

VIII CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI  
PROFESSORI UNIVERSITARI DI DIRITTO COMMERCIALE  
"ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"  
"IL DIRITTO COMMERCIALE VERSO IL 2020: I GRANDI DIBATTITI IN  
CORSO, I GRANDI CANTIERI APERTI"  
Roma, 17-18 febbraio 2017

RICCARDO RUSSO

**Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa**

SOMMARIO. **PREMESSA.** Le linee dell'indagine. - I. UN PASSO INDIETRO: ALCUNE PRECISAZIONI. - 1. La nuova definizione della fattispecie della «crisi»: prime osservazioni. - 2. Il «diritto societario della crisi»: contenuto attuale e prospettive future. - II. LE PROCEDURE DI ALLERTA NELLA RIFORMA RORDORF E NELLA LEGISLAZIONE FRANCESE. - 3. Le disposizioni all'esame del Parlamento. - 4. Un confronto tra la proposta di riforma italiana e la disciplina francese: tra limitate somiglianze e cruciali differenze. - III. IL COLLEGIO SINDACALE DI FRONTE ALLA CRISI. - 5. Una rilettura della nozione di «crisi». Uno spunto inaspettato dal Testo unico delle società partecipate. - 6. Il «perdurare degli inadempimenti di importo rilevante» come presupposto della segnalazione dei creditori qualificati al collegio sindacale. - 7. L'art. 2403 c.c. come presidio a tutela prevenzione della crisi d'impresa. - 8. Di alcune questioni in tema di poteri reattivi del collegio sindacale. - **RIFLESSIONI CONCLUSIVE.** L'assenza di una procedura di allerta a livello legislativo: un vuoto a metà?

**PREMESSA.**

**Le linee dell'indagine.**

Negli studi sulla crisi d'impresa è piuttosto frequente il rilievo che l'adozione di strumenti di risanamento è procrastinata dall'imprenditore, individuale o collettivo, per la radicata ritrosia ad ammettere, di fronte ai creditori e ai terzi, l'esistenza di una situazione di difficoltà; tuttavia, è la stessa chimera che il futuro possa rovesciare, nel senso più favorevole, le sorti dell'impresa ad acuire l'incapacità dell'imprenditore di adempiere le

proprie obbligazioni. «Nel nostro Paese le procedure concorsuali sono ancora vissute dagli imprenditori come un male in sé, da allontanare nel tempo ad ogni costo»<sup>1</sup>.

È un dato empirico che il concordato preventivo, là dove aperto tardivamente, diviene l'anticamera più o meno breve della dichiarazione di fallimento<sup>2</sup>; si staglia all'orizzonte, per questa via, un risultato antitetico alla vocazione dell'istituto a salvaguardare il complesso produttivo e i valori aziendali. «È troppo utile alla società – osservava già Cesare Vivante, nelle pagine del *Trattato* dedicate alla procedura concorsuale – che l'azienda, spesso costituita coll'opera onesta, industriosa di più generazioni, non vada dispersa nel nulla della liquidazione, e divenga centro fecondo di una rinnovata attività economica»<sup>3</sup>.

Il diffuso convincimento che la crisi è «spesso frutto di un ritardo nella diagnosi dei problemi e nella ricerca di soluzioni»<sup>4</sup> segna, ad oggi,

---

<sup>1</sup> La citazione è tratta dalla *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*, presentata dalla Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali, presieduta da Renato Rordorf: il testo è riportato in O. CAGNASSO – L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Utet, Torino, 2016, pp. 4593 ss.

<sup>2</sup> I risultati dell'indagine compiuta dall'Università di Bologna, basata su 1131 questionari riferiti al periodo compreso tra ottobre 2012 e gennaio 2013, rivelano che il 94% delle imprese che domandano l'apertura del concordato preventivo presentano probabilità di fallimento alta; il 4% una probabilità di fallimento medio/alta; il 2% è al riparo dal rischio di fallimento. Sul punto, si rinvia alla *Relazione al disegno di legge delega 11 marzo 2016, presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro della Giustizia (Orlando) di concerto con il Ministro dello Sviluppo economico (Guidi)*, p. 48, consultabile su [www.confindustriasi.it](http://www.confindustriasi.it).

