espose a sostegno della domanda che la società fallita, operante nel settore tessile, nel decennio 1998-2008 e fino alla dichiarazione di fallimento (avvenuta in data 25 settembre 2009) aveva registrato gravi perdite, ma che, malgrado lo stato di decozione, gli amministratori avevano chiesto ed ottenuto da Monte dei Paschi di Siena e Banca Toscana s.p.a. un forte sostegno bancario, da cui era poi derivato il ritardo nel fallimento, con conseguente maggiorazione del passivo e diminuzione dell'attivo; che se gli amministratori non avessero chiesto e ottenuto credito, l'insolvenza si sarebbe manifestata non oltre l'anno 2000 ed il fallimento sarebbe stato dichiarato non oltre il 31 gennaio 2001.

Il Tribunale di Prato, disattese le eccezioni di incompetenza per territorio, di difetto di legittimazione attiva della Curatela, nonché quella di prescrizione, condannò Banca Monte dei Paschi di Siena e M.P.S. Capital Services Banca per le Imprese s.p.a., in solido, al risarcimento dei danni in favore della Curatela.

2. Interposto gravame dalle parti soccombenti, la Corte d'appello di Firenze, compensate per metà le spese del giudizio di primo grado e poste le spese di c.t.u. per un terzo a carico della parte appellata e per la restante parte a carico delle parti appellanti, ha confermato nel resto la sentenza impugnata.

In sintesi, la Corte territoriale, rilevando che l'azione proposta dalla Curatela fosse volta a tutelare un credito risarcitorio facente già capo alla società fallita, ha rigettato l'eccezione di prescrizione — evidenziando che solo con la dichiarazione di fallimento si era reso evidente ai terzi lo stato di insolvenza della società, avendo l'erogazione del credito consentito alla stessa di «galleggiare» su un tessuto economico e patrimoniale gravemente deficitario, che era giunto al collasso in seguito al protesto di un assegno a favore di Riccardo Tempesti, privo di provvista — e ritenuto sussistente la responsabilità delle appellanti per abusiva concessione del credito.

Sotto tale ultimo profilo, ha osservato che il c.t.u. aveva rilevato una situazione deficitaria dal 2002 in poi, con perdite costanti per anno, e che alla data del 31 dicembre 2004 la società era ormai priva di merito creditizio; nonostante ciò, la società aveva continuato ad ottenere credito, tanto che aveva anche acquisito il ramo d'azienda della Sitea s.r.l., sicché le Banche avevano violato gli obblighi specifici sottesi al principio di sana e prudente gestione del credito, nonché il principio generale del *neminem laedere* ex art. 2043 cod. civ., avendo consentito la prosecuzione dell'attività economica quando la società era in crisi irreversibile. Ravvisato, quindi, il rapporto causale tra evento e danno, costituito dall'aggravamento del deficit fallimentare, la Corte d'appello, richiamando il criterio dei cd. netti patrimoniali utilizzato dal c.t.u., ha concluso che la differenza tra il netto patrimoniale alla data del 31 dicembre 2004 e quello alla data di dichiarazione del fallimento ammontava ad euro 4.321.326,00.

3. Monte dei Paschi di Siena s.p.a., in proprio e quale rappresentante di MPS Capital Services Banca per le Imprese s.p.a., ricorre per la cassazione della decisione d'appello, sulla base di tre motivi.

La Curatela del Fallimento Tessile Tempesti di Tempesti Riccardo & C. s.a.s. resiste con controricorso.

4. La trattazione è stata fissata in camera di consiglio ai sensi dell'art. 380-bis.1. cod. proc. civ.

Non sono state depositate conclusioni dal Pubblico Ministero.

La ricorrente e la Curatela del Fallimento Tessile Tempesti di Tempesti Riccardo & C. s.a.s. hanno depositato memorie ex art. 380-bis.1. cod. proc. civ.

Ragioni della decisione

1. Con il primo motivo d'impugnazione le ricorrenti denunciano, con riguardo al capo della sentenza impugnata che ha rigettato l'eccezione di difetto di legittimazione attiva del Curatore fallimentare, «erronea interpretazione ed applicazione degli artt. 146, comma 2, lett. a) legge fallimentare e degli artt. 2393, 2394, 2260 e 2315 cod. civ. e difetto e contraddittorietà della motivazione».

Contestano alla Corte d'appello di avere erroneamente ritenuto che l'azione del Curatore potesse essere esercitata autonomamente nei confronti delle banche finanziatrici, rispetto ad analoga azione nei confronti degli amministratori, in contrasto con la giurisprudenza di legittimità che riconosce la legittimazione del curatore ad agire ex art. 146 legge fallimentare nei confronti della banca, ove la stessa sia qualificabile come terzo responsabile solidale del danno cagionato alla fallita, per effetto dell'abusivo ricorso al credito, da parte dell'amministratore della società e, comunque, in via concorrente con quest'ultimo. Invocano, inoltre, a supporto della censura le pronunce delle Sezioni Unite n. 7029 e 7030 del 2006, nonché la successiva sentenza di questa Corte n. 13413/2010, escludendo al contempo che la decisione impugnata possa trovare conforto nella sentenza di questa Corte n. 9983/2017.

1.1. La censura è infondata.

1.2. La questione prospettata è stata, di recente, oggetto di approfondito esame da parte di Cass. n. 18610 del 2021, alla quale si intende dare continuità.

Con tale arresto la Corte, premesso che la condotta di «abusivo ricorso al credito» è prevista dall'art. 218 legge fallimentare e sanziona gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale quando ricorrono o continuano a ricorrere al credito, dissimulando il dissesto o lo stato di insolvenza (la norma è riprodotta nell'art. 325 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza), e che è da ritenersi egualmente illecita la condotta di «concessione abusiva di credito», che individua «l'agire del finanziatore che conceda, o continui a concedere incautamente, credito in favore dell'imprenditore che versi in stato di insolvenza o comunque di crisi conclamata», ha osservato come, sebbene nel nostro ordinamento non esista un generale dovere, a carico di ciascun consociato, di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, tuttavia, con specifico riferimento alla normativa che regola il sistema bancario, il soggetto finanziatore, sulla base di questa, è invero tenuto all'obbligo di rispettare i principi di c.d. sana e corretta gestione, verificando, in particolare, il merito creditizio del cliente in forza di informazioni adeguate. Si è spiegato che: «dato che l'attività di concessione del credito da parte degli istituti bancari non costituisce mero "affare privato" tra le stesse parti del contratto di finanziamento, l'ordinamento ha predisposto una serie di principi, controlli e regole, nell'intento di gestire i rischi specifici del settore, attese le possibili conseguenze negative dell'inadempimento non solo nella sfera della banca contraente, ma ben oltre di questa; potendo, peraltro, queste coinvolgere *in primis* il soggetto finanziato, nonché, in una visuale macroeconomica, un numero indefinito di soggetti che siano entrati in affari col finanziato stesso».

Fatta questa premessa, con la pronuncia richiamata si è chiarito che per quanto riguarda i profili civili risarcitori le condotte di «abusivo ricorso e di abusiva concessione del credito» possono cagionare alla società amministrata o finanziata, sul piano economico, un danno da diminuita consistenza del patrimonio sociale e, sul piano contabile, l'aggravamento delle perdite favorite dalla continuazione dell'attività d'impresa e che, a fronte di tali situazioni pregiudizievoli, il curatore è investito della legittimazione a promuovere le azioni previste dall'art. 2394-bis cod. civ. e dall'art. 146

l.f. nei confronti degli amministratori, dei direttori generali e dei liquidatori nell'interesse della massa dei creditori; la società ed i terzi possono anche agire nei confronti delle banche finanziatrici, ritenute responsabili, in conseguenza dell'illecito sostegno finanziario all'impresa per la concessione o la reiterata concessione del credito, dei danni loro cagionati e ciò quando la banca abbia, dolosamente o colposamente, mantenuto artificiosamente in vita un imprenditore in stato di dissesto, in tal modo arrecando al patrimonio del medesimo danni pari all'aggravamento del dissesto, nonché delle perdite generate dalle nuove operazioni così favorite.

Affrontando la questione relativa alla legittimazione attiva del curatore, la sentenza n. 18610/21 — ricollegandosi ai precedenti (Cass., sez. 1, 10/06/2010, n. 13413; Cass., sez. 1, 20/04/2017, n. 9983) che hanno operato opportuni distinguo quanto alle domande proposte nel processo ed alle vicende esaminate, rispetto alle pronunce delle Sezioni unite del 2006 (Cass., sez. U, 28/03/2006, nn. 7029, 7030 e 7031), reputando proponibile l'azione risarcitoria del curatore nei confronti delle banche per l'imprudente concessione del finanziamento, quando la posizione a questa ascritta sia di terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della società, che abbia perduto interamente il capitale, dinanzi all'avventata richiesta di credito e ad una parimenti avventata concessione di credito da parte della banca — ha precisato che la curatela, in caso di fallimento, è legittimata ad agire nei confronti delle banche per i danni cagionati alla società fallita allorquando venga dedotta la responsabilità del finanziatore verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto causato al patrimonio di quest'ultimo dall'attività di finanziamento, dovendosi, invece, escludere la legittimazione del curatore all'azione di risarcimento del danno diretto patito dal singolo creditore per l'abusiva concessione del credito quale strumento di reintegrazione del patrimonio di quest'ultimo.

