

Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma

SOMMARIO: I. Profili generali della riforma. ó 1. La riforma Rordorf. Dalla legge fallimentare al Codice della Crisi e dell'insolvenza: un breve *excursus*. ó 2. Impresa, società, procedure concorsuali: le origini. ó 3. La disciplina dell'impresa: l'evoluzione 2003-2015. ó 4. La riforma Rordorf: il ponte sistematico tra impresa-società-crisi. Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza. ó 5. Il Codice della Crisi: le due (o tre?) fasi di entrata in vigore. ó 6. Il Codice della Crisi: profili generali. ó 6.1. Le definizioni. ó 6.2. Gli organi di composizione della crisi. ó 6.3. Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi. ó 7. Gli assetti organizzativi adeguati e la prevenzione della crisi: principi generali. ó 8. Assetti organizzativi e esclusività della gestione: una critica. ó 9. Gli strumenti di allerta: una sintesi. ó 10. Il concetto di crisi: probabilità o possibilità di insolvenza? ó 11. Gli indicatori di insolvenza. Profili critici. ó 12. Una questione di sistema e di cultura d'impresa. Gli assetti organizzativi: principi di correttezza o *business judgment rule*? ó 13. Una riforma *in fieri*? ó 14. Qualche interrogativo finale.

I.

Profili generali della riforma

1. *La riforma Rordorfö. Dalla legge fallimentare al Codice della Crisi e dell'insolvenza: un breve excursus.* ó Il nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza ó approvato con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 pubblicato sulla G.U. del 14 febbraio 2019 ó ha avuto e, come subito diremo, avrà, un percorso travagliato¹.

Nella legge fallimentare del 1942 il *focus* era incentrato sull'insolvenza e, quindi, sul fallimento; le procedure di recupero, in caso di insolvenza reversibile, e cioè l'amministrazione controllata e il concordato preventivo, spesso erano impiegate in maniera distorsiva.

Nel 1979 abbiamo la prima legge sull'Amministrazione straordinaria (L. 95/1979), poi modificata con il d.lgs. 270/1999 a cui si aggiunge la Procedura di ristrutturazione industriale di imprese in stato di insolvenza (L. 39/2004), oggetto di diverse modifiche.

Segue, nel 2005 e 2006, l'epoca di ulteriori riforme caratterizzate dalla volontà di superare la marginalità delle procedure recuperatorie dell'impresa.

Ricordiamo i punti qualificanti:

- (i) l'attenuazione degli effetti dell'azione revocatoria;
- (ii) l'introduzione del piano attestato;
- (iii) gli accordi di ristrutturazione dei debiti;
- (iv) la disciplina innovata dell'esercizio provvisorio.

Si prosegue nel 2012 con l'introduzione del concordato con continuità aziendale, del c.d. concordato in bianco e del sovraindebitamento.

Con la L. 6 agosto 2015, n. 132 il legislatore ha apportato un ennesimo intervento correttivo, su diversi profili della disciplina.

2. *Impresa, società, procedure concorsuali: le origini.* ó Il nostro ordinamento commerciale è stato, per lungo tempo, segnato da una separazione netta tra tre settori.

¹ In particolare vedi, *infra*, § 5 e § 13.

Nel codice del 1942 la *disciplina dell'impresa* è stata incentrata sulla definizione del *soggetto* (l'imprenditore contrapposto al professionista, all'operatore economico occasionale o privo di organizzazione o non perseguente scopi lucrativi) e sulla partizione in tre categorie (commerciale, piccolo, agricolo) connotate da statuti speciali fortemente differenziati. La struttura organizzativa dell'impresa è stata affidata ad uno scarno principio generalissimo (art. 2086 c.c.: «l'imprenditore è il capo dell'impresa») e ad un sintetico dovere di adozione delle «misure necessarie» «a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro» (art. 2087 c.c.).

Il *diritto societario* regolava esclusivamente i rapporti tra soci e società, tra società e terzi; tra società e creditori; l'organizzazione dell'impresa societaria era lasciata, *in toto*, all'autonomia privata; il profilo organizzativo era limitato ai rapporti intraorganici (*i.e.*: gli organi delegati) e interorganici (*i.e.*: art. 2405 c.c.).

Il *diritto concorsuale* era focalizzato sull'insolvenza; la prevenzione affidata alla scarna disciplina dell'amministrazione controllata in caso di insolvenza reversibile e ai restrittivi presupposti del concordato preventivo.

3. *La disciplina dell'impresa: l'evoluzione 2003-2015.* ó Con il passaggio al terzo millennio si è registrata un'evoluzione significativa. Sul terreno del *diritto dell'impresa* il *focus* del legislatore si è ampliato con l'introduzione, se pur strisciante e spesso inconsapevole, di una nuova categoria generale: *l'attività economica*, comprensiva delle attività *non profit* e simili².

Il *diritto societario* vede ó con la riforma del 2003 ó l'introduzione di un principio (per la società per azioni ma ó si ritiene ó in via di interpretazione estensiva anche per la s.r.l.) che incide direttamente sull'attività: i principi di *corretta amministrazione* (arg. ex. art. 2403; e cfr. l'anticipazione di cui all'art. 149 t.u.f.) e l'obbligo di dotare l'impresa azionaria di *assetti organizzativi adeguati* (cfr. artt. 2381, 2403 cod. civ.).