<sup>3</sup> C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale, Appendice*, Vallardi, Milano, 1935, p. 341. Sulla stessa linea si poneva altresì L. BOLAFFIO, il quale osservava che «è nell'interesse sociale che i dissesti economici non abbiano pericolose ripercussioni, né screditino col loro numero il commercio nazionale» (*Del concordato preventivo e della procedura dei piccoli fallimenti*, in *Il Codice di Commercio commentato*, coordinato da L. Bolaffio – C. Vivante, VIII, Utet, Torino, 1910, p. 3). Del resto, durante gli stessi lavori preparatori della l. 24 maggio 1903, n. 197, istitutiva del concordato preventivo, si era auspicato che la procedura assurgesse a rimedio «efficace alla diminuzione del numero dei fallimenti ed a ripristinare il credito nazionale», come riportato in D. TORRESI, *Il commissario giudiziale nel concordato preventivo*, N. Giannotta, Catania, 1901, p. 10.

<sup>4</sup> M. CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fallimento*, 2016, pp. 1023 ss.; F. D'ALESSANDRO osserva che se la crisi «è affrontata sul nascere crescono le probabilità di successo di eventuali tentativi di risanamento e alla peggio (se cioè il male si dimostra inguaribile) crescono comunque le probabilità di recupero per i creditori e diminuisce così il danno sociale prodotto dal dissesto» (*La crisi tra diagnosi precoci e "accanimenti terapeutici"*, in *Giur. comm.*, 2001, I, pp. 411 ss.).

una netta avanzata: nel disegno di legge, di iniziativa governativa, AC 3671-bis - che reca delega «per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza»<sup>5</sup> e ricalca in massima parte lo schema presentato dalla Commissione Rordorf<sup>6</sup> - vi è la previsione di procedure di allerta e di composizione assistita della crisi «di natura non giudiziale e confidenziale, finalizzate a incentivare l'emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditori» (art. 4, 1° co.).

*Nihil sub sole novum.* Il profilo della prevenzione della crisi ha assunto centralità crescente nel panorama sovranazionale: la Raccomandazione 2014/135/UE promuove l'obiettivo di «garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale»<sup>7</sup>; il Piano d'azione imprenditorialità 2020 invita altresì gli Stati membri a «offrire servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, consulenza per evitare i fallimenti»<sup>8</sup>.

È inoltre principio UNCITRAL quello secondo cui «l'insolvenza deve essere affrontata e risolta in maniera ordinata, veloce e in modo efficiente, al fine di evitare perturbazioni indebite alle attività

---

<sup>5</sup> Il testo del disegno di legge delega è consultabile sul sito *camera.it*.

<sup>6</sup> Lo schema di disegno di legge delega è pubblicato su *ilcaso.it*. Si rinvia, in argomento, a S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/2015 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Zanichelli, Bologna, 2016; M. ARATO, *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, cit. (nt. 1), 4527 ss.; L. ABETE, *La "bozza Rordorf": l'impatto delle innovazioni prefigurate in ambito societario*, in *Fallimento*, 2016, 1132 ss.; P. DE CESARI, *Riforma Rordorf e sollecitazioni europee: le parallele cominciano a convergere*, *ivi*, 1143 ss.; M. FABIANI, *Di un ordinato ma timido disegno di legge delega sulla crisi d'impresa*, *ivi*, 261 ss.; P. VELLA, *La riforma organica delle procedure concorsuali: un nuovo approccio in linea con le indicazioni dell'UE*, in *Società*, 2016, 734 ss.; ID., *Il sistema concorsuale italiano ieri, oggi, domani (brevi note di fine anno)*, 2015, su *ilcaso.it*.

<sup>7</sup> La Raccomandazione è pubblicata in GUUE L 74/65 del 14 marzo 2014, ed è consultabile altresì su *www.eur-lex.europa.eu*. Per un commento, si vedano G. MONTELLA, *L'antitesi tra procedure conservative e procedure di liquidazione alla luce della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014*, in *Fallimento*, 2015, pp. 1039 ss.; U. MACRÌ, *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014/135 e nel Regolamento 2015/343*, *ivi*, 2015, pp. 1049 ss.

<sup>8</sup> Il piano è riportato su *www.eur-lex.europa.eu*.

imprenditoriali del debitore e di ridurre al minimo il costo del procedimento»<sup>9</sup>.

La previsione di strumenti di allerta accoglie un auspicio proveniente dalla dottrina<sup>10</sup> e recepisce un'indicazione della Commissione Trevisanato<sup>11</sup>, la cui relazione evidenziava «l'importanza che la tempestività dell'intervento sulla crisi dell'impresa riveste al fine di una soluzione positiva della crisi stessa, e comunque di un esito più favorevole per tutte le parti coinvolte»<sup>12</sup>.