Nel primo caso l'azione spetta senz'altro al curatore, come successore nei rapporti del fallito, ai sensi dell'art. 43 l.f., che sancisce, per i rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, la legittimazione esclusiva del predetto, trattandosi di lesione del patrimonio dell'impresa fallita e di un diritto rinvenuto dal curatore nel patrimonio di questa. Al curatore spetta, infatti, la legittimazione per le c.d. azioni di massa, volte alla ricostituzione della garanzia patrimoniale ex art. 2740 cod. civ., di cui tutti creditori beneficeranno (principio questo chiaramente espresso da Cass., sez. U, 23/01/2017, n. 1641).

La legittimazione del Curatore opera ove si prospetti un'azione a vantaggio di tutti i creditori indistintamente, perché recuperatoria in favore dell'intero ceto creditorio di quanto sia andato perduto, a causa dell'indebito finanziamento, del patrimonio sociale, atteso che il fallimento persegue, appunto, l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori nel rispetto della par condicio. Si tratta, infatti, in tal caso di un danno al patrimonio dell'impresa, con la conseguente diminuita garanzia patrimoniale della stessa, ai sensi dell'art. 2740 cod. civ., scaturita dalla concessione abusiva del credito, che abbia permesso alla stessa di rimanere immeritadamente sul mercato, continuando la propria attività ed aumentando il dissesto, donde il danno riflesso a tutti i creditori.

Un simile danno, come si legge nella sentenza n. 18610/21, «riguarda tutti i creditori: quelli che avevano già contrattato con la società prima della concessione abusiva del credito *de qua*, perché essi vedono, a cagione di questa, aggravarsi le perdite e ridursi la garanzia ex art. 2740 c.c.; quelli che abbiano contrattato con la società dopo la concessione di credito medesima, perché (se è vero che a ciò possa aggiungersi pure la *causa petendi* di essere stati indotti in errore, ed allora individualmente, dall'apparente stato non critico della società, è pur vero che) del pari avranno visto progressivamente aggravarsi l'insufficienza patrimoniale della società, con pregiudizio alla soddisfazione dei loro crediti».

Da tanto discende che le azioni promosse dal curatore, vale a dire quella contro gli amministratori prevista dall'art. 146 l.f. e quella contro il finanziatore c.d. abusivo ex art. 1218 cod. civ. ed art. 2043 cod. civ., hanno entrambe come presupposto la diminuzione del patrimonio sociale derivante dalla prosecuzione dell'attività d'impresa con aggravamento dello stato di dissesto.

Alla stregua dei superiori principi, poiché nel caso di specie il danno fatto valere è quello cagionato alla massa dei creditori, quale posizione indistinta e riflessa del pregiudizio al patrimonio sociale, essendo indubbio che il peggioramento delle condizioni patrimoniali societarie arreca un danno a tutti i creditori, che vedono pregiudicata la garanzia patrimoniale generica e ridotta matematicamente la *chance* di soddisfare il loro credito, risulta evidente che alla Curatela del fallimento debba essere riconosciuta la legittimazione ad agire. Si discute, infatti, di una fattispecie di danno differente rispetto a quella per le quali le Sezioni Unite della Cassazione, con le sentenze n. 7029, n. 7030 e n. 7031 del 2006, hanno escluso la legittimazione attiva del curatore fallimentare, posto che queste ultime sentenze hanno decretato il difetto di legittimazione attiva del curatore fallimentare a proporre, nei confronti della banca finanziatrice, l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai singoli creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta.

2. Con il secondo motivo le ricorrenti censurano il capo della sentenza impugnata con il quale è stata rigettata l'eccezione di prescrizione per falsa applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 146 l.f., 2393 e 2394 cod. civ. e per violazione dell'art. 2947 cod. civ.

Deducono, al riguardo, che non derivando l'azione esperita dal fallimento ed avendo ad oggetto un diritto al risarcimento che già si trovava nel patrimonio della società fallita prima e a prescindere dal fallimento, il *dies a quo* del diritto non può coincidere con la sentenza di fallimento, ma deve piuttosto farsi risalire alla data del fatto illecito. Essendo stato contestato alle Banche un illecito omissivo, il diritto al risarcimento del danno extracontrattuale dovrebbe, ad avviso delle ricorrenti, ritenersi prescritto per le omissioni asseritamente intervenute prima del 14 aprile 2006 (tenuto conto che l'azione è stata proposta con atto di citazione del 14 aprile 2011).

2.1. Il motivo è in parte inammissibile e, in parte, infondato.

2.2. La Corte territoriale, respingendo l'eccezione, ha osservato: «solo con la dichiarazione di fallimento si è reso evidente ai terzi lo stato di insolvenza della società posto che l'erogazione del credito ed il mantenimento degli affidi permettevano alla società di "galleggiare" su un tessuto economico e patrimoniale gravemente deficitario che, secondo la c.t.u, comportava una perdita annuale di oltre un milione di euro, giungendo al collasso in seguito al protesto dell'assegno a favore di Riccardo Tempesti perché privo, oramai, di provvista ma che ben difficilmente poteva essere rilevato dai terzi non addentro al meccanismo finanziario che supportava la società, peraltro costituita nella forma di s.a.s. e come tale non soggetta all'obbligo di pubblicazione dei bilanci; quindi, rispetto a costoro, solo con la dichiarazione di fallimento si è palesato lo stato di insolvenza e l'azione di responsabilità extracontrattuale, unica rilevante ai fini del giudizio per non avere la Curatela coltivato anche in secondo grado quella contrattuale...».

2.3. La Corte, sotto il profilo di diritto, ha fatto corretta applicazione del principio consolidato, dettato in tema di azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori di società *ex art. 2394 cod. civ.*, ed applicabile pur quando l'azione sia promossa dal curatore fallimentare ai sensi dell'art. 146 legge fallimentare, secondo cui essa è soggetta a prescrizione quinquennale, decorrente dal momento in cui i creditori sono oggettivamente in grado di venire a conoscenza dell'insufficienza del patrimonio sociale per l'inidoneità dell'attivo — raffrontato alle passività — a soddisfare i loro crediti.

Tale momento coincide, in via di presunzione semplice fondata sull'*id quod plerumque accidit*, con la dichiarazione di fallimento, mediante lo spossessamento del debitore e la presa in consegna delle attività da parte dell'organo della procedura, anche se tale presunzione non esclude come, in concreto, il *deficit* si sia manifestato in un momento anteriore, gravando tuttavia il relativo onere probatorio su chi allega la circostanza e fonda su di essa un più favorevole inizio del decorso della prescrizione (Cass., sez. 6-1, 23/07/2020, n. 15839; Cass., sez. 1, 29/12/2017, n. 31204, non massimata, ed altre ivi citate).

Si è, in particolare, spiegato che la nozione di insufficienza patrimoniale si ricollega alla garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 cod. civ., costituita dal patrimonio della società, ed essa rappresenta un mero fatto contabile, che si verifica quando il patrimonio della società presenti una «eccedenza delle passività sulle attività, ovverosia [in] una situazione in cui l'attivo sociale, raffrontato ai debiti della società, è insufficiente al loro soddisfacimento» (Cass., sez. 22/04/2009, n. 9619 e 28 maggio 1998, n. 5287); che, atteso il generale disposto dell'art. 2935 cod. civ., costituisce parimenti principio consolidato che «la prescrizione dell'azione *ex art. 2394 c.c.*, pur quando esercitata dalla procedura, decorre dal momento in cui l'attivo si sia palesato in modo oggettivamente percepibile da parte dei creditori come inidoneo a soddisfarli: non si tratta di aprire la strada ad un soggettivismo psicologico, ma della valutazione astratta di conoscibilità: non già mero fatto soggettivo di conoscenza del danno da parte del titolare dell'azione, bensì rilievo del dato oggettivo della sua conoscibilità da parte

dei terzi creditori, posti così nella condizione di poter esercitare il proprio diritto» (così, in motivazione, Cass. 29 dicembre 2017, n. 31204, non massimata).