² Sia consentito il rinvio al mio scritto *Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica?* in AGE, 2014, 45 ss., e ora anche in P. MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Giappichelli, Torino, 2017, 93 ss..

Una vera e propria rivoluzione in un sistema prima astretto nel binomio merito (insindacabile: c.d. *business judgment rule*) versus legalità.

Più precisamente gli amministratori devono rispettare non solo le norme di legge e di statuto ma anche i principi di correttezza gestoria: un ingresso epocale delle *best practices* e delle regole aziendalistiche in un espresso dovere giuridico, come ho argomentato e sottolineato altre volte, di amplissima portata³.

Le *procedure concorsuali* con le riforme (2005 - 2006; 2012 - 2015) in tema di piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo con riserva, concordato preventivo in continuità aziendale e così via, registrano o come si è ricordato o un *focus* inedito e progressivo verso la conservazione dei valori dell'impresa⁴.

4. *La riforma Rordorf: il ponte sistematico tra impresa-società-crisi. Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza.* o Con la riforma Rordorf, tradottasi nel d.lgs. n. 14/2019, i ponti sistematici si rinsaldano:

- (i) «l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa» diviene un dovere generale dell'imprenditore collettivo⁵ (art. 375, comma 2)⁶;

³ Ho trattato il tema in numerosi scritti; si veda, *ex multis*, P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 42 ss.; ora anche in ID., *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, cit., 185 ss., anche per i riferimenti bibliografici.

In argomento si veda il recente contributo monografico di D. LATELLA, *Sistema dei controlli interni e organizzazione nelle società per azioni*, Giappichelli, Torino, 2018 e l'ormai classico lavoro di M. IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Giuffrè, Milano, 2005.

⁴ Rinvio per qualche spunto e per gli opportuni riferimenti bibliografici al mio *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giur. comm.*, 2018, 62 ss.

⁵ Ma l'imprenditore individuale, espunto dall'art. 375, comma 2, riappare all'art. 3, comma 1, che impone di adottare «misure idonee»: sul punto vedi *infra* § 7.

⁶ Dove non diversamente indicato si tratta delle norme contenute nel d.lgs. n. 14/2019.

- (ii) l'assetto organizzativo deve essere istituito *anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale*⁷»;
- (iii) l'obbligo di attivarsi, «*senza indugio*», per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale e per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti a tal fine previsti dall'ordinamento è espressamente e correlativamente sancito nella stessa norma;
- (iv) nel «Codice della crisi e dell'insolvenza» si disciplinano analiticamente gli *strumenti di allerta*.

Il cerchio, dunque, parrebbe finalmente chiudersi attraverso un ponte sistematico che supera cesure e discontinuità. Ma non poche criticità, come vedremo, si prospettano.

5. *Il Codice della Crisi: le due (o tre?) fasi di entrata in vigore.* ó La Commissione presieduta dal Presidente Rordorf è giunta, con travagliato percorso pluriennale su cui non mi soffermo, al traguardo ó apparentemente finale ó con il D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, pubblicato sulla G.U. del 14 febbraio 2019, che ha introdotto, come ho già ricordato, nel nostro ordinamento il «*Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge (delega), 19 ottobre 2017, n. 155*».

Traguardo, ho precisato, «apparentemente» finale, per le seguenti ragioni.

In primo luogo è necessario sottolineare che l'entrata in vigore della nuova disciplina è differenziata nel tempo. E precisamente:

- (i) le norme della PARTE SECONDA, MODIFICHE AL CODICE CIVILE, dall'articolo 375 e seguenti in materia di *Assetti organizzativi dell'impresa*, ai sensi del comma 2 dell'art. 389, sono entrate in vigore «il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione», per cui *sono già in vigore dal 15 marzo 2019*;
- (ii) la nuova disciplina sulla nomina degli organi di controllo (art. 379) entrerà in vigore entro nove mesi dalla predetta data (art. 379 comma 3) quindi il 15 novembre 2019;

⁷ In argomento si vedano F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2017 e M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Giuffrè, Milano, 2017.

- (iii) invece il *corpus* generale della riforma entrerà in vigore decorsi diciotto mesi dalla pubblicazione (art. 389 comma 1), e quindi entrerà in vigore nel *settembre 2020*.

Più precisamente le norme in vigore, ai sensi dell'art. 389, sono, in sintesi, le seguenti:

- (i) competenza del Tribunale delle imprese (art. 27, comma 1);
- (ii) albo degli incaricati della gestione e del controllo delle procedure (artt. 356, 357, 359, 363, 364, 366);
- (iii) le modifiche al codice civile (artt. 375 ss.) relative agli assetti organizzativi (artt. 375, 377), alla responsabilità degli amministratori (art. 378) e alla nomina degli organi di controllo nelle s.r.l. (art. 379; ma la nomina deve essere effettuata entro nove mesi dalla data di pubblicazione del decreto: art. 379, comma 3).

Ma non è tutto.

Infatti l'art. 1 della L. 8 marzo 2019, n. 20 ha introdotto la *Delega per l'adozione di decreti legislativi correttivi in materia di riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*.

