

IPSOA

# Le Società

Mensile di diritto e pratica commerciale  
societaria e fiscale

ISSN 1591-2094 - ANNO XXXVIII - Direzione e redazione - Via dei Missaglia 97 - 20142 Milano

8-9/2019

► [edicolaprofessionale.com/lesocieta](http://edicolaprofessionale.com/lesocieta)

**Modifica dei diritti di partecipazione  
e recesso dalla S.p.a.**

**Abuso di attività di direzione  
e coordinamento**

**Stime di *fair value* e partecipanti  
al mercato**

**DIREZIONE SCIENTIFICA**

**Diritto societario**

Angelo Busani  
Marco Lamandini  
Renato Rordorf  
Vincenzo Salafia  
Alberto Toffoletto

**Diritto dei mercati finanziari**

Paolo Giudici

**Valutazioni e bilancio**

Mauro Bini

**Diritto penale commerciale**

Carlo Enrico Paliero

**Processo, arbitrato e mediazione**

Ilaria Pagni

TARIFA R.C.C. - POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO





## DIRITTO SOCIETARIO

<b>Gestione d'impresa</b>	STRUMENTI PER IL NUOVO ASSETTO ORGANIZZATIVO DELLE SOCIETÀ di <i>Giuseppe Verna</i>	929
<b>Recesso</b>	Cassazione civile, Sez. I, 22 maggio 2019, n. 13845 IL "PUNTO G)" DEL RECESSO (OVVERO: QUANDO C'È MODIFICA DEI "DIRITTI DI PARTECIPAZIONE" DEL SOCIO DI S.P.A.) di <i>Angelo Busani e Davide Corsico</i>	936 938
<b>Nomina sindaci</b>	Tribunale di Milano 24 maggio 2019, ord. LIMITE DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO SULLA DELIBERAZIONE ASSEMBLEARE DI REVOCA DELLA NOMINA DEI SINDACI PER MAGGIORANZA INSUFFICIENTE di <i>Vincenzo Salafia</i>	945 945
<b>Assemblea</b>	Tribunale di Venezia, Sez. Impresa, 12 febbraio 2019, ord. IL PRESIDENTE DELL'ASSEMBLEA DI S.R.L. E I RIMEDI CONTRO L'UTILIZZO SCORRETTO DEL POTERE DI GOVERNO ASSEMBLEARE di <i>Alessandro Simionato</i>	947 950
<b>Opposizione dei creditori alla fusione</b>	Tribunale di Milano, Sez. impresa, 20 dicembre 2018, ord. Tribunale di Milano, Sez. impresa, 26 gennaio 2019, ord. L'OPPOSIZIONE DEI CREDITORI ALLA FUSIONE, EX ART. 2503, COMMA 2, C.C. AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA MILANESE di <i>Maria Vittoria Zammitti</i>	956 958 962
<b>Direzione e coordinamento</b>	Tribunale di Napoli, Sez. Impresa, 6 marzo 2018, ord. AMMINISTRATORE DI FATTO, <i>HOLDING</i> DI FATTO E ABUSO DI ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO di <i>Alessandro Ippolito</i>	967 973

## DIRITTO DEI MERCATI FINANZIARI

<b>Organo di controllo e sanzioni amministrative</b>	Cassazione Civile, Sez. II, 19 dicembre 2018, n. 32894 Cassazione Civile, Sez. II, 3 gennaio 2019, n. 5 SANZIONI CONSOB E RESPONSABILITÀ DEL SINDACO DI SOCIETÀ QUOTATA di <i>Nicola Sodati</i>	986 986 991
--	--	-------------------

## PROCESSO, ARBITRATO E MEDIAZIONE

<b>Direzione e coordinamento</b>	Tribunale di Milano, Sez. Impresa "B", 27 febbraio 2019 AZIONE DEL SOCIO EX ART. 2497 C.C. NEI CONFRONTI DELLA CAPOGRUPPO SOTTOPOSTA AD AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA di <i>Alessandra Zanardo</i>	999 1005
----------------------------------	--	-------------

## DIRITTO PENALE COMMERCIALE

<b>Misure cautelari interdittive</b>	Cassazione Penale, SS.UU., 14 novembre 2018 (c.c. 27 settembre 2018), n. 51515 LA SORTE DELLE CONDOTTE RIPARATORIE DELL'ENTE PER EFFETTO DELLA REVOCA DELLA MISURA INTERDITTIVA di <i>Fabrizio D'Arcangelo</i>	1014 1020
--------------------------------------	--	--------------

## VALUTAZIONI E BILANCIO

<b>Stime di fair value</b>	LE STIME DI <i>FAIR VALUE</i> ED I PARTECIPANTI AL MERCATO di <i>Mauro Bini</i>	1025
----------------------------	--	------

## OSSERVATORI

	GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ a cura di <i>Vincenzo Carbone e di Romilda Giuffrè</i>	1034
--	---	------

Gestione d'impresa

# Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società

di Giuseppe Verna

Il nuovo *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* non riguarda solo le imprese in stato d'insolvenza o in grave crisi, ma contiene regole dirette a tutte le società. In particolare dal 16 marzo 2019 è entrato in vigore l'art. 2086 c.c. che prescrive per tutte le società l'adozione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile, i cui strumenti, delineati all'art. 2381 applicabile ora anche alle S.r.l., sono bilancio, *budget* e *cash flow* da redigersi e valutarsi almeno a cadenza semestrale.