2.4. Le ricorrenti anche in questa sede si limitano ad affermare che «la sussistenza dell'illecito doveva essere valutata ed eventualmente accertata solo a partire dal 14.4.2006», senza tuttavia neppure dedurre fatti sintomatici di assoluta evidenza da cui il giudice di merito avrebbe potuto desumere la prova contraria di una diversa data di insorgenza dello stato di incapacienza patrimoniale. Ne segue che la censura, per come illustrata, sotto altro profilo, è pure inammissibile, in quanto investe una valutazione riservata al giudice di merito, come tale insindacabile, se non per vizio *ex art.* 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ., neppure formulato.

3. Con il terzo motivo le ricorrenti denunciano, con riferimento al capo della decisione gravata che ha confermato la pronuncia di accertamento e di declaratoria della responsabilità delle banche per concessione abusiva del credito, la falsa applicazione della disposizione di cui all'art. 5 del Testo Unico in materia bancaria e creditizia di cui al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, e della normativa speciale del settore creditizio prevista dalle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia di cui alla Circolare n. 229 del 21/04/2009 e dell'Accordo di Basilea 2 sul *rating*.

Sostengono che il titolo di responsabilità delle banche, individuato nella violazione della condotta di vigilanza e del *bonus argentarius* sottoposto alla verifica dell'Organo di Vigilanza di cui all'art. 5 t.u.b., è stato individuato dalla Corte fiorentina sulla base di elementi che, in realtà, non consentivano di ritenere la violazione della disposizione speciale; lamentano, inoltre, che la Corte, nel fare proprie le conclusioni della c.t.u., non ha tenuto conto della prova per testi, né delle risultanze della Centrale Rischio, che non riportavano sconfinamenti, né ha considerato che la società, sino alla metà dell'anno 2008, aveva pagato i dipendenti, i fornitori, i contributi, né ancora ha tenuto presente che le operazioni contabili svolte dal c.t.u. erano avvenute in assenza di documentazione contabile. Contestano, inoltre, la sussistenza di un nesso causale tra evento e danno, ponendo in rilievo che non potevano essere ritenute responsabili del danno, attesa la accertata condotta illecita degli amministratori per i quali era *iuris iudicata* la responsabilità contrattuale e che non poteva da esse pretendersi, in violazione dell'art. 2697 cod. civ., la prova di un fatto negativo, ossia la non conoscenza della situazione di insolvenza.

Il motivo è inammissibile, in quanto sotto le apparenti spoglie del vizio di violazione di legge, le ricorrenti sollecitano questa Corte ad un riesame del merito della controversia, precluso in sede di legittimità, riproponendo le medesime contestazioni fatte valere in grado di appello.

La Corte fiorentina ha acclarato che, nel caso in esame, «le banche concedendo prestito a breve, nuovi mutui e mantenendo gli affidi nonostante rilevanti scoperti per periodi medio-lunghi, hanno violato il principio generale richiamato dal citato art. 5 TUB e la normativa speciale del settore creditizio, in particolare le Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia di cui alla circolare n. 229 del 21.4.09 e l'Accordo di Basilea 2 sul *rating*».

A tale approdo è pervenuta in esito all'esame delle risultanze istruttorie acquisite, ed in particolare, sulla base dei dati contabili emergenti dalla consulenza tecnica d'ufficio disposta nel corso del giudizio. Dall'accertamento contabile ha, infatti, rilevato: «una situazione deficitaria dal 2002 in poi, con perdite costanti per anni e un sempre maggiore indebitamento con le banche», «la discordanza tra i bilanci di esercizio e le dichiarazioni dei redditi e Irap tra il 1998 ed il 2006», l'assenza di merito creditizio già alla data del 31 dicembre 2004, debiti bancari, dal 2003 in poi, pari ad un terzo dei ricavi e superiori all'importo dei ricavi negli anni 2006, 2007 e 2008; a fronte di tale stato di squilibrio, ha poi riscontrato che la società ha continuato ad ottenere disponibilità creditizia, nonostante importanti e durevoli sconfinamenti e sebbene l'acquisizione del ramo d'azienda della Sitea s.r.l. avesse notevolmente aggravato l'esposizione bancaria di oltre tre milioni di euro, e ciò a causa della condotta omissiva delle Banche che, disattendendo le Istruzioni di Vigilanza, hanno trascurato di acquisire la documentazione reddituale che avrebbe consentito di avere una rappresentazione più veritiera della situazione economica rispetto al documento di esercizio e di valutare la situazione patrimoniale della società. La Corte territoriale ha, pertanto, correttamente, concluso che con tale condotta le banche hanno violato «gli obblighi specifici sottesi al principio di sana e prudente gestione del credito e della normativa settoriale di vigilanza», perché, con la concessione abusiva del credito, hanno ritardato il fallimento della società, aggravando il passivo fallimentare.

La ricostruzione fattuale operata dai giudici di secondo grado, esaustiva e scevra da vizi logici, non è minimamente scalfita dalle contestazioni sollevate dalle ricorrenti con il mezzo in esame, esclusivamente finalizzate ad ottenere un inammissibile nuovo apprezzamento delle stesse circostanze già esaminate e adeguatamente valutate dal giudice di appello.

4. Conclusivamente, il ricorso deve essere rigettato.

Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Condanna le ricorrenti al pagamento, in solido, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità che liquida in euro 20.000,00 per compensi, oltre alle spese forfetarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi, liquidati in euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-bis, dello stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio in data 8 novembre 2022.

Concessione abusiva di credito: l'ordinanza interlocutoria della Cassazione

Cassazione, sez. I civile, 24 ottobre 2022, n. 31389. Pres. Genovese. Rel. Abete.

Con questa interessante ordinanza interlocutoria la Cassazione, nel ribadire la pacifica legittimazione del curatore, sul terreno della responsabilità per concessione abusiva di credito, che agisca utendo iuribus societatis, ha affermato che “problematica, si prospetta, viceversa, la legittimazione del curatore del fallimento ad azionare la responsabilità dell'istituto di credito finanziatore (in esclusiva ovvero in solidale concorso con l'organo di gestione) che si correla al danno subito dal ceto creditorio (nel suo complesso considerato) dell'imprenditore societario finanziato fallito, danno che, nel quadro dell'astratta prefigurazione dell'art. 2394, 2° co., cod. civ., assume, appunto, valenza in dipendenza dell'insufficienza patrimoniale in connessione eziologica con l'abusiva erogazione creditizia (propriamente, che assume valenza in dipendenza del valore algebrico negativo del patrimonio netto che ne è scaturito)“.

E sul presupposto che la legittimazione del curatore ex art. 146 l. fall. è considerata nell'ordinanza “straordinaria e sintetica”, la Corte ritiene sia “da vagliare nella sede della pubblica udienza, tanto più al cospetto di ben precise indicazioni di questa Corte (il riferimento è a Cass. ord. 30.6.2021, n. 18610, secondo cui il curatore fallimentare è legittimato ad agire contro la banca per la concessione abusiva del credito, in caso di illecita nuova finanza o di mantenimento dei contratti in corso, che abbia cagionato una diminuzione del patrimonio del soggetto fallito, per il danno diretto all'impresa conseguito al finanziamento e per il pregiudizio all'intero ceto creditorio a causa della perdita della garanzia patrimoniale ex art. 2740 cod. civ.), la possibilità dell'analoga esplicazione di siffatta straordinaria e sintetica legittimazione ad agire altresì nei confronti dell'istituto di credito finanziatore, soggetto indubitabilmente diverso dall'organo di gestione (per il quale opera l'espressa previsione legislativa di cui all'art. 146, 2° co., l.fall.) dell'imprenditore societario finanziato fallito, istituto di credito finanziatore responsabile, se del caso in concorso con l'organo di gestione (dell'imprenditore societario finanziato fallito), della causazione dell'insufficienza patrimoniale in connessione eziologica con l'abusiva erogazione di credito. Di talché il curatore fallimentare possa poi pretendere la reintegrazione dell'insufficienza patrimoniale - in correlazione eziologica con l'abusiva erogazione creditizia - anche nei confronti dell'istituto di credito finanziatore”.

Invero, conclude la Cassazione, “il carattere straordinario della legittimazione ex art. 146, 2° co., l.fall. del curatore del fallimento di una s.p.a. o di una s.r.l. all'esercizio dell'azione dei creditori sociali tende a connotare la previsione dello stesso art. 146, 2° co., l.fall. (nella parte in cui legittima in via straordinaria il curatore pur all'azione dei creditori sociali) in guisa di norma eccezionale, giacché recante deroga alla regola generale affermata all'art. 81 cod. proc. civ. (“Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui”), e quindi, ex art. 14 delle preleggi, a renderla non suscettibile di applicazione “oltre i casi e i tempi in ess(a) considerati”.