Non appare possibile predire per quanto tempo si protrarrà il *cantiere* della legge fallimentare<sup>13</sup>, né se i mesi che separano dalla scadenza della legislatura decreteranno l'insabbiamento del progetto governativo.

---

<sup>9</sup> Vedi UNCITRAL *Legislative Guide on Insolvency Law, Parts One and Two* (2004), p. 12, su [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org). non si può tralasciare di dar conto che è di recente introduzione la parte quarta, relativa ai doveri degli amministratori nel periodo di avvicinamento all'insolvenza, della *Legislative Guide on Insolvency Law* elaborata dalla stessa UNCITRAL.

<sup>10</sup> Tra i numerosi Autori che si sono dichiarati a favore dell'introduzione di misure di allerta, si vedano almeno M. FERRO, *La protezione contro gli atti di malgoverno del debitore e di autotutela dei creditori nelle differenti procedure*, in *Fallimento*, 2009, all. 1, pp. 19 ss.; A. JORIO, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra «privatizzazione» e tutela giudiziaria*, *ivi*, 2005, 1453 ss.; G. BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, *ivi*, 2005, pp. 952 ss.; M. FABIANI, *Misure di allarme per la crisi d'impresa*, *ivi*, 2004, pp. 825 ss.

<sup>11</sup> Per i lavori della Commissione vedi A. JORIO – S. FORTUNATO (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali, I progetti*, Milano, 2004. In argomento, si segnalano F. FIMMANÒ, *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese in crisi tra informazione, mercato e riallocazione dei valori aziendali*, in *Fallimento*, 2004, 459 ss.; L. PANZANI, *La riforma della legge fallimentare*, *ivi*, 604 ss.; G. LO CASCIO, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, *ivi*, 2005, 361 ss.; S. FORTUNATO, *L'incerta riforma della legge fallimentare*, in *Corriere Giur.*, 2005, 597 ss.; E. BERTACCHINI, *Le novità in tema di riforma della legge fallimentare*, in *Impresa*, 2005, 836 ss..

<sup>12</sup> Il testo della Relazione è pubblicato in *Dir. fall.*, 2004, I, pp. 845 ss.. Secondo M. SANDULLI, la ragione per la quale il legislatore preferì non introdurre strumenti di allerta è da ricercarsi nella «prassi economico-finanziaria che si sviluppa non appena traspare una situazione di crisi aziendale. Si produce, massimamente da parte dei creditori finanziari, una sorta di corsa al "si salvi chi può", con una gara nell'adozione di azioni conservative e di recupero, le quali di fatto distorcono ulteriormente il ciclo operativo del debitore, facendo precipitare l'impresa in una situazione di difficoltà notevolmente più grave di quella che effettivamente esisteva nel momento in cui la "crisi" era divenuta nota ai terzi» (*I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2009, pp. 1100 ss.).

<sup>13</sup> Di «cantiere perenne» della riforma fallimentare scrive S. POLI, *Il concordato di gruppo: II verifica critica degli approdi giurisprudenziali con tentativo di ricavo dal sistema le chiavi per un parziale superamento del dogma della separazione delle masse (attive)* (parte II), in *Contratto e Impr.*, 2015, pp. 100 ss., nt. 32.

Per questo motivo sembra utile un'indagine che non si limiti alla ricognizione delle disposizioni del disegno di legge delega, ma che le inserisca piuttosto nella più ampia cornice del *dibattito*, tuttora aperto, su alcuni aspetti specifici della materia societaria e concorsuale.

Nella prima sezione ci si sofferma su due precisazioni che presentano rilevanti riflessi sostanziali: anzitutto, occorre sottolineare che il progetto di riforma prevede di «introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza» (art. 2, 1° co., lett. c); anticipando un ragionamento che sarà sviluppato in seguito, preme rilevare che tale opzione sembra correre il rischio di attenuare la portata applicativa dell'istituto dell'allerta, restringendone il presupposto<sup>14</sup>.

Inoltre, poiché tra le disposizioni riportate nel disegno di legge delega alcune si collocano al crocevia tra disciplina societaria e concorsuale, non può tralasciarsi l'interrogativo, tuttora insoluto, sull'esatto significato dell'espressione «diritto societario della crisi»<sup>15</sup>.

La tecnica legislativa di coniugare alla revisione della legge fallimentare modifiche al codice civile è vista dalla dottrina come una soluzione «inevitabile»<sup>16</sup>; il progetto governativo, da un lato, stabilisce che le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi sono aperte dagli organi di controllo, dal revisore contabile e dalle società di revisione, i quali hanno «l'obbligo di avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi» (art. 4, 1° co., lett. b), mentre dall'altro inserisce nel codice civile il «dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale» (art. 13, 1° co., lett. b).