## Una maggiore cultura economico-aziendale dell'imprenditore per la gestione dell'impresa

Con l'art. 375 del D.Lgs 12 gennaio 2019, n. 14, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* (che d'ora innanzi per brevità sarà denominato solo *Codice*), l'imprenditore ha dovuto assumere una massiccia dose di cultura economico-aziendale e, comunque, tale dose è stata incrementata là dove era già presente. L'art. 375 del *Codice*, infatti, ha introdotto un secondo comma all'art. 2086 c.c., che recita: "L'imprenditore, che opera in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alle dimensioni e alla natura 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" (1).

In virtù dell'art. 389, comma 2, del *Codice*, l'obbligo è entrato in vigore a partire dal 16 marzo 2019.

Il nuovo articolo del codice civile è denso di significato e riveste un'ampia portata solo se si considerano alcuni termini da esso utilizzati, che meritano di essere analizzati ed approfonditi.

Innanzitutto l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, c.d. Or.Am.Co., è quello già previsto dall'art. 2381 c.c. La formula "assetto organizzativo, amministrativo e contabile" può identificarsi in un complesso di regole che non solo definiscono a monte (a livello di *governance*) l'organizzazione societaria e i processi decisionali (chi decide, chi dichiara e chi controlla le decisioni assunte/dichiarate), ma che, altresì, identificano a valle (a livello operativo) le funzioni aziendali, le procedure ed i processi che consentono l'esecuzione delle decisioni, così da realizzare compiutamente e correttamente l'oggetto dell'iniziativa societaria (2). Più in particolare l'assetto organizzativo comporta la necessità di istituire un organigramma che definisca funzioni, poteri e deleghe di firma; l'assetto amministrativo identifica l'insieme delle procedure dirette a garantire l'ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi nelle quali le stesse si articolano, mentre l'assetto contabile si riferisce al sistema di rilevazione dei fatti di gestione (3).

Il concetto di "*dimensioni e natura dell'impresa*" non è nuovo nel nostro ordinamento. Oltre all'art. 2381, comma 5, in tema di adeguatezza dell'assetto Or.Am.Co., l'art. 2214, comma 2, c.c. (4), obbliga l'imprenditore a tenere, in aggiunta al giornale e al libro degli inventari, "le altre scritture contabili che siano

(1) Il concetto di organizzazione, espresso dall'art. 2086 c.c., è un'estensione dell'assioma introdotto 77 anni prima con l'art. 2555, nel senso che l'organizzazione è il collante che unisce ed indirizza i fattori materiali e umani dell'impresa in contrapposizione al concetto restrittivo che l'impresa è solo attività dell'imprenditore.

(2) M. De Mari, *Gli assetti organizzativi societari*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, dir. da Irrera, Bologna, 2016, 26.

(3) S. Verna, in AA.VV., *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di studio verna società professionale, Santarcangelo di Romagna, 2019, 182.

(4) Richiamato con riferimento alle S.p.a. dall'art. 2421, comma 1, e alle S.r.l. dall'art. 2478, comma 1.

richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa". Orbene la tesi che attribuisce un'ampia portata alle "altre scritture contabili" si è rafforzata, cosicché le scritture contabili non sono solo quelle sistematiche e cronologiche da trascrivere nei libri e nei registri della società secondo determinate formalità, ma anche quelle contenute in qualsiasi supporto, che riportano dati tratti dalle suddette scritture contabili sistematiche. Scrittura contabile non è quindi solo pacificamente il bilancio nei suoi quattro componenti e le schede di mastro, ma anche conti, prospetti e schemi, la cui natura contabile va riconosciuta per il loro contenuto e non solo od anche in relazione al loro supporto documentale. Così si è affermato che scrittura contabile è un *budget* o uno *scadenario* di crediti o di debiti o una raccolta di indicatori contabili. Possiamo classificarli come "strumenti contabili" e la classificazione - sulla cui correttezza è difficile dubitare - sarà utile ai fini che mi propongo con questo scritto.

Natura e dimensioni dell'impresa fungono, non solo per le scritture contabili, ma soprattutto per la struttura e l'intensità dell'assetto Or.Am.Co., quale limite superiore ed inferiore affinché tale assetto non possa essere giudicato, rispettivamente eccessivo, e quindi dispersivo, o insufficiente.