Più precisamente il Governo, con la procedura indicata al comma 3 dell'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155, entro due anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega di cui alla medesima legge n. 155 del 2017 e quindi dal d.lgs. 14/2019 e nel rispetto dei principi e criteri direttivi da essa fissati, può adottare disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi medesimi.

E' quindi probabile che non poche modifiche, correzioni di rotta o vere e proprie innovazioni saranno ancora apportate.

Per questa ragione tratterò sinteticamente le linee generali della riforma, ma concentrerò in particolare l'attenzione sulla disciplina degli assetti organizzativi, come si è detto, già in vigore.

6. *Il Codice della Crisi: profili generali.*

6.1. *Le definizioni.* Il Codice della Crisi muove dalle definizioni generali (art. 2) che rappresentano l'architrave della riforma.

Segnalo le principali: (i) per «*crisi*» si intende «*lo stato di difficoltà economico-finanziario che rende **probabile** l'insolvenza*»; concetto su cui svolgerò alcuni rilievi critici; (ii) il concetto di *insolvenza* è sostanzialmen-

te invariato; (iii) il *sovraindebitamento* è esteso al professionista, all'imprenditore minore, all'imprenditore agricolo, alle *start-up* innovative e a ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale (il nuovo fallimento) o ad altre procedure speciali; (iv) l'*impresa minore* è definita con i criteri di cui all'art. 1, comma 2, l. fall.

Si definiscono, ancora, (v) il consumatore, (vi) le società pubbliche, (vii) le grandi imprese, (viii) i gruppi d'impresa, (ix) i gruppi di rilevante dimensione, (x) il COMI, (xi) l'Albo dei gestori della crisi.

6.2. *Gli organi di composizione della crisi.* ó Segnalo in particolare due istituti cardine della riforma sempre definiti all'art. 2, lett. t) e lett. u):

- (i) gli OCC: organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento disciplinati dal decreto del Ministro della giustizia del 24 settembre 2014, n. 202 e successive modificazioni, che svolgono i compiti di composizione assistita della crisi da sovraindebitamento previsti dal Codice della crisi;
- (ii) gli OCRI: gli organismi di composizione della crisi d'impresa, disciplinati dal capo II del titolo II del Codice, che hanno il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire la fase dell'allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, la fase della composizione assistita della crisi.

6.3. *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi.* ó Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, disciplinate agli art. 12 e seguenti, rappresentano una delle principali novità.

Mi limito qui a segnalare⁸:

- (i) l'introduzione di *indicatori della crisi* (art. 13);
- (ii) l'obbligo di *segnalazione degli organi di controllo* all'organo amministrativo dello stato dell'assetto organizzativo e gli indizi della crisi (art. 14);

⁸ Sul punto vedi, *infra*, II, § 9.

- (iii) gli obblighi di *segnalazione al debitore da parte dei creditori pubblici qualificati* (art. 15) dei debiti superiori a soglie espressamente stabilite (art. 15, comma 2), pena l'inefficacia della prelazione;
- (iv) la procedura *non si applica* a «le grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione, le società con azioni quotate in mercati regolamentati, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante» (cfr. art. 12, comma 4), nonché a banche, intermediari, assicurazioni e simili (cfr. art. 12, comma 5) (e si veda, per le definizioni, art. 2);
- (v) sono previste *misure premiali* (art. 24, 25), anche di carattere penale (art. 25, comma 2).

La procedura, di cui tratterò più ampiamente poco oltre, o si conclude positivamente entro *tre* o *sei* mesi, con accordi di ristrutturazione o apertura di concordato preventivo (art. 19) oppure con segnalazione al pubblico ministero per l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 38).

II.

Gli assetti organizzativi

7. *Gli assetti organizzativi adeguati e la prevenzione della crisi: principi generali.* Ó Vengo ora a trattare il tema degli assetti organizzativi adeguati e della prevenzione dell'insolvenza su cui intendo concentrare l'attenzione⁹.

La Proposta della Commissione Rordorf in attuazione della Legge delega del 19 ottobre 2017, n. 155^{10,11} ó recante modifiche al Codice Civile

⁹ Questa sezione riprende la versione aggiornata, conseguente all'approvazione del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, del mio scritto destinato agli *Studi in ricordo di Michele Sandulli*, in corso di stampa in *Il Nuovo Dir. delle Soc.*, con il titolo *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla Proposta Rordorf al Codice della crisi*. La versione precedente dal titolo *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf*, era apparsa in *Il Nuovo Dir. delle Soc.*, 2018, 951 ss.

¹⁰ *Proposta di decreto legislativo recante modifiche al codice civile, in attuazione della legge delega 30 ottobre 2017, n. 155 per la riforma della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza* (d'ora in avanti: *Proposta*) e *Proposta di Codice della crisi e dell'insolvenza* (d'ora in avanti: *Codice della crisi*).

prevedeva l'introduzione di un *paradigma generale di correttezza gestionale* dell'impresa, scolpito nel nuovo testo dell'art. 2086, in cui si intendeva inserire un secondo comma così formulato: «*L'imprenditore, che operi in forma individuale, societaria o in qualunque altra veste, 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*» (Proposta, TITOLO I, Art. 1, comma 2).