Richiamate le specificità tecniche delle procedure di allerta<sup>17</sup>, così come fissate nel progetto governativo, nella seconda sezione si accenna

---

<sup>14</sup> Vedi, *infra*, par. 1.

<sup>15</sup> Vedi, *infra*, par. 2.

<sup>16</sup> M. SPIOTTA, *Legge fallimentare e codice civile: prove di dialogo. Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, in *Giur. It.*, 2016, p. 1038. Lo stesso progetto di riforma all'esame della Camera dei Deputati prescrive che «nell'esercizio della delega il Governo apporterà al codice civile tutte le modifiche rese necessarie dall'attuazione dei principi e criteri direttivi» previsti dal disegno di legge.

<sup>17</sup> Vedi, *infra*, par. 3.

alla normativa francese<sup>18</sup>, archetipo della disciplina in materia di prevenzione della crisi: l'analisi comparatistica mira essenzialmente a verificare se tra l'ordinamento francese e le previsioni del disegno di legge delega vi sia un rapporto di sovrapposizione perfetta.

Nella sezione finale il perimetro della ricerca si allarga per ricomprendere l'esame della posizione del collegio sindacale rispetto alla crisi d'impresa<sup>19</sup>; la prospettiva adottata nella sezione finale del lavoro è duplice. In primo luogo si vogliono esaminare le disposizioni del d.d.l.

---

<sup>18</sup> Vedi, *infra*, par. 4.

<sup>19</sup> La bibliografia in materia di collegio sindacale è notoriamente estesa; senza pretese di esaustività, ci si limita a segnalare i seguenti contributi: L. DE ANGELIS, *Il collegio sindacale e il sindaco unico*, Ipsoa, Torino, 2016; M. FRANZONI, *Del collegio sindacale. Della revisione legale dei conti*, in G. DE NOVA (a cura di), *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja - Branca - Galgano, Zanichelli*, Bologna, 2015; A. BERTOLOTTI, *Collegio sindacale. Revisori. Denuncia al Tribunale*, in *Nuova giurisprudenza civile e commerciale*, fondata da W. Bigiavi, Utet, Torino, 2015; P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nelle società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, pp. 42 ss.; ID., *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *BBTC*, 2011, I, pp. 535 ss.; V. SQUAROTTI, *Le funzioni del collegio sindacale*, in *Giur. It.*, 2013, pp. 2181 ss.; A. CAPRARA, *Il collegio sindacale nella nuova disciplina della revisione legale*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 2, pp. 543 ss.; ID., *Le funzioni dei sindaci tra principi generali e disciplina*, Cedam, Padova, 2008; O. CAGNASSO, *Il collegio sindacale nelle s.p.a. e l'organo di controllo o revisore nelle s.r.l.*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012, 12, pp. 19 ss.; ID., *Il ruolo del collegio sindacale nelle s.r.l. e nelle s.p.a.: profili di un confronto*, in *Giur. comm.*, 2006, I, pp. 346 ss.; AA.VV., *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Milano, 2010; R. ALESSI, N. ABRIANI, U. MORERA (a cura di), *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, Giuffrè, Milano, 2007; S. AMBROSINI, *I poteri del collegio sindacale*, in P. ABBADESSA - G.B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, III, Utet, Milano, 2006, pp. 29 ss.; G. CAVALLI, *Osservazioni sui doveri del collegio sindacale di società per azioni non quotate, ivi*, pp. 59 ss.; M. RIGOTTI, *Commento sub art. 2403 c.c.*, in F. GHEZZI (a cura di), *Collegio sindacale. Controllo contabile*, in P. MARCHETTI - L.A. BIANCHI - F. GHEZZI - M. NOTARI (diretto da), *Commentario alla riforma delle società*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 177 ss.; G. PRESTI (a cura di), *Collegio sindacale e sistema dei controlli nel diritto societario comune e speciale*, Giuffrè, Milano, 2002; G. CAVALLI, *I Sindaci*, in G.E. COLOMBO - G.B. PORTALE (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, V, Utet, Torino, 1988, pp. 83 ss.; G. DOMENICHINI, *Il collegio sindacale nelle società per azioni*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XVI, Utet, Torino, 1985, pp. 561 ss.. Il tema delle funzioni del collegio sindacale nelle situazioni caratterizzate dalla crisi d'impresa non è soventemente visitato dalla dottrina; in argomento, si rinvia a R. ROSAPEPE, *La responsabilità degli organi di controllo nella crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, pp. 896 ss.; S. POLI, *Il ruolo del collegio sindacale nelle crisi d'impresa tra regole deontologiche, norme di sistema e prospettive de iure condendo*, in *Contratto e Impr.*, 2012, pp. 1320 ss., pp. 1320 ss.; A. BONECHI, *Collegio sindacale e nuova disciplina delle crisi d'impresa*, in AA.VV., *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, cit. (nt. 19), pp. 513 ss. D. CATERINO, *La funzione del collegio sindacale nelle società quotate, tra "prevenzione" e "allerta" della crisi d'impresa*, in AA.VV., *Studi in onore di Umberto Belviso*, Milano, 2010, pp. 363 ss.