1. Il fenomeno dell'abusiva concessione di credito, cioè dell'erogazione di finanziamenti da parte di una banca ad un imprenditore (*individuale o collettivo*) insolvente (*e della cui insolvenza l'istituto di credito sia consapevole*), sì da ingenerare nei terzi l'erroneo convincimento che l'imprenditore finanziato sia in condizioni di solidità patrimoniale e di equilibrio economico, può costituire in astratto ragione e causa di una triplice tipologia di danni: a) un danno (*patrimoniale*) alla stessa impresa finanziata [*verosimilmente correlato al “costo” del finanziamento (per interessi e spese) che, sopravvenuto eventualmente il fallimento, l'ufficio fallimentare deve tendenzialmente restituire*]; b) un danno – correlato all'insufficienza del patrimonio dell'imprenditore (*societario*) finanziato – alla massa dei creditori, propriamente al ceto creditorio nel suo complesso considerato, dell'imprenditore (*societario*) finanziato; c) un danno (*patrimoniale*) immediato e diretto ai singoli creditori dell'imprenditore (*societario*) finanziato.

2. Senza dubbio, qualora sopraggiunga il fallimento dell'imprenditore societario finanziato, il curatore fallimentare non è legittimato, similmente a quanto pacificamente si reputa in relazione all'azione “individuale del socio e del terzo” ex art. 2395 cod. civ., ad invocare la reintegrazione del pregiudizio immediato e diretto sofferto dai singoli creditori (*nel caso di specie, il profilo della legittimazione del curatore a domandare il risarcimento dei danni “pari all'ammontare dello stato passivo” è stato addotto dalla ricorrente di già in sede di opposizione allo stato passivo: cfr. decreto impugnato, pagg. 2 – 3; cfr. ricorso, pag. 12; al contempo, il profilo della legittimazione è oggetto essenzialmente del primo motivo del ricorso per cassazione*).

Del resto, le sezioni unite di questa Corte, specificamente in tema di concessione abusiva di credito, hanno puntualizzato che, nel sistema della legge fallimentare, la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni cosiddette “di massa” – finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo – al cui novero non appartiene l'azione risarcitoria per i danni da concessione abusiva di credito, azione che, analogamente a quella prevista dall'art. 2395 cod. civ., costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore [*cfr. Cass. sez. un. 28.3.2006, n. 7029 (Rv. 590934-01)*].

3. Vi è da vagliare, piuttosto, la legittimazione del curatore fallimentare in rapporto alla prima [sub a)] ed alla seconda [sub b)] tipologia di danno.

Sicuramente l'una (*la prima*) e l'altra (*la seconda*) tipologia di danno si fondano su presupposti diversi (*rispettivamente, il valore algebrico positivo o negativo del patrimonio netto dell'imprenditore societario finanziato*) e le relative domande non possono reputarsi senz'altro comprese l'una nell'altra (*cfr. al riguardo Cass. sez. un. 28.3.2006, n. 7029, in motivazione*).

D'altronde, analogamente, seppur con riferimento alla legittimazione ex art. 146, 2° co., l.fall. del curatore fallimentare ad esercitare “le azioni contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori”, ossia l'azione sociale di responsabilità di cui agli artt. 2392 – 2393 cod. civ. e l'azione dei creditori sociali di cui all'art. 2394 cod. civ., si reputa tradizionalmente che le distinte azioni previste dagli artt. 2393 e 2394 cod. civ., in caso di fallimento dell'imprenditore societario, confluiscono, sì, nell'unica azione di responsabilità esercitabile da parte del curatore ai sensi dell'art. 146 l.fall., che dunque assume contenuto inscindibile e connotazione autonoma rispetto alle prime, e, tuttavia, la confluenza nell'unica azione ex art. 146 l.fall. non immuta né i presupposti delle azioni originarie né la disciplina in materia di prova e prescrizione in dipendenza dei fatti addotti a fondamento dell'*actio* ex art. 146 l.fall. (*cfr. Cass. 21.6.2012, n. 10378*).

4. Ebbene, sul terreno della responsabilità per concessione abusiva di credito, il curatore del fallimento è innegabilmente legittimato ad azionare la responsabilità che si correla al danno patrimoniale [sub a)] subito dall'imprenditore (*individuale o collettivo*) finanziato.

Invero, il curatore, gestore ex art. 31 l.fall. del patrimonio fallimentare, aziona, ex artt. 42 e 43 l.fall., un diritto soggettivo già radicato nel patrimonio dell'imprenditore finanziato, diritto che, nonostante il sopraggiunto fallimento, permane impregiudicato.

D'altra parte, seppur nella causazione del danno sofferto dall'imprenditore societario finanziato sia stato concorrente l'organo di gestione della medesima società, nessun rilievo assume il mancato esercizio dell'azione contro l'amministratore infedele, in quanto, ai sensi dell'art. 2055 cod. civ., se un unico evento dannoso è imputabile a più persone sotto il profilo dell'efficienza causale delle singole condotte, sorge a carico delle stesse un'obbligazione solidale, il cui adempimento può essere richiesto, per l'intero, anche ad un solo responsabile [*cfr. Cass. 1.6.2010, n. 13413; Cass. (ord.) 30.6.2021, n. 18610 (Rv. 661819 - 04), ove si precisa che si è al cospetto di un litisconsorzio facoltativo*].

5. Problematica, sul terreno della responsabilità per concessione abusiva di credito, si prospetta, viceversa, la legittimazione del curatore del fallimento ad azionare la responsabilità dell'istituto di credito finanziatore (*in esclusiva ovvero in solidale concorso con l'organo di gestione*) che si correla al danno [sub b)] subito dal ceto creditorio (*nel suo complesso considerato*) dell'imprenditore societario finanziato fallito, danno che, nel quadro dell'astratta prefigurazione dell'art. 2394, 2° co., cod. civ., assume, appunto, valenza in dipendenza dell'insufficienza patrimoniale in connessione eziologica con l'abusiva erogazione creditizia (*propriamente, che assume valenza in dipendenza del valore algebrico negativo del patrimonio netto che ne è scaturito*).

E, ben vero, la problematicità della legittimazione del curatore fallimentare, sul terreno della responsabilità *de qua agitur* ed in rapporto al danno dapprima enunciato *sub b)*, viepiù si prospetta alla luce dell'elaborazione, oramai radicata, alla cui stregua ha natura extracontrattuale, diretta ed autonoma, la responsabilità *ex art. 2394 cod. civ.* degli amministratori nei confronti del ceto creditorio (*nel suo complesso considerato*) (cfr. Cass. 22.10.1998, n. 10488, ove si esclude qualsivoglia carattere “surrogatorio” dell'azione *ex art. 2394 cod. civ.*; Cass. 12.6.2007, n. 13765), natura che evidentemente perdura pur allorché l'azione *ex art. 2394 cod. civ.* confluisca nello schema cumulativo dell'azione *ex art. 146, 2° co., l.fall.*

Ovviamente e parallelamente, la medesima natura, extracontrattuale, diretta ed autonoma, riveste la responsabilità (*nei confronti del ceto creditorio nel suo complesso considerato*) dell'istituto di credito finanziatore, se del caso solidale concorrente nella causazione dell'insufficienza patrimoniale eziologicamente correlantesi all'abusiva erogazione creditizia.

6. Più esattamente, le criticità involte dalla legittimazione del curatore del fallimento ad azionare la responsabilità dell'istituto di credito finanziatore per il danno subito dal ceto creditorio (*nel suo complesso considerato*) dell'imprenditore societario finanziato fallito in dipendenza dell'insufficienza patrimoniale eziologicamente correlantesi all'abusiva erogazione di credito, si delineano alla luce del rilievo che segue.

La legittimazione (“*di massa*”) del curatore *ex art. 146, 2° co., l.fall.* all'esercizio dell'azione dei creditori sociali (*in ordine alla esclusività della legittimazione del curatore ad azionare la responsabilità verso i creditori sociali si è posto in risalto che “la sostituzione della legittimazione del curatore a quella dei titolari dell'azione di cui all'art. 2394 codice civile non è, in se stessa, ricollegabile alla struttura del processo fallimentare, e rappresenta il frutto di una scelta del legislatore volta ad assicurare alla curatela un maggior livello di tutela”*: così in motivazione Cass. 22.10.1998, n. 10488) si caratterizza senza dubbio come straordinaria e sintetica.

Straordinaria, giacché, con tutta evidenza, la pretesa risarcitoria azionabile fa capo a ciascun creditore in quanto tale, in quanto partecipe del ceto creditorio nel suo complesso considerato, ossia ad un soggetto indubitabilmente diverso dalla persona del fallito, le cui posizioni giuridiche patrimoniali unicamente il curatore è, *ex artt. 31, 42 e 43 l.fall.*, abilitato a gestire sul piano sostanziale e ad azionare sul piano processuale.

Sintetica, giacché, indubbiamente, la legittimazione straordinaria del curatore racchiude e riassume in sé la legittimazione di ciascun creditore, partecipe del ceto creditorio nel suo complesso considerato.