L'assetto Or.Am.Co. è prescritto dal legislatore "anche" per rilevare la crisi e la perdita della continuità aziendale, e quindi, grazie all'uso di tale congiunzione, non solo nei periodi di difficoltà, ma periodicamente, sistematicamente, ordinariamente. Conforta tale interpretazione non solo la nuova *rubrica legis* dell'art. 2086, modificata dall'art. 375, comma 1, del Codice, che ora è *Gestione dell'impresa*, ma soprattutto il successivo art. 377 (anch'esso in vigore dal 16 marzo 2019, in quanto menzionato nel successivo art. 389, comma 2), che ripetutamente afferma che "la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma".

Di conseguenza il rispetto dell'obbligo di istituire un adeguato assetto Or.Am.Co. è previsto dall'ordinamento giuridico non solo per cogliere i segni premonitori della crisi o addirittura dell'insolvenza, ma come regola di condotta di un gestore d'impresa

che operi con la diligenza professionale richiesta dalla natura dell'incarico; pertanto l'inadempimento dell'obbligo, se causativo di un danno, può legittimare un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori e, ricorrendo una *culpa in omittendo*, dei sindaci (artt. 2260, comma 2, 2381, comma 3, 2392, comma 1, e 2476, comma 1, c.c.).

Da una sia pur breve trattazione dei concetti di crisi d'impresa e continuità aziendale non ci si può sottrarre.

La *crisi d'impresa* è definita dall'art. 2, lett. a), del Codice. Essa è "lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore" (5): la probabilità, a mio avviso, deve essere superiore al 50 per cento (6). La norma non si limita a definirla, ma anche addita in quale modo essa si manifesta: ovvero quando appare la "inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate". Ecco che il legislatore indica già due strumenti contabili atti a rilevare la crisi d'impresa, sia pur con norma che entrerà in vigore il 16 agosto 2020.

Per *flussi di cassa prospettici* devono intendersi, data la presenza dell'aggettivo "prospettico" - diversamente dal rendiconto finanziario di cui all'art. 2425 *ter c.c.*, che ha una portata storica (7) - i movimenti finanziari di cui si prevede il verificarsi in un determinato arco di tempo futuro, normalmente frazionato in mesi. La somma algebrica di *inflows* ed *outflows* mensili rivela un *surplus* o un *deficit* finanziario da riportare a nuovo nel mese successivo. Il *deficit* va confrontato per lo più con le liquidità acquisibili ricorrendo agli affidamenti bancari. Se il ricorso agli intermediari finanziari si manifesta infruttuoso o insufficiente, emerge uno squilibrio finanziario, ovvero un problema che - ancorché possa essere temporaneamente e talvolta solo parzialmente risolto attraverso dilazioni di pagamento, ottenute di fatto o previo accordo con i fornitori - merita di essere analizzato soprattutto per comprendere se la sua causa sia occasionale o strutturale. Ripetuti *deficit* finanziari non possono essere fronteggiati con sistematici utilizzi degli affidamenti bancari e, allorché essi siano interamente utilizzati, ricercando ed ottenendo maggiori affidamenti giacché essi non vengono concessi immotivatamente, ma in relazione alle variazioni dei volumi delle operazioni commerciali intercorse. Le disponibilità liquide e i

(5) Sulla definizione e sui contorni della crisi d'impresa da un punto di vista del diritto commerciale e del diritto fallimentare vedasi M. C. Cardarelli, *Insolvenza e stato di crisi tra scienza giuridica ed aziendalistica*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 11, nonché G. Fauceglia, *il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 6 ss.

(6) L'affermazione trova conferma in N. Rocco di Torre Padula, in *Aspetti della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2018, I, 1109, che

definisce la crisi "rischio d'insolvenza" allorché quest'ultima ha una probabilità di manifestarsi almeno del 51%.

(7) Su alcune limitate informazioni offerte dal rendiconto finanziario circa gli squilibri finanziari premonitori della probabile crisi d'impresa vedasi A. Dell'Atti, *Il rendiconto finanziario nell'ambito dell'informazione societaria*, in *Riv. dott. commerc.*, 2017, 34-36.

previsti movimenti finanziari in entrata si fronteggeranno con i corrispondenti movimenti in uscita, tratti dallo scadenzario dei debiti integrato dalle obbligazioni non ancora sorte ma pianificate.

La *continuità aziendale* non è definita dal nostro ordinamento legislativo, almeno a livello di norma primaria. La continuità aziendale è citata all'art. 2423 bis, comma 1, n. 1), c.c., quale principio di redazione o "postulato" del bilancio d'esercizio. Per una definizione dobbiamo riportarci ai principi contabili e ai principi di revisione.

Nello IAS 1, *Presentazione del bilancio*, par. 22 e 23, la continuità aziendale o *going concern* è definita in negativo: l'impresa è in *going concern* quando gli amministratori non intendono liquidare l'azienda o cessare l'attività o quando hanno realistiche alternative alla liquidazione o cessazione. Per valutare l'esistenza del *going concern* occorre tenere conto di tutte le informazioni disponibili con riferimento ad un periodo futuro di almeno 12 mesi. Se l'impresa ha un passato recente di redditività e un pronto accesso a fonti finanziarie, la continuità aziendale può ritenersi esistente senza dover compiere analisi dettagliate. In caso contrario occorre valutare la redditività aziendale in corso e quella prevista, il piano di rimborso dei debiti e le potenziali capacità finanziarie.