delega che assegnano all'organo di controllo specifiche funzioni di allerta, esaminando alcuni possibili problemi di carattere applicativo<sup>20</sup>.

In secondo luogo si intende accertare se l'intreccio tra doveri e poteri del collegio sindacale, così come emerge dal diritto vigente, consenta di ascrivere a tale organo precisi obblighi di prevenzione della crisi o, almeno, di tempestiva rilevazione dei suoi segni anticipatori<sup>21</sup>.

## I

### UN PASSO INDIETRO: ALCUNE PRECISAZIONI

#### **1. La nuova definizione della fattispecie della «crisi»: prime osservazioni.**

Il disegno di legge delega, si è detto, ha l'obiettivo di incentivare l'«emersione anticipata della crisi».

L'espressione «emersione» coglie senz'altro nel segno, atteso che i momenti di malessere dell'impresa, inizialmente conosciuti nelle esatte proporzioni soltanto dall'imprenditore, si palesano spesso gradatamente ai terzi e ai creditori, via via che egli non è più nelle condizioni di soddisfarli<sup>22</sup>.

«Crisi» è, invece, nozione che, per il suo contorno «vago»<sup>23</sup>, pone problemi interpretativi delicati, aggravati dal fatto che il progetto di riforma situa proprio nell'«esistenza di fondati indizi della crisi» il presupposto oggettivo della procedura di allerta azionata dal collegio sindacale.

La previsione di «introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza» (art. 2, 1° co., lett. c) suscita almeno due considerazioni.

---

<sup>20</sup> Vedi, *infra*, parr. 5 e 6.

<sup>21</sup> Vedi, *infra*, parr. 7 e 8.

<sup>22</sup> La formula usata nel d.d.l. delega rimanda al «fenomeno estrattivo di un dato nascosto ai più a cui togliere strati di copertura informativa»: così secondo l'efficace osservazione di M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fallimento*, 2016, pp. 1032 ss.

<sup>23</sup> G. PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in *BBTC*, 2007, I, 369. Per una esaustiva illustrazione delle tesi maturate sul significato del termine, vedi G. PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in *AA.VV., Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit. (nt. 1), I, p. 422.

La prima. A livello sistematico, la disposizione ha l'indubbio pregio di correggere un'asimmetria evidente della legge fallimentare: mentre i sintomi dell'«insolvenza» sono indicati testualmente negli «inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni» (art. 5, 2° co., l. fall.), ad oggi non si rinviene alcun criterio obiettivo che consenta di riconoscere la «crisi».

Si deve infatti ricordare che il legislatore ha considerato la «crisi» come presupposto per l'ammissione al concordato preventivo (art. 160, 1° co., l. fall.), ma la successiva precisazione che «per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza» (art. 160, 3° co., l. fall.), per la propria ubicazione – nel titolo terzo, al capo primo rubricato «dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo» – non sembra dotata di valenza generale ed è diretta, piuttosto, a riaffermare che l'imprenditore, ancorché in stato di insolvenza, può accedere alla procedura<sup>24</sup>.

La seconda considerazione attiene, invece, al piano pratico: il disegno di legge delega parrebbe aver perso l'occasione di articolare una definizione di «crisi» ontologicamente autonoma rispetto alla nozione di insolvenza. Anzi, la soluzione adottata nel progetto di riforma conduce ad espungere dall'area semantica della fattispecie «crisi» molteplici ipotesi di difficoltà dell'impresa che ad essa sono ricondotte in via interpretativa<sup>25</sup>; si tratta di situazioni connotate da carattere transeunte e reversibile<sup>26</sup>, che

---

<sup>24</sup> In realtà, prima che l'art. 36, d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in legge con modificazioni dalla l. 23 febbraio 2006, n. 51 inserisse la precisazione all'art. 160, 3° co., l. fall., vi era chi riteneva preclusa l'apertura del concordato preventivo all'imprenditore in stato di insolvenza: in particolare, la tesi si reggeva sull'argomento letterale che il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, nel riformulare l'art. 160 l. fall. aveva sostituito lo «stato di crisi» allo «stato di insolvenza» come condizione per l'ammissione alla procedura: in questo senso, vedi G. BOZZA, *op. loc. ult. cit.*. Per una ricostruzione del dibattito, per quanto ormai definitivamente superato, si veda S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in G. COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, Cedam, Padova, 2008, pp. 20 ss..