Il *Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza* approvato con il D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, già in vigore in *parte qua*, cioè in relazione agli assetti organizzativi, ha modificato il testo della Commissione Rordorf¹², escludendo l'imprenditore individuale: «*L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva ó recita ora la norma ó ha il dovere di istituire un assetto organizzativo amministrativo e contabile í »* (art. 375, comma 2, d.lgs. 14/2019). Il testo prosegue poi invariato.

L'esclusione dell'imprenditore individuale ó che di regola è confinato nell'area della piccola impresa ó può essere giustificata anche se il riferimento alla «*natura e alle dimensioni dell'impresa*» avrebbe comunque circoscritto l'obbligo a forme elementari di organizzazione che, a ben vedere, sono necessarie in qualunque impresa, quanto meno nell'impresa individuale commerciale o agricola non piccola.

Ed infatti, con un'opzione legislativa a mio parere curiosa, l'art. 3, comma 1, impone anche all'imprenditore individuale il dovere di adottare, se non un assetto organizzativo adeguato, «*misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte*».

Si potrà così discettare sulla differenza tra assetto organizzativo e misure idonee e tra «*iniziative necessarie*» e «*idonee iniziative*»!

¹¹ Sulla Proposta della Commissione Rordorf si veda per tutti anche per gli opportuni riferimenti, G. LO CASCIO, *Legge fallimentare attuale, legge delega di riforma e decreti attuativi* in fieri, in *Fallimento*, 2018, 525 ss.

¹² Per un primo commento si veda AA.VV., *Il nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, a cura di S. Sanzo e D. Burrioni, Bologna, 2019.

Da notare che la disciplina relativa all'imprenditore collettivo è già in vigore dal 15 marzo 2019 (cfr. art. 389), mentre la norma in tema di misure idonee imposte all'imprenditore individuale entra in vigore decorsi diciotto mesi dal 14 febbraio 2019 e quindi a settembre 2020.

Si tratta, in ogni caso, di una vera e propria clausola generale che impone un dovere di corretta gestione, per così dire *trasversale*, rispetto ai modelli di organizzazione collettiva dell'attività e che riveste quindi un valore di novità sistematica di centrale rilevanza. Una proposta che richiama l'intuizione di Paolo Ferro Luzzi sulla funzionalità del contratto associativo all'esercizio di attività¹³.

Si deve infatti sottolineare che il dovere di istituire assetti organizzativi adeguati funzionali alla rilevazione della crisi è *esteso a tutti gli imprenditori collettivi* e non alle sole imprese a cui si applicano gli strumenti di alletta *ex art. 14, comma 5*.

8. *Assetti organizzativi e esclusività della gestione: una critica.* *ó* Per la verità le norme ora ricordate, oltre all'introduzione del dovere generale di istituire assetti organizzativi adeguati, modificano anche gli articoli 2257 c.c., 2380-bis c.c., 2475 c.c.: in tutte le disposizioni ora ricordate si prevede infatti che *«la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086, secondo comma (sopra richiamato)»* ma *ó* si aggiunge *ó* *«spetta esclusivamente agli amministratori»* (cfr. art. 377, commi 1, 3, 4).

La norma è riproposta anche con riferimento al sistema dualistico di cui all'art. 2409-novies, primo comma (cfr. art. 377, comma 3).

L'estensione della regola dell'esclusività del potere di gestione in capo agli amministratori in tutti i tipi societari non convince.

Il principio di *esclusività della gestione* in capo agli amministratori è statuito, nella disciplina introdotta con la riforma del diritto societario, soltanto per la società per azioni (cfr. art. 2380-bis, comma 1) ed anche con riferimento ad essa si tratta di un principio non assoluto, perché deve essere coordinato con il sistema opzionale delle autorizzazioni assembleari (art. 2364, comma 1, n. 5) e con i limiti *ó*strategici della direzione e coordinamento nei gruppi (art. 2497).

¹³ Si veda P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1971 e vedi, ampiamente, anche C. ANGELICI, *La società per azioni. I. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2012, 195 ss. e 202 ss.

Che il principio abbia una sua coerenza sistematica nelle società di persone, in ragione anche soltanto del regime di responsabilità dei soci, pare davvero discutibile.

La norma entra poi in diretto conflitto con quanto testualmente previsto per la s.r.l. dove si prevede espressamente che le competenze gestorie possono essere distribuite tra amministratori e soci (cfr. art. 2475 c.c.), con espressa previsione della responsabilità del socio gestore (cfr. art. 2476, comma 7, cod. civ.).

È stata, sul punto, proposta un'interpretazione ortopedica. Più precisamente si è suggerito di leggere la norma «con una lettura o si ammette o forse un po' antiletterale» delle tre norme», nel senso che «la gestione dell'impresa potrebbe forse essere intesa in senso circoscritto e specifico, come riferita all'organizzazione della gestione dell'impresa. In tale prospettiva o si afferma o quest'ultima non può che far riferimento, alla luce del principio generale sancito dal secondo comma dell'art. 2086 c.c., alla creazione, all'aggiornamento ed all'applicazione degli assetti adeguati, compito, a mio avviso, che spetta in effetti esclusivamente agli amministratori»¹⁴. A mio parere l'interpretazione correttiva deve essere ancora più precisa.

Credo infatti che la formula, se pur esegeticamente corretta, contenga ancora elementi di ambiguità: meglio sarebbe stato scrivere, testualmente, che la predisposizione di assetti organizzativi adeguati spetta esclusivamente agli amministratori.