Occorre tenere conto anche delle informazioni riguardanti eventi verificatisi dopo la chiusura dell'esercizio, come il deterioramento del risultato economico e della situazione finanziaria (IAS 10, *Fatti intervenuti dopo la data di riferimento del bilancio*, par. 8 e 9).

Secondo il *principio di revisione ISA Italia 570*, luglio 2017, la continuità aziendale è definita come capacità dell'impresa di realizzare le proprie attività e fronteggiare le proprie passività, valutando l'esito di eventi futuri ed incerti che dovrebbero verificarsi durante il normale esercizio dell'impresa in un arco temporale di almeno 12 mesi. In caso di incertezza occorre predisporre *budgets* e prospetti di flussi di cassa.

### **Gli strumenti previsti dall'ordinamento per la gestione dell'impresa: l'art. 2381 c.c.**

L'art. 2086 c.c. impone all'imprenditore l'attuazione di uno degli *strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità*

*aziendale*. Occorre allora individuare se l'ordinamento giuridico già ora prevede tali strumenti, senza dovere attendere quelli che entreranno in vigore a partire dal 16 agosto 2020.

Nella disciplina delle società per azioni l'art. 2381, comma 3, stabilisce che "il consiglio di amministrazione ..., sulla base delle informazioni ricevute [dagli organi delegati] valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta ... il generale andamento della gestione" (8).

Va innanzi tutto ricordato che l'art. 2381, dal 16 marzo 2019, si applica anche alle società a responsabilità limitata in virtù dell'art. 377, comma 2, del *Codice*: l'applicazione è naturalmente "in quanto compatibile", ovvero sulla base del noto limite della "natura e dimensioni dell'impresa" (9).

Va inoltre espunta la tesi, ove mai fosse prospettata, secondo cui l'art. 2381 si applicherebbe solo là dove esista un consiglio di amministrazione ed amministratori delegati; l'art. 2381 trova applicazione, tanto nelle S.p.a. quanto nelle S.r.l., anche là dove sia stato nominato solo un amministratore unico. Infatti, poiché l'art. 2381, ai commi 3 e 5, impone agli amministratori regole di condotta e la redazione di determinati documenti, sarebbe irragionevole ritenere che, là dove l'organo amministrativo non fosse collegiale per cui i documenti non potessero circolare fra persone diverse, essi non dovrebbero neanche essere redatti, atteso che trattasi di documenti su cui l'organo amministrativo e quello di controllo devono impostare la propria condotta. L'interesse perseguito dalla norma è quello di tutelare la buona amministrazione, prescindendo, entro certi limiti, dalla circostanza che essa debba essere affidata ad uno o più amministratori (10).

Orbene l'art. 2381, comma 3, prevede un *reporting* avente per oggetto "*piani strategici, industriali e finanziari*", che sono evidentemente anche strumenti contabili. Né la loro previsione è sminuita dalla locuzione temporale "quando elaborati", giacché la dottrina già alcuni anni fa aveva rilevato che l'elaborazione di tali piani non poteva essere rimessa *ad libitum* degli amministratori, ma doveva essere

(8) Sulle competenze degli amministratori nella cura degli assetti organizzativi nelle S.p.a. e nelle S.r.l. vedasi S. Verna, *op. cit.* alla nt. 3, 193-195.

(9) L'applicazione della struttura Or.Am.Co. indipendentemente dal tipo sociale prescelto - S.p.a. o S.r.l. - era stato da me sostenuto in *L'assetto Or.Am.Co. e l'art. 2381 cod. civ.: doveri di amministratori e sindaci*, in *Contr. nelle soc. e negli enti*, 2014, 6,

perseguito l'art. 2381 un livello oggettivo di organizzazione aziendale e poggiando l'estensione su un'interpretazione costituzionalmente orientata; mi pareva infatti irrazionale che l'esenzione dall'adozione e dal controllo dell'assetto in parola dovesse dipendere dal tipo di società e non alla sua natura e dimensioni.

(10) Così nello scritto indicato nella nota precedente, pag. 6.

condizionata dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa (11).

In ogni modo tali strumenti sono previsti fin d'ora dall'ordinamento, a nulla influendo, per l'applicazione in concreto dell'art. 2086, che essi potrebbero non essere obbligatori per l'attuazione dell'art. 2381, comma 3. Ma, quand'anche così fosse, lo stesso art. 2381, comma 5, impone all'organo amministrativo di curare l'adeguatezza dell'assetto Or.Am.Co. attraverso un rapporto che, "in ogni caso almeno ogni sei mesi", deve essere comunicato nell'ambito di tale organo - se esso non è monocratico, ma collegiale - e comunque dell'organo di controllo (collegio sindacale o sindaco unico).