<sup>25</sup> F. MAROTTA, *Il nuovo concordato preventivo*, in M. VIETTI – F. MAROTTA – F. DI MARZIO (a cura di), *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, Utet, Torino, 2008, pp. 218, osserva opportunamente che «la crisi rappresenta un fenomeno più variegato e complesso dell'insolvenza».

<sup>26</sup> L'idea che la reversibilità e la minore gravità rispetto all'insolvenza siano connotati tipologici della «crisi» è diffusa in dottrina; tra i molti, si vedano E. NORELLI, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in F. DI MARZIO (a cura di), *La crisi d'impresa. Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Cedam, Padova, 2010, p. 434; N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 274; E. BERTACCHINI, *Il presupposto oggettivo*

meritano di essere evidenziate con tempestività, ancorché la loro esistenza non aumenti, di per sé sola, le probabilità di futura insolvenza<sup>27</sup>. Un esempio può forse chiarire l'assunto ora formulato: si pensi al caso dell'impresa che, pagati i debiti scaduti, non è temporaneamente in grado di soddisfare i debiti prossimi alla scadenza<sup>28</sup>.

## 2. Il «diritto societario della crisi»: contenuto attuale e prospettive future.

Le ipotizzate modifiche al codice civile, ed in particolare la previsione di «assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale», appaiono destinate ad alimentare il dibattito sugli esatti confini del «diritto societario della crisi».

In tale formula sono generalmente ricomprese «quelle regole o quella particolare declinazione di esse che vengono in considerazione nel caso in cui la società "non goda di buona salute"»<sup>29</sup>; essa evoca altresì «un'area disciplinare intermedia tra la fase della vita dell'impresa disciplinata dalle regole dello sviluppo e del profitto e la fase retta dagli istituti – tradizionali e innovati – ascrivibili all'area delle procedure

---

*per la dichiarazione di fallimento: lo stato di insolvenza*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 57. In giurisprudenza, la tesi è accolta, tra gli altri, da Trib. Benevento, 27 marzo 2013, su *ilcaso.it*, secondo cui la «crisi» è uno «stato non meglio definito», che può coincidere con l'«insolvenza prospettica», in quanto caratterizzata da squilibri reversibili. Per un'opinione di segno contrario, si rinvia a D. SEMEGHINI, *I presupposti del fallimento*, in A. JORIO (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, II, Utet, Torino, 2016, 277, seguendo il quale l'insolvenza «si contraddistingue non tanto per il connotato dell'irreversibilità, quanto piuttosto per il carattere manifesto che essa deve assumere». Ma si veda Cass., 6 maggio 2010, n. 11012, su *leggiditalia.it*, ove si afferma che «la temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni e lo stato di insolvenza costituiscono due gradazioni del medesimo fenomeno economico: la crisi dell'impresa, con l'unica differenza costituita dal fatto che nel primo caso la crisi si presenta come reversibile, nel secondo come irreversibile e definitiva».

<sup>27</sup> Vedi, tuttavia, M. SANDULLI – G. D'ATTORRE, *Manuale delle procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 208, secondo i quali la «crisi» è «un dato attuale, ma dinamico della vita dell'impresa, cioè una situazione che, vista in prospettiva, può minare la sua esistenza».

<sup>28</sup> Cfr. L. D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 71.

<sup>29</sup> O. CAGNASSO, *Il diritto della crisi fra passato e futuro*, relazione tenuta al XXX Convegno di studio su *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, Courmayeur, 23-24 settembre 2016, p. 7, consultata su *www.cnpds.it*.

concorsuali»<sup>30</sup>. Sotto altra angolazione visuale si è osservato che il «diritto societario della crisi» comporta l'«applicazione alle società (o meglio alle imprese organizzate in forma societaria) in crisi di regole diverse da quelle valevoli per le società *in bonis* e dunque regole si applicabili solo alle società, ma appartenenti in sé al diritto concorsuale»<sup>31</sup>.