Diversamente l'«organizzazione della gestione dell'impresa» potrebbe essere intesa come sinonimo di esercizio dell'attività di impresa (come pluralità di atti teleologicamente funzionalizzati) e quindi, nuovamente, in termini coincidenti con il concetto di amministrazione.

Pertanto anche la modifica della rubrica dell'art. 2086 proposta dalla Commissione Rordorf e accolta nel decreto non è, a mio parere, appropriata.

Infatti «la rubrica dell'art. 2086 (o Direzione e gerarchia dell'impresa) è ridenominata o Gestione dell'impresa» (art. 375, comma 1).

Nuovamente: la norma riformata disciplina l'organizzazione dell'impresa o un segmento specifico, dunque, della gestione o non la ge-

¹⁴ Così O. CAGNASSO, *Diritto societario e mercati finanziari*, in *Il Nuovo Dir. delle Soc.*, 2018, 849 ss.

stione nel suo complesso: si riproduce, in altri termini, la confusione lessicale tra assetti organizzativi dell'impresa, assetti organizzativi societari e amministrazione; concetti non coestensivi.

In conclusione: l'interpretazione correttiva, a mio parere restrittiva del concetto di gestione dell'impresa alla sola predisposizione degli assetti organizzativi, per ragioni sistematiche e teleologiche, si impone¹⁵.

9. *Gli strumenti di allerta: una sintesi.*

9.1. Gli strumenti di allerta si reggono su quattro pilastri: (i) la rilevazione degli indizi di crisi; (ii) la sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione da parte dell'imprenditore; (iii) gli obblighi di segnalazione dei creditori qualificati (Art. 12, comma 1, d.lgs. n. 14/2019); (iv) le misure premiali (artt. 24, 25).

Vengono definiti gli «indicatori di crisi»¹⁶.

L'elaborazione degli indici è affidata, con cadenza triennale, al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili (Art. 13, comma 2).

¹⁵ Ho già espresso questa tesi in P. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf*, cit., 951 ss.; la versione aggiornata *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla Proposta Rordorf al Codice della crisi* cit. è in corso di stampa. Sull'argomento vedi ora M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla «gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, 253 ss.; P. BENAZZO, *Il codice della crisi d'impresa e l'organizzazione dell'imprenditore ai fini dell'allerta: diritto societario della crisi o crisi del diritto societario*, in *Riv. Soc.*, 2019, 274 ss.

¹⁶ Gli indicatori sono individuati negli «squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, 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. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24» (Così Art. 13, comma 1).

9.2. Gli organi di controllo hanno il dovere di verifica dell'attività di vigilanza degli amministratori sull'assetto organizzativo, sull'equilibrio economico-finanziario, sul prevedibile andamento della gestione e l'obbligo di segnalare immediatamente l'esistenza di fondati indizi della crisi (Art. 14, comma 1).

Una norma meritevole ó a mio parere ó di estensione analogica a tutte le anomalie, criticità, debolezze organizzative che l'organo di controllo deve ó come sostengo da tempo ó segnalare periodicamente agli amministratori¹⁷. Osservo, incidentalmente, che l'obbligo è ora previsto, nell'ordinamento bancario, nelle Disposizioni di vigilanza di Banca d'Italia (cfr. Circolare 285, Titolo IV, § 3).

Analogia previsione è contenuta altresì nel Regolamento IVASS n. 38 del 3 luglio 2018: «l'organo di controllo ó recita l'art. 8, comma 3, lett. f) ó segnala all'organo amministrativo le eventuali anomalie o debolezze dell'assetto organizzativo e del sistema di governo societario, indicando e sollecitando idonee misure correttive; nel corso del mandato pianifica e svolge, anche coordinandosi con la società di revisione, periodici interventi di vigilanza volti ad accertare se le carenze o anomalie segnalate siano state superate e se, rispetto a quanto verificato all'inizio del mandato, siano intervenute significative modifiche dell'operatività della società che impongano un adeguamento dell'assetto organizzativo e del sistema di governo societario».

La norma è riprodotta con le opportune variazioni in materia di gruppi [art. 74, comma 3, lett. f), Reg. IVASS 38/2018]¹⁸.

Nuovamente: indicazioni sistematiche meritevoli di estensione al diritto comune.

¹⁷ Si veda la proposta che ho formulato in P. MONTALENTI *Il diritto societario a dieci anni dalla riforma: bilanci, prospettive, proposte di restyling*, in AA.VV. *La riforma societaria alla prova dei suoi primi dieci anni, con riflessioni sul diritto cartolare e delle assicurazioni*, Atti del convegno di Venezia, 9 e 10 maggio 2014, *Impresa e società, assicurazioni, titoli di credito*, in ricordo di Giulio Partesotti, a cura di L. De Angelis, G. Martina, A. Urbani, Cedam, Padova, 2015, 1 ss. apparso anche in *Giur. comm.*, 2014, I, 1068 ss.

¹⁸ Ho trattato il tema in *La corporate governance bancaria oggi: profili generali*, in AA.VV. Atti del Convegno Courmayeur, 22 e 23 settembre 2017, *La banca nel nuovo ordinamento europeo: luci e ombre*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n. 423, Milano, 2018, p. 85 ss..