7. In questi termini vi è da vagliare nella sede della pubblica udienza, tanto più al cospetto di ben precise indicazioni di questa Corte [*il riferimento è a Cass. (ord.) 30.6.2021, n. 18610 (Rv. 661819-03), secondo cui il curatore fallimentare è legittimato ad agire contro la banca per la concessione abusiva del credito, in caso di illecita nuova finanza o di mantenimento dei contratti in corso, che abbia cagionato una diminuzione del patrimonio del soggetto fallito, per il danno diretto all'impresa conseguito al finanziamento e per il pregiudizio all'intero ceto creditorio a causa della perdita della garanzia patrimoniale ex art. 2740 cod. civ.*], la possibilità dell'analoga esplicazione di siffatta straordinaria e sintetica legittimazione ad agire altresì nei

confronti dell'istituto di credito finanziatore, soggetto indubitabilmente diverso dall'organo di gestione (*per il quale opera l'espressa previsione legislativa di cui all'art. 146, 2° co., l.fall.*) dell'imprenditore societario finanziato fallito, istituto di credito finanziatore responsabile, se del caso in concorso con l'organo di gestione (*dell'imprenditore societario finanziato fallito*), della causazione dell'insufficienza patrimoniale in connessione eziologica con l'abusiva erogazione di credito.

Di talché il curatore fallimentare possa poi pretendere la reintegrazione dell'insufficienza patrimoniale – in correlazione eziologica con l'abusiva erogazione creditizia – anche nei confronti dell'istituto di credito finanziatore.

Invero, il carattere straordinario della legittimazione *ex art. 146, 2° co., l.fall.* del curatore del fallimento di una s.p.a. o di una s.r.l. all'esercizio dell'azione dei creditori sociali tende a connotare la previsione dello stesso art. 146, 2° co., l.fall. (*nella parte in cui legittima in via straordinaria il curatore pur all'azione dei creditori sociali*) in guisa di norma eccezionale, giacché recante deroga alla regola generale affermata all'art. 81 cod. proc. civ. (*“Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui”*), e quindi, *ex art. 14* delle preleggi, a renderla non suscettibile di applicazione “oltre i casi e i tempi in ess(a) considerati” [*id est alla (pur in via concorrente) responsabilità dell'istituto di credito finanziatore nella causazione dell'insufficienza patrimoniale, a sua volta in connessione eziologica con l'abusiva erogazione di credito, dell'imprenditore societario finanziato fallito*].

P.Q.M.

visto l'art. 375, 2° co., cod. proc. civ.,

rimette il presente procedimento alla pubblica udienza della prima sezione civile di questa Corte ed all'uopo rinvia a nuovo ruolo.

Così deciso in Roma il 3 giugno 2022.

Ancora una pronuncia della Cassazione sull'abusiva concessione di credito

Cassazione Civile, Sez. Prima, 27 ottobre 2023, n. 29840. Pres. Cristiano. Rel. Abete.

Con riferimento a un'ipotesi di responsabilità della banca per abusiva concessione di credito, invocata nell'ambito di un giudizio di opposizione allo stato passivo fallimentare, la Suprema Corte è stata chiamata a valutare le seguenti questioni sollevate dall'istituto opponente:

- se vi fosse la legittimazione del curatore ad invocare, in via di eccezione di compensazione, il ristoro del danno da asserita abusiva concessione di credito;

- se vi fosse la prova che la società sovvenuta versava effettivamente in stato d'insolvenza sia all'atto della concessione dell'apertura di credito, sia successivamente;

- se fosse configurabile il nesso di causalità tra l'erogato finanziamento e il depauperamento del patrimonio sociale sub specie di aggravamento del dissesto;

- se il finanziamento concesso a una società in stato di insolvenza sia di per sé foriero di responsabilità, o possa invece inserirsi in una strategia volta al risanamento e al conseguimento di utili;

- se l'asserito danno, quantificato dal tribunale nell'importo di euro 24.544.449,74, cioè in misura corrispondente al debito nei confronti della banca, costituisca un pregiudizio sofferto dalla società poi fallita, ovvero dai singoli creditori, allorquando fosse stata dimostrata la loro insoddisfazione;

- se nel solco della cosiddetta "teoria differenziale" il presunto danno fosse da quantificare in misura pari alla differenza tra la consistenza del patrimonio sociale in epoca antecedente e successiva al verificarsi del supposto evento lesivo e in misura tale, al contempo, da tener conto pure degli eventuali vantaggi conseguiti dalla società per effetto dell'assunto fatto lesivo;

- se infine, ad opinare per la natura precontrattuale della responsabilità della banca, il risarcimento andasse circoscritto al cosiddetto interesse negativo.

Il dictum dei giudici di legittimità si è concentrato sui temi-giustamente ritenuti assorbenti rispetto alle altre questioni- della legittimazione del curatore e del carattere abusivo o meno del finanziamento in rapporto alle condizioni economico-patrimoniali della società.

Sul primo punto, la Corte ha osservato che “in sede di deliberazione della concreta fattispecie - che involge propriamente non già l’ipotesi dell’indebito mantenimento della linea di credito dapprima concessa bensì l’ipotesi dell’abusiva concessione ab origine del finanziamento- il giudice a quo ha, appunto, circoscritto il pregiudizio in tal guisa rilevante alla menomazione cagionata al patrimonio della società (...). In tal guisa il profilo della legittimazione del curatore del fallimento, quanto meno nella specie, non si prospetta in termini problematici. Invero, il curatore fallimentare è innegabilmente legittimato ad azionare la responsabilità che si correla al danno patrimoniale sofferto dall’imprenditore finanziato, in quanto (il curatore) gestore ex art. 31 l.fall. del patrimonio del fallito e dunque abilitato ad azionare ex artt. 42 e 43 l.fall. un diritto soggettivo già radicato nel patrimonio dell’imprenditore finanziato poi fallito”.

Quanto all’aspetto dell’abusività dell’erogazione creditizia, la Cassazione ribadisce che essa “è qualificabile come “abusiva”, qualora effettuata, con dolo o colpa, ad un’impresa che si palesi in una situazione di difficoltà economico-finanziaria ed in assenza di concrete prospettive di superamento della crisi; in tale evenienza l’erogazione del credito integra un illecito del soggetto finanziatore, per esser questi venuto meno ai suoi doveri primari di prudente gestione, ed obbliga il medesimo soggetto al risarcimento del danno, ove ne discenda un aggravamento del dissesto favorito dalla continuazione dell’attività di impresa (cfr. Cass. (ord.). 30.6.2021, n. 18610). Propriamente, “concessione abusiva di credito” “designa l’agire del finanziatore che conceda, o continui a concedere, incautamente credito in favore dell’imprenditore che versi in istato d’insolvenza o comunque di crisi conclamata” (così in motivazione Cass. (ord.) n. 18610/2021). Beninteso, “quel che rileva è unicamente l’insussistenza di fondate prospettive, in base a ragionevolezza e ad una valutazione ex ante, di superamento [della] crisi” (così ulteriormente in motivazione Cass. (ord.) n. 18610/2021)”.

Con riguardo infine alla corretta valutazione delle condizioni economico-patrimoniali della società sovvenuta (e alla verifica dell'assunto del tribunale secondo cui "già al momento della stipula del contratto di apertura di credito le condizioni patrimoniali della società [lasciavano] prevedere l'esito infausto dell'operazione"), i giudici di legittimità hanno affermato quanto segue.

"Per un verso, non hanno valenza decisiva, siccome di significato del tutto neutro ovvero del tutto generico rispetto alla consistenza del patrimonio netto ed alla sua prospettiva evolutiva correlata, in vista del superamento dell'eventuale stato di crisi, all'erogazione creditizia de qua agitur, la modesta consistenza del capitale sociale, la «debolezza» dell'assetto economico della società", l'applicazione di interessi passivi atti a generare un indebitamento rilevante, l'«aspecifico» rilievo delle perdite di cui ai bilanci, l'assunta inadeguatezza della garanzia ipotecaria accordata in relazione «alle caratteristiche concrete dell'operazione immobiliare finanziata».

Per altro verso, riveste una certa qual plausibilità il rilievo della ricorrente – ben vero, al di là dell'assunto per cui alla data dell'erogazione creditizia la società non versava in stato di dissesto – secondo cui la specifica veste giuridica, sub specie di apertura di credito, dell'erogazione finanziaria comportava che "più l'apertura di credito veniva utilizzata, più la società finanziata aumentava il proprio patrimonio immobiliare". Ossia che all'incremento della voce "debiti verso banche", di cui al passivo dello stato patrimoniale, era inevitabilmente destinato a correlarsi l'incremento della corrispondente voce delle "immobilizzazioni materiali" di cui all'attivo dello stato patrimoniale. In questo quadro, quindi, non può che opinarsi, in conclusione, nel senso che l'impugnata pronuncia, in primo luogo in ordine al profilo "oggettivo" della condotta asseritamente "abusiva", manifesta una obiettiva carenza nella indicazione del criterio logico-giuridico che ha condotto il tribunale alla formazione del proprio convincimento".