Orbene il rapporto dell'organo amministrativo concerne il generale andamento della gestione e la sua prevedibile evoluzione. Non v'è chi non veda che lo strumento che esprime per antonomasia il *generale andamento della gestione* è il *bilancio*, con la conseguenza che la norma impone la redazione periodica, almeno semestrale, di un bilancio, che non dovrà essere costituito anche dalla nota integrativa e dal rendiconto finanziario, ma esprimerà quanto meno con sufficiente attendibilità e correttezza la situazione patrimoniale e finanziaria e il risultato economico di periodo. Ugualmente la *prevedibile evoluzione della gestione* troverà la propria tipica allocazione nel *budget* da rivedere almeno semestralmente.

La menzione di *piani finanziari* contenuta nel comma 3 dell'art. 2381 e la necessità di prevenire la crisi d'impresa, e quindi la difficoltà di onorare le obbligazioni assunte e quelle pianificate per l'ordinario esercizio dell'impresa, rendono necessario la comparazione fra *inflows* e *outflows*.

Avremo quindi una strumentalità contabile *minima* necessariamente costituita da un bilancio d'esercizio, da un bilancio al termine del primo semestre, da un budget annuale, da un *revised budget* al termine del primo semestre, nonché da un prospetto di flussi di cassa aggiornato almeno ogni sei mesi. Naturalmente alcuni imprenditori giudicheranno e già oggi giudicano insufficiente la redazione dei suddetti documenti su base semestrale. La redazione di bilanci di

verifica mensili e l'aggiornamento mensile del prospetto dei flussi di cassa (quest'ultimo talvolta proiettato solo nei 120 giorni successivi) è prassi non insolita anche nelle PMI.

Poiché l'art. 2086 parla di "strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale", potrebbe affacciarsi la tesi per cui gli strumenti previsti dall'ordinamento dovrebbero essere attuati solo in caso di crisi o di perdita della continuità aziendale. L'argomento è stato già brevemente trattato nel paragrafo precedente, commentando la congiunzione "anche" con riferimento all'istituzione obbligatoria dell'assetto Or.Am.Co. L'interpretazione prima prospettata - periodicità, ordinarietà, sistematicità del citato meccanismo di gestione - non può non riversarsi sul ricorso agli strumenti contabili richiesti per la sua attuazione. Insomma, se l'assetto Or.Am.Co. deve essere istituito indipendentemente da situazioni di crisi dell'impresa e di perdita del *going concern*, in quanto modalità da rispettare nella gestione di tutte le imprese (art. 377 del Codice), l'irrelevanza delle due situazioni si pone anche con riferimento agli strumenti senza i quali detto assetto non potrebbe trovare concreto funzionamento.

Si è sopra accennato che il rapporto dell'organo amministrativo, concernente il generale andamento della gestione e la sua prevedibile evoluzione, deve essere comunicato almeno ogni sei mesi all'organo di controllo societario (art. 2381, comma 5), ovvero al collegio sindacale o sindaco unico: non al revisore contabile, il quale non è organo della società, ma solo un incaricato di prestazioni professionali sulla base di un contratto.

L'organo di controllo "vigila sull'osservanza della legge ..., sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto amministrativo, organizzativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento" (art. 2403, comma 1, c.c., dal titolo "Doveri del collegio sindacale", applicato anche nelle S.r.l. per il rinvio operato dall'art. 2477, comma 3) (12). Nella relazione dei sindaci al bilancio l'organo di controllo "deve riferire

(11) "Il *quando* che apre la disposizione indica una circostanza di tempo, non una condizione che potrebbe non realizzarsi (come nel caso di *se, qualora*) e sembra quindi che venga non solo ipotizzata ma chiesta l'elaborazione dei piani" (G. D. Mosco, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Padova, 2004, III, 596, nt. 31). Lo stesso P. Abbadessa, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Abbadessa e Portale, Milano, 2007, 498-499, pur dichiarando di non condividere la tesi interpretativa del Mosco, afferma che "sarebbe assolutamente inesatto concludere che la redazione dei piani in esame sia una semplice facoltà,

rimessa comunque alla libera scelta degli amministratori, dovendo, all'opposto, ritenersi che essa divenga doverosa quando le dimensioni dell'impresa e/o le politiche gestionali prescelte rendano opportuno, nell'interesse della società, l'istituzione di un processo programmatico formalizzato". Cfr. anche M. Irrera, *Aspetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005, 264.

(12) Per un approfondimento sui doveri di controllo dei sindaci sull'assetto Or.Am.Co., sulle relative procedure con particolare riferimento al controllo del budget e del rischio d'impresa e le conseguenti responsabilità, vedasi G. Bianchi - A. Iannaccone - C.

all'assemblea ... sull'attività svolta nell'adempimento dei propri doveri" e quindi sull'istituzione dell'assetto Or.Am.Co. e sull'utilizzo degli strumenti richiesti per il suo concreto funzionamento.