9.3. Il Codice della Crisi stabilisce che in caso di mancata o inadeguata risposta da parte degli amministratori *entro trenta giorni* sorge l'obbligo di attivazione dell'organo di composizione della crisi d'impresa (OCRI) da parte dell'organo di controllo, (Art. 14, comma 2).

I creditori qualificati (Agenzie delle Entrate e INPS) hanno obblighi di segnalazione all'OCRI di crediti in sofferenza legati a indici assoluti e percentuali (Art. 15).

Il procedimento di composizione è analiticamente regolato ma pone non pochi problemi esegetici. L'OCRI è costituito presso ciascuna Camera di Commercio, opera tramite il referente e il suo ufficio (art. 16) e in caso di segnalazione degli organi di controllo e dei creditori pubblici qualificati (art. 14, art. 15) o su istanza del debitore (art. 19) il referente provvede alla nomina del collegio di tre esperti (art. 17) che provvede all'audizione del debitore (art. 18) o ad assisterlo per la composizione della crisi (art. 19).

Le criticità che si intravedono non sono marginali: congruità dei termini, effettività del *carattere confidenziale* della procedura, *obbligatorietà o facoltà dell'istanza di composizione* all'esito di una procedura di allerta sono interrogativi aperti; soprattutto, come si è rilevato¹⁹, l'obbligo di segnalazione al pubblico ministero nei casi previsti dall'art. 22 rischia di costituire un serio disincentivo al ricorso alla procedura di allerta. In caso di mancata composizione e di mancata domanda di accesso a una procedura concorsuale si prevede, ove sia «evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza», la segnalazione al pubblico ministero (Art. 22, comma 1), della cui criticità si è ora detto, ma non più ó assai opportunamente ó il nuovo reato di bancarotta semplice, disincentivo evidente alla prevenzione, previsto nel progetto originario.

Il pubblico ministero, quando ritiene fondata la notizia di insolvenza (art. 22, comma 2), presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale *ex art. 38, comma 1*.

Sono, il che è positivo, previste *misure premiali* (artt. 24, 25) in materia tributaria, procedimentali e anche in materia penale (art. 25, comma 2).

Vi sono altresì interrogativi di vertice che rimangono aperti.

10. *Il concetto di crisi: probabilità o possibilità di insolvenza?*

¹⁹ In tal senso R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza*, in *I Contratti*, 2, 2019, p. 134.

10.1. Tra gli strumenti di allerta ruolo essenziale riveste la «rilevazione della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale» (art. 375, comma 2 e vedi art. 14, comma 1).

Il primo problema sorge dalla stessa definizione di crisi, qualificata come «stato di difficoltà economico-finanziaria che rende *probabile* l'insolvenza del debitore» [art. 2, comma 1, lett. a)].

La probabilità indica o a mio parere o uno stadio avanzato di difficoltà che posticipa la rilevazione, rispetto alla *possibilità* (anziché *probabilità*) di insolvenza, da uno stato di *early warning* alla fase della c.d. *twilight zone*.

Considerata la tradizionale resistenza delle imprese italiane a riconoscere, addirittura, stati di insolvenza conclamati, ritengo che l'interpretazione corretta della norma debba condurre a ritenere che gli indizi di crisi, proprio perché *indizi*, o ai fini interni, come meglio poco oltre precisato o debbano ricomprendere non solo segnali sintomatici di insolvenza probabile ma anche indicatori premonitori di un'insolvenza *anche soltanto possibile*, come ho avuto modo di sostenere già un decennio fa²⁰.

Più precisamente ritengo che gli assetti organizzativi debbano essere strutturati in modo tale che la rilevazione sia effettivamente tempestiva e quindi in grado di prevenire la patologia in fase precoce e non in fase avanzata, per usare una terminologia medica.

La questione richiede un approfondimento. A mio parere se l'attuazione delle procedure di allerta non deve essere tardiva, se la rilevazione degli indizi di crisi (cioè della *probabilità* d'insolvenza) deve essere tempestiva, è anche necessario che gli indicatori della *possibilità* di insolvenza o ripeto, *a fini interni* o siano anche essi prontamente assunti.

In conclusione è vero, come è stato osservato²¹, che da un lato «dovrà evitarsi, per quanto possibile, un'eccessiva estensione degli indizi sintomatici, che se non correttamente intesi possono generare, come è stato

²⁰ Sia consentito il rinvio a P. MONTALENTI, Intervento alla Quinta Tavola Rotonda «La gestione dell'impresa di fronte alla crisi», Convegno *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, a cura di A. Jorio, Torino, 8-9 aprile 2011, in *Quad. Giur.comm.*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 163 ss. e ID., *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Rivista di Diritto Societario (RDS)*, 2011, p. 820 ss.

²¹ Cfr. S. DE MATTEIS, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, 1291 ss.

notato²², «falsi positivi» in ordine alla ricorrenza della crisi d'impresa, con tutte le conseguenze in termini di pregiudizio per l'imprenditore. D'altro verso, occorre però evitare l'utilizzo di dati troppo retrospettivi, che esporrebbero al rischio una sopravvalutazione dello stato di salute dell'impresa»²³.