FATTI DI CAUSA

1. Con ricorso ex art. 93 l.fall. trasmesso il 23.12.2016 la "Nuova Banca delle Marche" s.p.a. domandava l'ammissione al passivo del fallimento della * s.r.l. posta in liquidazione in data 12.12.2014 (cfr. decreto impugnato, pag. 5).

Premetteva che la * s.r.l., proprietaria di una vasta porzione di terreno edificabile in territorio del Comune di Rimini, aveva nell'aprile del 1999 siglato una convenzione con il Comune, in virtù della quale la s.r.l. si era obbligata alla realizzazione della nuova sede della Questura di Rimini e della caserma della Polizia Stradale di Rimini ed il

Comune, a sua volta, si era impegnato a rilasciare le concessioni edilizie necessarie affinché la * realizzasse sull'area di sua spettanza un insediamento integrato commerciale-direzionale e residenziale (*cfr. ricorso, pag. 4*).

Premetteva altresì che l'allora "Banca delle Marche" s.p.a., resasi disponibile al finanziamento dell'opera, con rogito in data 15.3.2000 aveva concesso alla * un'apertura di credito per l'importo di lire 45.000.000.000, regolata su distinti conti correnti ed assistita da ipoteca volontaria iscritta il 17.3.2000 sulla porzione di terreno summenzionata (*cfr. ricorso, pag. 5*).

Indi esponeva che il rapporto tra la * ed il Comune di Rimini non aveva avuto lo sviluppo preventivato – siccome, tra l'altro, il Comune aveva denegato il rilascio del permesso per la costruzione dell'insediamento integrato commerciale-direzionale e residenziale – ed alla data del 29.2.2016 la * risultava esposta nei confronti della "Banca delle Marche" per l'importo di euro 24.541.403,52 (*cfr. ricorso, pagg. 5 - 7*).

Esponendo inoltre che la * era stata dichiarata fallita dal Tribunale di Rimini con sentenza del 26.8.2016 (*cfr. ricorso, pag. 7*) e che la "Nuova Banca delle Marche" era divenuta cessionaria di tutti i rapporti, attivi e passivi, già facenti capo alla "Banca delle Marche", posta in liquidazione coatta amministrativa con decreto ministeriale del 9.12.2015 (*cfr. ricorso, pag. 8*).

Chiedeva quindi l'ammissione al passivo del fallimento della * con prelazione ipotecaria per la complessiva somma di euro 24.541.403,52, oltre interessi maturati e maturandi (*cfr. ricorso, pag. 8 - 9*).

2. Il giudice delegato negava l'ammissione del credito (*cfr. ricorso, pag. 9*).

Evidenziava che dalla documentazione acquisita si desumeva che la "Banca delle Marche" aveva fatto luogo all'erogazione del credito in favore della * allorché era patente lo stato di insolvenza della s.r.l. (*cfr. ricorso, pag. 9*); che dunque la banca era stata concorrente, con gli organi di gestione e di controllo della società poi fallita, nell'aggravamento del dissesto patrimoniale e finanziario (*cfr. ricorso, pag. 9*).

Evidenziava altresì che l'ingente finanziamento era stato erogato nonostante l'esiguo ammontare – lire 199.000.000 – del capitale della * e la modesta consistenza – un terreno edificabile ed un immobile da realizzare – del complesso immobiliare sul quale era stata iscritta ipoteca a garanzia dell'obbligazione restitutoria (*cfr. ricorso, pag. 9*).

Evidenziava infine che il curatore fallimentare si era riservato il diritto di agire in responsabilità nei confronti della "Banca delle Marche", in concorso con gli amministratori ed i sindaci, onde far valere la propria pretesa risarcitoria, di ammontare superiore all'importo del credito per il quale era stata invocata l'ammissione al passivo (*cfr. ricorso, pag. 9*).

3. La "Nuova Banca delle Marche" s.p.a. proponeva opposizione allo stato passivo (*cfr. ricorso, pag. 10*).

Resisteva il curatore del fallimento della * s.r.l. in liquidazione.

4. Nel corso del giudizio di costitutiva la “Rev Gestione Crediti” s.p.a., in qualità di procuratrice-mandataria della “Purple SPV” s.r.l., succeduta, quest’ultima, nel credito della “Nuova Banca delle Marche” s.p.a. (*cfr. decreto impugnato, pag. 3*)

5. Con decreto n. 12335 dei 28/29.10.2019 del Tribunale di Rimini rigettava l’opposizione e condannava la “Purple SPV” s.r.l. alle spese di lite.

Reputava, peraltro, il tribunale, nel quadro dei principi di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., che doveva ritenersi “raggiunta la prova dell’efficienza causale (...) dell’erogazione del finanziamento nel depauperamento del patrimonio sociale, *sub specie* di aggravamento del dissesto già in atto al momento della stipulazione” (*così decreto impugnato, pag. 17*).

Reputava altresì che la condotta della banca era “caratterizzata da profili di colpa idonei a giustificare l’affermazione di responsabilità” (*così decreto impugnato, pag. 19*); che in pari tempo sulla scorta di una oculata valutazione ben avrebbe potuto l’istituto di credito avvedersi dell’inadeguatezza della garanzia ipotecaria accordata (*cfr. decreto impugnato, pag. 21*).

Reputava inoltre che il danno, pur in applicazione del parametro equitativo di cui all’art. 1226 cod. civ., era da quantificare in un importo quanto meno coincidente con l’ammontare – nel complesso pari ad euro 24.544.449,74 – dell’esposizione debitoria della * nei confronti dell’istituto di credito (*cfr. decreto impugnato, pagg. 22 - 23*).

Reputava poi che la pretesa risarcitoria vantata dal curatore del fallimento era stata legittimamente eccepita in compensazione, sicché correttamente la domanda di ammissione al passivo era stata respinta (*cfr. decreto impugnato, pag. 23*).

Reputava infine che era da escludere che la prescrizione, pur a ritenerla di durata quinquennale, si fosse compiuta (*cfr. decreto impugnato, pag. 23*).

Reputava segnatamente che il *dies a quo* doveva farsi coincidere con il dì – 26.8.2016 – della dichiarazione di fallimento; che, invero, unicamente a seguito della dichiarazione di fallimento il curatore aveva “potuto appurare il reale stato patrimoniale dell’impresa, prendendo contezza, tra l’altro, che i bilanci erano stati redatti secondo modalità che consentissero di dissimulare le ingenti perdite subite da * (*così decreto impugnato, pag. 24*).

6. Avverso tale decreto ha proposto ricorso la “Rev Gestione Crediti” s.p.a., in qualità di procuratrice-mandataria della “Purple SPV” s.r.l., succeduta, quest’ultima, nel credito della “Nuova Banca delle Marche” s.p.a.; ne ha chiesto sulla scorta di quattro motivi la cassazione con ogni susseguente statuizione.

Il curatore del fallimento della * s.r.l. in liquidazione ha depositato controricorso; ha chiesto dichiararsi inammissibile o rigettarsi il ricorso con il favore delle spese.

Gian * amministratore della fallita s.r.l., non ha svolto difese.

7. Con ordinanza interlocutoria in data 3.6/24.10.2022 si è disposto rinvio alla pubblica udienza.

8. Il Pubblico Ministero ha formulato conclusioni scritte; ha chiesto accogliersi il ricorso.

9. La ricorrente ha depositato memorie.

Del pari ha depositato memorie il controricorrente.

RAGIONI DELLA DECISIONE

10. Con il primo motivo la ricorrente denuncia ai sensi dell'art. 360, 1° co., n. 3, cod. proc. civ. la violazione e falsa applicazione dell'art. 146 l.fall., degli artt. 2392 e 2393 cod. civ., degli artt. 1175, 1176, 1218, 1337 e 1338 cod. civ., degli artt. 113 e 115 cod. proc. civ. e dell'art. 5 del d.lgs. 385/1993; ai sensi dell'art. 360, 1° co., n. 5, cod. proc. civ. il vizio di motivazione per omesso esame di fatti decisivi per il giudizio e per omesso esame di tutte le circostanze del caso.

Deduce in primo luogo che ha errato il tribunale ad opinare per la legittimazione del curatore ad invocare, in via di eccezione di compensazione, il ristoro del danno da asserita abusiva concessione di credito (*cfr. ricorso, pagg. 21 - 22*).

Deduce in secondo luogo che nella specie difetta la prova che "Banca delle Marche" abbia concesso il finanziamento allorché la * versava in stato di dissesto (*cfr. ricorso, pag. 23*).