Il fondamento del «diritto societario della crisi» sembra oggi situarsi nell'idea che il rimedio alle situazioni di squilibrio transiti dalla previsione di deroghe al diritto societario comune. Com'è noto, l'art. 182 *quater*, 2° co, l. fall. rende infatti prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 l. fall. «i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato». È inoltre prevista anche la deroga agli artt. 2467 e 2497 *quinquies* c.c., là dove si dispone che i finanziamenti effettuati dai soci in funzione della presentazione o dell'esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti sono prededucibili «fino alla concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare» (art. 182 *quater*, 3° co, l. fall.).

L'art. 182 *sexies* l. fall. inibisce – dalla data di deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo (ancorché con riserva: art. 161, 6° co., l. fall.) o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (o della proposta di accordo: art. 182 *bis*, 6° co., l. fall.) sino all'omologazione – l'applicazione degli artt. 2446, 2447, 2482 *bis*, 2482 *ter* c.c. in materia di riduzione del capitale sociale per perdite e precisa che «non opera la causa di scioglimento della società per riduzione

---

<sup>30</sup> P. MONTALENTI, *Il diritto commerciale all'epoca della crisi*, relazione introduttiva tenuta al V Convegno annuale dell'Associazione italiana dei Professori universitari di Diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale", su "L'impresa e il Diritto commerciale: innovazione, creazione di valore, salvaguardia del valore nella crisi", Roma, 21-22 febbraio 2014, consultabile su [rivistaodc.eu](http://rivistaodc.eu).

<sup>31</sup> G. PRESTI, *Concordato preventivo e nuovi modelli di regolazione della crisi*, relazione tenuta al XXX Convegno di studio su *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, Courmayeur, 23-24 settembre 2016, p. 8, consultata su [www.cnpds.it](http://www.cnpds.it).

o perdita del capitale sociale» prevista agli artt. 2484, n. 4, e 2545 *duodecies* del codice civile.

Chiarita la portata attuale del «diritto societario della crisi», si deve osservare che più voci convergono nel negare che l'espressione descriva «un sistema organico di regole che possa identificare un autonomo diritto societario della crisi»<sup>32</sup> o «un micro-sistema destinato ad imporsi sulla normativa generale»<sup>33</sup>; per questa via, esso diviene, più riduttivamente, uno strumento per «approntare i necessari adattamenti dell'organizzazione societaria alle specificità della gestione della crisi d'impresa»<sup>34</sup>.

Nello stesso senso si pongono anche coloro che descrivono il «diritto societario della crisi» come «quella parte del diritto delle società che interagisce con la disciplina concorsuale, la quale è costituita per lo più da disposizioni cogenti e inderogabili, rispondendo a superiori esigenze di ordine pubblico economico, e si pone quindi in termini di specialità se rapportato al diritto societario»<sup>35</sup> e non di «marcata contrapposizione»<sup>36</sup>.

Il progetto di riforma innerva di significativi profili innovatori il «diritto societario della crisi»; il tratto metodologicamente più innovativo consiste nel fatto che, anziché introdurre nuove deroghe al diritto societario con il fine di rimediare, *ex post*, alle situazioni di malessere dell'impresa, il disegno di legge contempla disposizioni funzionalmente orientate a prevenire, *ex ante*, l'insorgenza di quelle stesse situazioni.

Per l'effetto, il «diritto societario della crisi» accentua quel carattere di «sistema tendenzialmente autonomo» che parte della dottrina tende, già oggi, ad attribuirgli<sup>37</sup>; una posizione, quest'ultima, che mette in luce come le regole della crisi d'impresa, di là della loro collocazione nel codice civile o nella legge fallimentare, reagiscono a finalità ulteriori rispetto a quelle

---

<sup>32</sup> S. POLI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>33</sup> A.M. LEOZAPPA, *Concordato preventivo: fattibilità giuridica e modifiche organizzative*, in *Fallimento*, 2015, pp. 881 ss.

<sup>34</sup> G.B. PORTALE, *Verso un "diritto societario della crisi"?*, in U. TOMBARI (a cura di), *Diritto societario e crisi d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 4.

<sup>35</sup> P.P. FERRARO, *Gli interessi dei soci nel fallimento delle società*, in *Dir. fall.*, 2015, pp. 113 ss.

<sup>36</sup> C. IBBA, *Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa: profili introduttivi*, in *Rivista Orizzonti del Diritto commerciale*, 2015, 3, p. 3.