11. *Gli indicatori di insolvenza. Profili critici.* «Un problema collegato riguarda la definizione della probabilità di insolvenza, rectius, dei suoi indicatori, in termini di «inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici» [cfr. art. 2, comma 1, lett. a)].

Su questo terreno la dottrina aziendalistica deve fornirci un utile supporto.

Ma il diritto già fornisce indicazioni preziose.

Più precisamente il dovere di ostendere ai soci e al mercato i sintomi della crisi, anzi gli indicatori delle criticità potenziali, è già presente nella disciplina del bilancio.

La Relazione sulla gestione (cfr. art. 2428, comma 1, cod. civ.) deve contenere «una descrizione dei principali rischi e incertezze cui la società è esposta»; neppure «dunque» i sintomi di possibili patologie ma anche soltanto i segnali di predisposizione potenziale a scenari negativi. Si precisa inoltre che l'«analisi fedele, equilibrata ed esauriente della società e dell'andamento e del risultato delle gestione» «contiene nella misura necessaria alla comprensione della situazione della società e dell'andamento e del risultato della sua gestione» (art. 2428, comma 1 e comma 3, n° 6, cod. civ.) «indicatori di risultato finanziari e, se del caso, quelli non finanziari» (*ibidem*, comma 2).

Inoltre dalla relazione deve risultare «l'evoluzione prevedibile della gestione» (art. 2428, comma 3, n° 6, cod. civ.) e quindi una valutazione prognostica qualificata degli scenari economico-finanziari futuri.

In conclusione tra indicatori della crisi quale probabilità di insolvenza e indicatori della situazione economica, patrimoniale e finanziaria

²² G. D'ATTORRE, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2017, 519.

²³ R. RANALLI, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità*, in www.ilfallimentarista.it; in argomento si veda ora lo studio monografico ID. *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Giuffrè, in corso di stampa.

non c'è una soluzione di continuità sul piano della strutturazione degli assetti organizzativi.

In sintesi: la rilevazione degli indicatori della *possibilità* di crisi sono essenziali per garantire la rilevazione tempestiva della *probabilità* di insolvenza che impone l'attivazione dell'OCRI (o dell'OCC).

In secondo luogo l'interpretazione del significato degli indicatori non è univoca²⁴.

Sul punto non si può che condividere la conclusione di chi ha, esattamente, sostenuto che «solo se l'imprenditore adotta presidi organizzativi interni atti ad intercettare la *twilight zone*, l'intervento dell'OCRI da potenziale minaccia diventa un'opportunità concreta. A tal fine, l'impresa potrebbe prevedere, accanto ad *hard limit* degli indicatori di allerta che la conducono alla segnalazione all'OCRI, *soft limit* che, pur richiedendo comunque l'attivazione di un percorso di risanamento aziendale, lo rimettono all'esclusiva competenza dell'organo amministrativo»²⁵.

Ricordo che la proposta della CGIL dell'ottobre del 1979 di prevedere l'obbligo di redigere il piano d'impresa²⁶ fu vista come un *vulnus* pericoloso alla libertà di iniziativa economica.

Oggi possiamo dire che idee connesse, in allora, al tema della democrazia industriale sono entrate o depurate dagli eccessi ideologici o nella visione moderna di un capitalismo tendenzialmente razionale, ispirato ad un istituzionalismo controllato, alla prospettiva *long term* e alla *corporate social responsibility*, linee direttrici che contraddistinguono ora, in particolare, la direttiva *Shareholders' Rights II* [direttiva (UE) 2017/828]²⁷, di cui la prevenzione della crisi è un elemento essenziale.

²⁴ Così R. RANALLI, *La riforma della crisi d'impresa. Dalla preallerta sino all'istanza al tribunale passando attraverso le procedure di composizione assistita. I presidi organizzativi e le regole di governo previste dalla riforma*, disponibile sul sito https://www.osservatorio-oci.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=586:la-riforma-della-crisi-d-impresa-dalla-preallerta-sino-all-istanza-al-tribunale-passando-attributo-le-procedure-di-composizione-assistita-i-presidi-organizzativi-e-le-regole-di-governo-previste-dalla-riforma&Itemid=796

²⁵ Così R. RANALLI, *op. cit.*; P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi*, cit.

²⁶ Cfr. F. GALGANO, *Il piano d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 392 ss.; P. MONTALENTI, *Democrazia industriale e diritto dell'impresa*, Franco Angeli, Milano, 1981, 67 ss.

²⁷ Si vedano, se pure con diversità di accenti, V. CALANDRA BUONAURA, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Costi, IV, 4, VI, Torino, 2019, 300 ss.; G. FERRARINI, *Funzione*

12. *Una questione di sistema e di cultura d'impresa. Gli assetti organizzativi: principi di correttezza o business judgment rule?* ⁶ In qualche dibattito è emersa la tesi che la materia degli assetti organizzativi sia affidata allo *safe harbour* della *business judgment rule* e cioè che la scelta sulla tipologia degli assetti sia affidata alla discrezionalità dell'imprenditore e sia pertanto sindacabile, in termini anche di responsabilità, soltanto in caso di manifesta irrazionalità²⁸.

Ritengo che questa tesi sia infondata.