Deduce segnatamente che è da escludere che all'atto della concessione del finanziamento la * era sottocapitalizzata (*cfr. ricorso, pag. 23*).

Deduce segnatamente che dai bilanci depositati per nulla risultava che la * versasse in stato di insolvenza sia all'atto della concessione dell'apertura di credito sia successivamente (*cfr. ricorso, pag. 23*).

Deduce segnatamente che in considerazione del valore dei terreni edificabili e delle opere che vi venivano via via costruite è da disconoscere che l'ipoteca fosse inadeguata (*cfr. ricorso, pag. 24*).

11. Con il secondo motivo la ricorrente denuncia ai sensi dell'art. 360, 1° co., n. 3, cod. proc. civ. la violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1225 e 2055 cod. civ. e degli artt. 40 e 41 cod. pen.

Deduce che ha errato il tribunale a reputare comprovato il nesso di causalità tra l'erogato finanziamento ed il depauperamento del patrimonio sociale *sub specie* di aggravamento del dissesto (*cfr. ricorso, pag. 25*).

Deduce segnatamente che ha errato il tribunale allorché ha negato che il venir meno dei presupposti – ovvero della convenzione siglata dalla * con il Comune di Rimini e dell'impegno di spesa del Ministero per condurre in locazione gli immobili edificandi – che avevano indotto alla richiesta ed alla concessione del finanziamento, fosse da

qualificare in guisa di fatto sopravvenuto interruttivo del nesso causale (*cfr. ricorso, pag. 25*).

Deduce poi che il finanziamento concesso ad una società in stato di insolvenza non è di per sé foriero di responsabilità e ben può inserirsi in una strategia volta al risanamento ed al conseguimento di utili (*cfr. ricorso, pag. 26*).

12. Con il terzo motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 1221, 1223, 1225, 1227, 1337, 2043, 2056 e 2697 cod. civ. e dell'art. 115 cod. proc. civ.; ai sensi dell'art. 360, 1° co., n. 5, cod. proc. civ. il vizio di omessa e insufficiente motivazione per omesso esame di fatto decisivo per il giudizio.

Premette che il tribunale ha quantificato l'asserito danno in un importo – euro 24.544.449,74 – corrispondente al debito gravante sulla * nei confronti della “Banca delle Marche”, viepiù che “i crediti ammessi ammontano ad € 9.787.680,52” (*così ricorso, pag. 27*).

Deduce nondimeno che siffatto ipotetico danno non è il pregiudizio sofferto dalla * “bensì quello eventuale dei singoli creditori, allorquando fosse stata peraltro dimostrata (e non lo è stata) la loro totale insoddisfazione” (*così ricorso, pagg. 27 e 28*).

Deduce quindi che in relazione ad un danno siffatto, da correlare alla previsione dell'art. 2394 cod. civ., il curatore difetta di legittimazione attiva (*cfr. ricorso, pagg. 28 e 30*).

Deduce altresì che il postulato pregiudizio, siccome parificato al finanziamento, altro non è che il vantaggio che la * ha conseguito (*cfr. ricorso, pag. 28*).

Deduce inoltre che, nel solco della cosiddetta teoria “differenziale”, il presunto danno sarebbe stato da quantificare in misura pari alla differenza tra la consistenza del patrimonio della * in epoca antecedente ed in epoca successiva al verificarsi del supposto evento lesivo ed in misura tale, al contempo, da tener conto pur degli eventuali vantaggi dalla * conseguiti per effetto dell'assunto fatto lesivo (*cfr. ricorso, pagg. 28 - 29*).

Deduce ancora che ad opinare per la natura precontrattuale della responsabilità della “Banca delle Marche” il preteso risarcimento sarebbe stato da circoscrivere al cosiddetto interesse negativo (*cfr. ricorso, pagg. 29 - 30*).

Deduce poi che del tutto ingiustificatamente il tribunale non ha tenuto conto della formulata istanza di c.t.u. volta alla determinazione del valore degli immobili ipotecati (*cfr. ricorso, pag. 30*).

Deduce infine che la liquidazione equitativa del danno avrebbe imposto la dimostrazione da parte del curatore dell'esistenza di danni risarcibili ed il riscontro, quanto meno, della particolare difficoltà di provare il danno nel suo preciso ammontare (*cfr. ricorso, pag. 31*).

13. Con il quarto motivo la ricorrente denuncia ai sensi dell'art. 360, 1° co., n. 3, cod. proc. civ. la violazione e falsa applicazione degli artt. 2935, 2946 e 2947 cod. civ. e degli artt. 31 e 146 l.fall.

Deduce che ha errato il tribunale a rigettare l'eccezione di prescrizione.

Deduce segnatamente che il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno comincia a decorrere dal momento in cui il danno si è verificato ovvero dal momento in cui danno si manifesta all'esterno e diviene percepibile (*cfr. ricorso, pag. 32*).

Deduce in ogni caso che la pretesa risarcitoria fatta valere dal curatore della * in via di eccezione di compensazione non è insorta per effetto del fallimento, ma si connette ad un diritto già esistente nel patrimonio della società poi fallita ed in cui il curatore è subentrato (*cfr. ricorso, pagg. 32 - 33*).

Deduce su tale presupposto che il presunto danno si è manifestato sin dal 15.3.2000 alla stregua della valenza che lo stesso tribunale ha inteso attribuire ai bilanci della fallita s.r.l., cosicché, allorquando la curatela ha sollevato per la prima volta l'eccezione di compensazione con la comunicazione del 12.1.2017, il termine di prescrizione dell'avversa pretesa, sia essa di natura contrattuale o extracontrattuale, era ampiamente decorso (*cfr. ricorso, pag. 33*).

14. Il primo motivo di ricorso è, nei limiti che seguono, fondato e meritevole di accoglimento; il suo buon esito assorbe la disamina del secondo, del terzo e del quarto motivo.

15. Il primo profilo di censura veicolato dal primo mezzo – “violazione e falsa applicazione delle norme di cui (...) per aver il Tribunale ritenuto sussistente la legittimazione attiva della Curatela fallimentare” – è destituito di fondamento e va respinto.

Reputa difatti il Collegio che il tribunale ha circoscritto e commisurato la (*concorrente*) responsabilità di “Banca delle Marche” al danno cagionato al patrimonio sociale.

È vero che il giudice *a quo* ha riferito il fenomeno della concessione abusiva del credito anche ai creditori della società, i quali possono – anch'essi – subire i danni da siffatta illecita condotta eventualmente atti a scaturire (*cfr. decreto impugnato, pag. 8, par. 2.1.8.*).

E tuttavia a tanto il tribunale ha rigorosamente provveduto nell'*excursus* teorico che funge da premessa al suo *dictum*.

Viceversa, in sede di delibazione della concreta fattispecie – che involge propriamente non già l'ipotesi dell'indebito mantenimento della linea di credito dapprima concessa bensì l'ipotesi dell'abusiva concessione *ab origine* del finanziamento (*cfr. decreto impugnato, pag. 16*) – il giudice *a quo* ha, appunto,

circoscritto il pregiudizio in tal guisa rilevante alla menomazione cagionata al patrimonio della società.

D'altronde, il tribunale ha significativamente fatto luogo ad un duplice rilievo.

Per un verso, ha affermato che “nel caso di specie (...) ciò che viene lamentato è il danno cagionato al patrimonio sociale dalla condotta di concessione abusiva di credito” (*così decreto impugnato, pag. 15*).

Per altro verso, ha puntualizzato che “va (...) tendenzialmente esclusa la legittimazione del Curatore alla proposizione delle azioni a tutela dei creditori lesi dalla condotta dell'istituto di credito” (*così decreto impugnato, pag. 11*).

16. In tal guisa il profilo della legittimazione del curatore del fallimento, quanto meno nella specie, non si prospetta in termini problematici.

Invero, il curatore fallimentare è innegabilmente legittimato ad azionare la responsabilità che si correla al danno patrimoniale sofferto dall'imprenditore finanziato, in quanto (*il curatore*) gestore *ex art. 31 l.fall.* del patrimonio del fallito e dunque abilitato ad azionare *ex artt. 42 e 43 l.fall.* un diritto soggettivo già radicato nel patrimonio dell'imprenditore finanziato poi fallito.

Nei termini esposti, quindi, il Collegio reputa di condividere senz'altro il rilievo di cui alle conclusioni del Pubblico Ministero, a tenor del quale “nel caso di specie il danno fatto valere è quello cagionato al patrimonio della società poi fallita” (*così conclusioni del P.M., pag. 3*).

17. Il secondo profilo di censura veicolato dal primo mezzo è viceversa fondato e meritevole di accoglimento.

18. Propriamente la doglianza, in relazione al denunciato “omesso esame di fatti decisivi per il giudizio”, va accolta in dipendenza del vizio di “motivazione apparente” che, *in parte qua*, inficia l'impianto motivazionale dell'impugnato decreto.