La mancata istituzione dell'assetto Or.Am.Co. e l'approntamento degli strumenti contabili minimi, richiesti per il suo funzionamento, sono fonte quindi di responsabilità per l'amministratore. L'omesso rilievo di tale mancanza o la non corretta istituzione dell'assetto in relazione alla natura e dimensione dell'impresa fa sorgere inoltre la responsabilità del sindaco. Tale responsabilità, come quella dell'amministratore, va in concreto misurata nei limiti dell'ammontare del danno subito da chi la invoca e previa dimostrazione da parte di costui di un nesso causale tra omissione e danno, secondo il disposto del noto art. 1223 c.c., ovvero in quanto "conseguenza immediata e diretta".

### Conclusioni valide per il periodo 16 marzo 2019 - 15 agosto 2020

Possiamo pertanto trarre le prime conclusioni.

L'assetto Or.Am.Co. permea l'attività delle imprese e il suo concreto funzionamento; poggia sull'utilizzo di determinati strumenti contabili o di derivazione contabile, atti a guidare la gestione di tutte le imprese ed a rappresentare il generale andamento della gestione e la sua prevedibile evoluzione, al fine di misurare periodicamente e sistematicamente l'efficienza dell'attività dell'imprenditore e, in particolare, di rilevare tempestivamente la crisi dell'impresa e la perdita della continuità aziendale.

Gli strumenti richiesti dall'art. 2086 c.c. sono offerti, con riferimento alle società di capitale, dall'art. 2381 e sono costituiti dall'andamento della gestione e da piani economici e finanziari, che, con l'ausilio dell'economia aziendale in funzione interpretativa ed integrativa sul piano della tecnica della *litera legis*, sono individuati nello stato patrimoniale e conto economico, nel budget e nel prospetto dei flussi di cassa attesi, da redigersi secondo la natura e la dimensione dell'impresa, e in ogni caso almeno ogni sei mesi. La norma, nel disciplinare il flusso di informazioni che deve circolare nell'ambito dell'organo amministrativo collegiale e che deve essere assoggettato ad esame indirizzando quindi la gestione, non può, ora anche in ossequio al novellato art. 2086, essere interpretata nel senso che l'organo

amministrativo, se privo di amministratori delegati e di amministratori senza deleghe e financo monocratico, sia dispensato dalla conoscenza, valutazione ed applicazione delle informazioni acquisibili in virtù dell'assetto Or.Am.Co.

Tale integrazione delle norme del codice civile è ora possibile con l'introduzione del *Codice della crisi d'impresa*; questo, innestandosi nel tessuto codicistico, ha consentito, a partire dal 16 marzo 2019, un'interpretazione ed applicazione circostanziata e dischiuderà dal 16 agosto 2020 un'esegesi ancor più precisa ed evolutiva, come cercherò di dimostrare nel prosieguo di questo scritto.

### Gli strumenti di allerta

Gli strumenti di allerta sono costituiti dagli *obblighi di segnalazione* previsti dall'art. 12, comma 1, del *Codice* e disciplinati nei commi e negli articoli successivi.

Si distingue un ambito soggettivo di applicazione, una destinazione soggettiva del comando legislativo e una finalità evidentemente oggettiva della norma. Gli strumenti di allerta si applicano agli imprenditori che, nell'esercizio della loro attività, non superano due dei seguenti parametri: attivo patrimoniale 20 milioni di euro, ricavi netti di vendite e prestazioni 40 milioni, numero medio di dipendenti durante l'esercizio 250. Trattasi di dati facilmente ricavabili dal bilancio: rispettivamente dallo stato patrimoniale (art. 2424, Attivo, totale poste A + B + C + D), dal conto economico (art. 2425, voce A) 1) e dalla nota integrativa (art. 2427, voce 15). Sono dati, almeno i primi due, che caratterizzano le PMI, ancorché il legislatore abbia voluto denominarle "*grandi imprese*" (art. 2, lett. g) del *Codice*), assumendo parametri comunitari, probabilmente in quanto ha voluto in questo modo assoggettare agli strumenti di allerta le imprese che secondo esperienza sono quelle che maggiormente ritardano l'emersione della crisi e dell'insolvenza.

Destinatari degli obblighi di segnalazione sono i sindaci e i revisori, le banche e gli altri intermediari finanziari nonché le agenzie delle entrate e della riscossione e l'INPS.

*I sindaci e i revisori*, nell'ambito delle loro differenti funzioni e responsabilità (13), verificano l'adeguatezza del sistema organizzativo della società e il prevedibile andamento della gestione. Se accertano fondati indizi di crisi aziendale, essi innestano un

Paradiso - G. Silva - G. Verna, *Controllo dei sindaci sull'amministrazione e, in particolare sull'assetto organizzativo, amministrativo e contabile e sulla gestione dei rischi aziendali*, in *Riv. dott. commerc.*, 2015, 425 ss.