La struttura organizzativa dell'impresa deve avere, per legge (cfr. art. 2086, comma 2, nuovo testo), finalità vincolate:

- (i) adeguatezza alla natura e alle dimensioni dell'impresa;
- (ii) idoneità alla rilevazione tempestiva della crisi;
- (iii) appropriatezza per segnalare la perdita della continuità aziendale.

Non si tratta dunque di una scelta pura di mercato ascritta all'area dell'imponderabile rischio d'impresa.

È materia, a mio parere, che rientra nel *dovere di correttezza*, e cioè del dovere di appropriata istruttoria, valutazione e predisposizione organizzativa.

del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari, in AA.VV., *I controlli societari*, a cura di Di Noia-Bianchini, Milano, 2010, 63; M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2014, 3; N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Le società*, 2019, 396; M. DE MARI, *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, in *Il Nuovo Diritto delle Soc.*, 2009, n. 3, 65; A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 139 e ora L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, 425 anche per altri riferimenti bibliografici.

²⁸ Si vedano, se pure con diversità di accenti, L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 425.; M. MAUGERI, *Note in tema di doveri degli amministratori nel governo del rischio di impresa (non bancaria)*, *Orizzonti del diritto commerciale*, 2014, p. 3; N. ABRIANI, A. ROSSI, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Le società*, 2019, p. 396; M. DE MARI, *Adeguatezza degli assetti societari e profili di responsabilità degli organi sociali*, in *Il Nuovo Diritto delle Soc.*, 2009, n. 3, p. 65; A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 139.

Non è irrilevante il fatto che la norma in tema di doveri del collegio sindacale imponendo la vigilanza «*sul rispetto dei principi di corretta amministrazione*» aggiunge l'espressa specificazione degli stessi con il sintagma «*ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e su suo concreto funzionamento*» (art. 2403 comma 1 c.c.).

È evidente che è il margine di discrezionalità tecnica è ampio ó come del resto si evince dalla norma ó e che la giurisprudenza non dovrà valutare l'adeguatezza degli assetti in base a schemi o modelli rigidi, non coerenti con la variabilità modale dell'impresa, in termini di dimensioni, di tipologia del mercato, di strutture operative e così via.

È un terreno su cui il confronto tra giuristi e aziendalisti è essenziale; tuttavia in un sistema di imprese in cui la resistenza a riconoscere l'emersione della crisi non soltanto nei sintomi ma anche in caso di patologia conclamata è ancora significativa, relegare gli assetti organizzativi nello spazio libero della *business judgment rule* significherebbe, sostanzialmente, vanificare uno degli obiettivi centrali della riforma.

Compito del giudice, dall'altro canto, valutare l'adeguatezza ricorrendo ai criteri della tecnica, fondati sulla modularità flessibile dei modelli e non su schemi rigidi precostituiti.

13. *Una riforma in fieri?* ó Ma il cammino della riforma è davvero giunto al traguardo? Il dubbio è fondato.

Come si è già ricordato, l'art. 1 della L. 8 marzo 2019, n. 20 ha introdotto la *Delega per l'adozione di decreti legislativi correttivi in materia di riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*.

Più precisamente il Governo, entro due anni dalla data del d.lgs. 14/2019 e nel rispetto dei principi e criteri direttivi della legge delega, può adottare disposizioni integrative e correttive del Codice della crisi.

È quindi probabile che non poche modifiche, correzioni di rotta o vere e proprie innovazioni saranno apportate.

14. *Qualche interrogativo finale.* ó L'obiettivo della riforma è ispirato alla gradualità delle misure di intervento e alla salvaguardia e/o al recupero della continuità aziendale. Ma limitando la riflessione alle misure di

allerta nel quadro di un sistema economico in cui la cultura d'impresa ó e l'esperienza lo dimostra ó nel settore dell'impresa piccola e media, di centrale rilievo all'economia italiana, è ancora improntato ad una forte resistenza al riconoscimento della crisi, vi è da domandarsi se i nuovi istituti troveranno efficace applicazione.

Mi limito a porre, e riprenderò, qualche interrogativo di carattere generale.

- (i) Il termine ó sei mesi ó dalla sostenibilità dei debiti negli indicatori di crisi (art. 13, comma 1) è adeguato o eccessivamente compresso?
- (ii) I termini di attivazione dell'organo amministrativo ó considerata la grave responsabilità che incombe sull'organo di controllo (art. 14, comma 1) ó per l'attivazione di misure anti-crisi ó trenta e sessanta giorni (art. 14, comma 2) ó sono appropriati o eccessivamente ristretti?
- (iii) La previsione di un potere d'iniziativa dal pubblico ministero «per l'apertura della liquidazione giudiziale», in via generale, al di là delle ipotesi di segnalazione qualificata, «in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato d'insolvenza» (art. 38, comma 1), senza ó parrebbe ó il dovere di verificare se egli «ritiene fondata la notizia di insolvenza», come prevede invece l'art. 22 in materia di segnalazione del collegio degli esperti nominato dall'OCRI al pubblico ministero che deve essere effettuato se il collegio degli esperti «ritiene che gli elementi acquisiti rendono evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore» ó non rischia di depotenziare il sistema di prevenzione a cui gli strumenti di allerta, la composizione assistita, le misure premiali sono innovativamente preordinate?

Credo che un'ulteriore riflessione sia necessaria.

PAOLO MONTALENTI