Del resto, a fronte della riduzione al “minimo costituzionale” del sindacato di legittimità sulla motivazione (*cfr. Cass. sez. un. 7.4.2014, n. 8053 (Rv. 629830)*), l'anomalia della “motivazione apparente” costituisce dell' “omesso esame” figura senza dubbio sintomatica.

D'altra parte, da tempo questa Corte spiega che l'anomalia della “motivazione apparente” si configura allorquando il giudice di merito, pur individuando gli elementi da cui ha desunto il proprio convincimento, non procede ad una loro approfondita disamina logico/giuridica (*cfr. Cass. 21.7.2006, n. 16762; Cass. 24.2.1995, n. 2114. Cfr., più di recente, Cass. sez. un. 3.11.2016, n. 22232 (Rv. 641526-01)*).

19. L'erogazione del credito è qualificabile come “abusiva”, qualora effettuata, con dolo o colpa, ad un'impresa che si palesi in una situazione di difficoltà economico-finanziaria ed in assenza di concrete prospettive di superamento della crisi; in tale evenienza l'erogazione del credito integra un illecito del soggetto finanziatore, per esser questi venuto meno ai suoi doveri primari di prudente gestione, ed obbliga il medesimo

soggetto al risarcimento del danno, ove ne discenda un aggravamento del dissesto favorito dalla continuazione dell'attività di impresa (cfr. Cass. (ord.). 30.6.2021, n. 18610 (Rv. 661819-01)).

Propriamente, “concessione abusiva di credito” “designa l'agire del finanziatore che conceda, o continui a concedere, incautamente credito in favore dell'imprenditore che versi in istato d'insolvenza o comunque di crisi conclamata” (così in motivazione Cass. (ord.) n. 18610/2021). Beninteso, “quel che rileva è unicamente l'insussistenza di fondate prospettive, in base a ragionevolezza e ad una valutazione *ex ante*, di superamento [della] crisi” (così ulteriormente in motivazione Cass. (ord.) n. 18610/2021).

20. Alla luce dell'enunciate coordinate qualificatorie si rappresenta che il tribunale – con il decreto *de quo* – ha assunto in particolare quanto segue.

Ovvero che rivestiva valenza, in relazione all'entità del finanziamento ed alla complessa operazione immobiliare intrapresa, la ridotta consistenza del capitale sociale della *, elemento, questo, senz'altro indicativo della “debolezza” dell' “assetto economico” della stessa s.r.l. (cfr. decreto impugnato, pag. 17).

Ovvero che la concreta disciplina del finanziamento aveva “determinato l'applicazione di interessi passivi su somme molto elevate in relazione al patrimonio della società, generando un indebitamento di rilevante portata” (così decreto impugnato, pag. 18).

Ovvero che “già al momento della stipula del contratto di apertura di credito le condizioni patrimoniali della società [lasciavano] prevedere l'esito infausto dell'operazione di finanziamento” (così decreto impugnato, pag. 20).

A tal ultimo riguardo il tribunale ha posto in risalto che nella relazione *ex art.* 33 l.fall. il curatore aveva rilevato che la * era rimasta inattiva nel periodo compreso tra il 1999 ed il 2001, che a decorrere dal 2001 “i bilanci mostravano un andamento in perdita” (così decreto impugnato, pag. 20), che il curatore aveva rilevato “una situazione di insolvenza acclarata fin dall'esercizio 2001 e, presumibilmente, sin dalla costituzione della società” (così decreto impugnato, pagg. 20 - 21).

21. Viceversa – reputa questa Corte – il tribunale, giacché l'apertura di credito controversa risale al 15.3.2000, avrebbe dovuto senz'altro attendere, a decorrere quanto meno dall'esercizio chiuso al 31.12.1999, ossia dall'esercizio antecedente all'operazione di finanziamento *de qua agitur*, e sino all'ultimo esercizio precedente la data della dichiarazione di fallimento (altresì, ai sensi dell'art. 15, 4° co., l.fall. l'imprenditore deposita una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata), all'analitico, puntuale vaglio della situazione economico-patrimoniale della *, in particolare al riscontro dei netti patrimoniali e della relativa evoluzione alla luce degli utili ovvero delle perdite registratesi nel medesimo lasso temporale.

Evidentemente, in tal guisa si sarebbe acquisito riscontro dell' “impatto” dell'erogazione creditizia *de qua agitur*, recte del carattere se del caso “abusivo”

dell'apertura di credito sia in dipendenza dell'eventuale stato di crisi in cui già versava la * alla data – 15.3.2000 – del rogito di concessione dell'apertura creditizia (*ai sensi dell'art. 2, 1° co., lett. a), del codice della crisi, “crisi” è “lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi”*) sia in dipendenza dell'eventuale palesarsi – sulla scorta di una prudente valutazione *ex ante* – già alla data del rogito dell'insussistenza di concrete prospettive di superamento della crisi.

E, ben vero, unicamente su un simile substrato è destinata poi ad innestarsi, ai fini dell'affermazione di responsabilità di “Banca delle Marche”, qualsivoglia ulteriore valutazione sia in ordine alla colpevolezza dell'istituto di credito – la ricorrente ha addotto che “Banca delle Marche” ha fatto affidamento sui bilanci depositati, sicché non avrebbe potuto avvedersi che la * aveva omissso la contabilizzazione di imposte non pagate per euro 7.000.000,00 (*cfr. ricorso, pag. 24*) – sia in ordine alle conseguenze economiche pregiudizievoli in connessione eziologica con la condotta abusiva.

22. Or dunque, in questi termini, non può che opinarsi come segue.

Per un verso, non hanno valenza decisiva, siccome di significato del tutto neutro ovvero del tutto generico rispetto alla consistenza del patrimonio netto ed alla sua prospettiva evolutiva correlata, in vista del superamento dell'eventuale stato di crisi, all'erogazione creditizia *de qua agitur*, la modesta consistenza del capitale sociale, la “<debolezza> dell'assetto economico della società”, l'applicazione di interessi passivi atti a generare un indebitamento rilevante, l'“aspecifico” rilievo delle perdite di cui ai bilanci degli esercizi 2001 e successivi, l'assunta inadeguatezza della garanzia ipotecaria accordata in relazione “alle caratteristiche concrete dell'operazione immobiliare finanziata” (*così decreto impugnato, pag. 21*).

Per altro verso, riveste una certa qual plausibilità il rilievo della ricorrente – ben vero, al di là dell'assunto per cui alla data dell'erogazione creditizia la * non versava in stato di dissesto – secondo cui la specifica veste giuridica, *sub specie* di apertura di credito, dell'erogazione finanziaria comportava che “più l'apertura di credito veniva utilizzata, più la società finanziata aumentava il proprio patrimonio immobiliare” (*così ricorso, pag. 23*).

Ossia che all'incremento della voce “debiti verso banche”, di cui al passivo dello stato patrimoniale, era inevitabilmente destinato a correlarsi l'incremento della corrispondente voce delle “immobilizzazioni materiali” di cui all'attivo dello stato patrimoniale.

23. In questo quadro, quindi, non può che opinarsi, in conclusione, nel senso che l'impugnata pronuncia, in primo luogo in ordine al profilo “oggettivo” della condotta asseritamente “abusiva”, manifesta una obiettiva carenza nella indicazione del criterio logico-giuridico che ha condotto il tribunale alla formazione del proprio convincimento (*cfr. Cass. sez. lav. (ord.) 14.2.2020, n. 3819*).

24. Pertanto, in accoglimento, nei limiti in precedenza esposti, del primo motivo di ricorso, il decreto n. 12335/2019 del Tribunale di Rimini va cassato con rinvio allo stesso tribunale in diversa composizione.

In sede di rinvio si provvederà alla regolamentazione delle spese del presente giudizio di legittimità.

25. In dipendenza del buon esito del ricorso non sussistono i presupposti processuali perché, ai sensi dell'art. 13, 1° co. *quater*, d.P.R. n. 115/2002, la ricorrente sia tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione a norma del 1° co. *bis* dell'art. 13 d.P.R. cit.

P.Q.M.

La Corte così provvede:

accoglie in parte, nei termini di cui in motivazione, il primo motivo di ricorso, cassa, in relazione e nei limiti dell'accoglimento del primo motivo di ricorso, il decreto n. 12335/2019 del Tribunale di Rimini e rinvia allo stesso tribunale in diversa composizione anche ai fini della regolamentazione delle spese del presente giudizio di legittimità;

dichiara assorbiti nell'accoglimento – nei limiti suddetti – del primo motivo, il secondo motivo, il terzo motivo e il quarto motivo di ricorso.

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

ISSN 2785-6348

Centro Studi Giuridici Editore - [IL CASO.it](http://ILCASO.it)