(13) Sul punto rinvio al mio *Le differenti responsabilità del revisore legale rispetto a quelle del collegio sindacale*, in *Contr. nelle soc. e negli enti*, 2011, 199.

procedimento articolato in quattro fasi della complessiva durata edittale di 90 giorni.

Nella prima fase, ovvero immediatamente dopo l'accertamento, sindaci e revisori segnalano l'esistenza di tali indizi all'organo amministrativo. Questo, nel tempo assegnatogli dai sindaci e dai revisori, non superiore a 30 giorni (seconda fase), deve comunicare le soluzioni individuate e le azioni intraprese. In caso di risposta adeguata dell'organo amministrativo, questo ha a disposizione i successivi 60 giorni (terza fase) per adottare i provvedimenti ritenuti necessari. Ove la risposta non fosse adeguata o i provvedimenti non fossero presi o non fossero sufficienti, sindaci e revisori sono obbligati senza indugio (quarta fase) a farne segnalazione all'OCRI (art. 14, comma 2, del Codice). La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo compiuta da sindaci e revisori nella prima fase e, ricorrendone i presupposti, la tempestiva segnalazione all'OCRI (quarta fase), costituiscono causa di esonero dalla responsabilità per i danni derivanti da atti commissivi od omissivi posti in essere dagli amministratori a partire dalla prima segnalazione (art. 14, comma 3, del Codice). Naturalmente, se la prima segnalazione all'organo amministrativo non è stata tempestiva, non avendo sindaci e revisori verificato l'adeguatezza dell'assetto Or.Am.Co., o, dopo l'accertamento della sua inadeguatezza, non hanno immediatamente fatto la segnalazione a tale organo, essi non sono liberati dalla responsabilità per i danni precedentemente verificatisi.

*Le banche e gli altri intermediari finanziari* di cui all'art. 106 del TUF devono comunicare le revoche, le riduzioni e le variazioni, che comportano un aggravamento dell'onerosità o delle garanzie dei rapporti intrattenuti col cliente, oltre che al cliente stesso, contemporaneamente agli organi di controllo societari (art. 14, ultimo comma, del Codice).

Solo il collegio sindacale e il sindaco unico possono qualificarsi come organi di controllo societari, dato che il revisore contabile e la società di revisione sono legati alla società solo da un contratto avente per oggetto una prestazione professionale (il giudizio sul bilancio, c.d. *opinion*) e non una funzione di controllo sull'amministrazione; ritengo pertanto che l'obbligo

di comunicazione abbia come destinatari solo i sindaci. Conforta questa distinzione il fatto che lo stesso legislatore al primo comma del medesimo art. 14 distingue: "gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione". Tuttavia la comunicazione ai sindaci e non ai revisori - gli uni e gli altri incaricati di un controllo, seppur di natura diversa - non trova giustificazione.

Infine l'Agenzia delle entrate, l'INPS e l'agente della riscossione hanno l'obbligo di segnalazione diretta all'OCRI allorché l'esposizione debitoria dell'imprenditore ha superato determinati importi correlati con scaglioni del volume degli affari (art. 15 del Codice): grandezze tipicamente fiscali in quanto comprensive dell'iva. Non merita indicare gli scaglioni sia in quanto la norma entrerà in vigore solo a partire dal 16 agosto 2020, sia perché è stata ventilata l'ipotesi di modifiche legislative a riguardo.

La finalità degli strumenti di allerta è dichiaratamente quello di far emergere la crisi dell'impresa anticipatamente rispetto a quanto oggi avviene nella stragrande maggioranza dei casi, evitando di constatare l'irreversibilità del dissesto e registrare le cifre irrisorie disponibili per i creditori non assistiti da diritti di prelazione.

### L'implementazione di strumenti contabili a partire dal 16 agosto 2020

L'art. 13, comma 1, del Codice dischiude un sistema discorsivo a scalare complesso.

Indicatori della crisi sono gli squilibri di natura reddituale o patrimoniale o finanziaria nonché i significativi e reiterati ritardi nei pagamenti.

Gli indicatori di squilibri e ritardi si rilevano attraverso indici. Devono essere utilizzati indici che evidenziano la sostenibilità dei debiti e la continuità aziendale per un periodo di almeno sei mesi (14); sono significativi gli indici che misurano la sostenibilità di interessi ed oneri finanziari con i flussi di cassa che l'impresa è capace di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi (15). Tali indicatori devono essere "rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività

(14) La previsione dell'art. 13, comma 1, che contempla la valutazione della continuità aziendale, a seconda dell'esercizio in cui essa è compiuta, per un periodo più corto, che va dai sei ai dodici mesi, si differenzia, quanto a durata, dalla previsione indicata dai principi contabili nazionali ed internazionali, che spazia per almeno dodici mesi.

(15) Il rapporto, denominato *indice di indipendenza finanziaria o di solidità patrimoniale o equity/debt*, misura la capacità dell'azienda di far fronte ai propri debiti: tanto più alta è la percentuale, tanto maggiori sono le capacità dell'azienda di rispettare le proprie

obbligazioni. Tuttavia la prassi aziendalistica suole confrontare, perché di gran lunga di maggiore utilità, sia il patrimonio netto più il passivo a media-lunga scadenza con l'attivo immobilizzato, sia il passivo a breve scadenza con l'attivo circolante. Il rapporto fra il solo patrimonio netto e il passivo a breve e a lunga scadenza varia a seconda del settore cui appartiene l'impresa, essendo evidente che un'azienda industriale richiede maggiore capitale proprio (da investire in immobilizzazioni) rispetto ad un'impresa mercantile, come maggiori investimenti normalmente richiede l'impresa che vende al pubblico rispetto a quella che vende all'ingrosso. In Italia



imprenditoriale” (16) e tenere conto della data di costituzione e dell’inizio dell’attività.

Gli indicatori di significativi e reiterati ritardi nei pagamenti sono costituiti anche dagli indici di cui al successivo art. 24 e cioè:

- debiti per retribuzioni scadute da oltre 60 giorni, che superano la metà delle retribuzioni complessivamente dovute nello stesso periodo;

- debiti verso fornitori scaduti da almeno 120 giorni per importo superiore a quello dei debiti non scaduti;

- indici di bilancio o comunque rilevati ogni tre mesi che superano i valori che saranno indicati dal CNDCEC.

Si parla quindi di indicatori costituiti da indici precisando quelli significativi. Tali strumenti contabili si aggiungono al bilancio, al bilancio semestrale, al *budget*, al *revised budget* semestrale e al prospetto dei flussi di cassa semestrali da aggiornare almeno ogni semestre nonché ai ben noti ed indispensabili indici di liquidità primaria e secondaria. È infatti singolare che il legislatore non abbia espressamente menzionato gli indici che per antonomasia misurano la sostenibilità dei debiti, quali l’indici di liquidità; lo ha fatto solo indirettamente, seppur inequivocabilmente, riferendosi nell’art. 13, comma 1, ad “appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi”. Il riferimento va a due indici tratti dal bilancio d’esercizio e da un opportuno bilancio semestrale: l’indice di liquidità primaria o *acid test*, il quale, rapportando l’attivo

circolante escluse le rimanenze di magazzino alle passività correnti, indica quanti euro l’imprenditore ha o può avere a disposizione per ogni euro di debito scadente entro i successivi 12 mesi, e l’indice di liquidità secondaria o *current test ratio*, che si differenzia dal precedente in quanto calcola nell’attivo circolante anche le rimanenze.

La critica all’art. 13 non è nuova (17). La norma ha previsto una molteplicità, generica o specifica - direi una sarabanda - di indicatori ed indici della c. d. crisi dell’impresa. Si staglia dirompente la contraddizione in cui è incorso il legislatore, che, da una parte, ha ridotto le spese di accesso e di svolgimento delle procedure concorsuali, e, dall’altra, ha gravato la generalità degli imprenditori di impegni e costi diretti ed indiretti molto elevati e i più piccoli - quelli che per due esercizi consecutivi hanno superato ~~due~~ 4 milioni di euro di ricavi - dell’obbligo di un sindaco unico o di un revisore contabile (art. 379 del Codice che modifica l’art. 2477, comma 2, lett. c), c.c.), onerando questi ultimi di elevati compiti di controllo.

Non resta che auspicare un intervento equilibratore del CNDCEC, cui l’art. 13, comma 2, conferisce delega ad elaborare e rielaborare gli indici su riportati, da sottoporre ad approvazione del MEC, onde scongiurare l’ipotesi che essi ricevano il trattamento riservato alle grida di manzoniana memoria. Confido, ancor di più, sulle ventilate modifiche che verrebbero introdotte con i previsti decreti correttivi.

le aziende sono dominate dalla sottocapitalizzazione, cosicché il passivo (capitale di finanziamento) è quasi sempre nettamente superiore al capitale proprio. L’indice, comunque, come tutti gli altri, è particolarmente utile se comparato con quelli redatti nei periodi precedenti, giacché mostra la tendenza di indebitamento dell’imprenditore.

Sulla correlazione fra investimenti e finanziamenti, a seconda che siano correnti o non correnti, v. M. Fazzini, *Analisi di bilancio*, Milano, 2013, 122 ss., e I. Facchinetti, *Le analisi di bilancio*, Milano,

2001, 178 ss.; i due rapporti dovrebbero, in una situazione ottimale, essere pari all’unità.

(16) Atteso che l’impresa è l’attività esercitata dall’imprenditore di cui all’art. 2082 c.c., non è chiara la distinzione, in tema di caratteristiche, fra impresa ed attività dell’imprenditore.

(17) Riprendo qui quanto ho scritto in AA.VV., *op. cit.* alla nt. 3, 25 e 26, cui aggiungesi la critica sull’uso disinvolto del termine “indici” quali misuratori degli “indicatori”.