<sup>37</sup> L'espressione è di U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1147.

sottese al diritto societario comune, che è «diritto dell'organizzazione dell'impresa in espansione o in equilibrio»<sup>38</sup>.

È, del resto, postulato della giurisprudenza statunitense che nelle situazioni limitrofe all'insolvenza («*vicinity of insolvency*») gli organi sociali della *corporation* devono orientare la propria condotta non soltanto alla massimizzazione degli interessi degli azionisti<sup>39</sup>, quanto invece alla protezione di interessi di ordine generale, non riducibili ad una sola categoria di soggetti<sup>40</sup>.

Il tema ha appassionato anche la dottrina italiana, in seno alla quale sono maturati filoni contrapposti: servendosi di un'immagine piuttosto efficace, il primo afferma che «quando la società è insolvente, il cordone ombelicale che lega gli amministratori agli azionisti deve essere reciso»<sup>41</sup>; il secondo, invece, esclude che «in situazioni di crisi o di insolvenza i doveri fiduciari degli amministratori cambino destinatari rivolgendosi ai creditori, invece che ai soci, i quali mantengono, quali *residual claimants*, un interesse al risanamento o alla liquidazione ottimale della società»<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> P. MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, p. 821.

<sup>39</sup> In R. KRAAKMAN ET ALIIS, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach, Second Edition*, Oxford, 2009, p. 28, è in questi termini che viene ricostruito uno dei principali obiettivi del diritto societario.

<sup>40</sup> Il riferimento è al *laeding case* conosciuto come *Credit Lyonnais Bank Nederland N.V. v. Pathe Communications Corp* (Del. Ch. Dec. 30, 1991), il cui testo è consultabile su [www.corpgov.law.harvard.edu](http://www.corpgov.law.harvard.edu). Nella sentenza è stabilito che, in prossimità dell'insolvenza, gli amministratori della società devono tutelare la società considerata nel suo complesso: «*at least where a corporation is operating in the vicinity of insolvency, a board of directors is not merely the agent of the residue risk bearers, but owes its duty to the corporate enterprise*»; più precisamente, l'organo di gestione ha il dovere di assicurare gli interessi della comunità sottesa alla società («*the board or its executive committee had an obligation to the community of interest that sustained the corporation, to exercise judgment in an informed, good faith effort to maximize the corporation's long-term wealth creating capacity*»). In argomento, si segnalano: B.E. ADLER – M. KAHAN, *The Technology of Creditor Protection*, 161 U. Pa. L. Rev. 1773 (2013); R.A. BOOTH, *The Duty to Creditors Reconsidered – Filling a Much Needed Gap in Corporation Law*, in 1 *J. Bus. & Tech. L.* 415 (2007); R.F. BROUDE, *Reorganizations Under Chapter 11 of the Bankruptcy Code*, Law Journal Press, New York, 2005, p. 3-5. Tra gli Autori italiani, si vedano F. BRIZZI, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori in diritto societario della crisi*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 119 ss. e F. RAFFAELE, *La responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori nelle società di capitali statunitensi*, in *Dir. fall.*, 2011, pp. 191 ss.

<sup>41</sup> L. STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia, Le procedure di insolvenza*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 44 ss.

<sup>42</sup> S. POLI, *Il ruolo del collegio sindacale nelle crisi d'impresa tra regole deontologiche, norme di sistema e prospettive de iure condendo*, cit. (nt. 19), pp. 1320 ss.

## II

### LE PROCEDURE DI ALLERTA NELLA RIFORMA RORDORF E NELLA LEGISLAZIONE FRANCESE

#### *3. Le disposizioni all'esame del Parlamento.*

Il progetto governativo di riforma contempla l'attivazione di due procedure di allerta; esse si distinguono tra loro sotto il triplice profilo della legittimazione all'attivazione (i), dei presupposti oggettivi (ii) e del concreto funzionamento (iii).

La procedura di allerta azionata dai c.d. creditori qualificati - Agenzia delle entrate, Agenti della riscossione ed Enti previdenziali - non conosce uno svolgimento autonomo, essendo piuttosto destinata a confluire nella procedura attivata dal collegio sindacale.

Nella prima procedura, rilevati «fondati indizi della crisi» (art. 4, 1° co., lett. b), il collegio sindacale (o, nei sistemi alternativi, gli altri organi di controllo in essi previsti), il revisore contabile e la società di revisione ne danno immediatamente avviso all'organo di amministrazione e, in caso di risposta inadeguata, informano l'organismo di composizione della crisi. Quest'ultimo soggetto - tipico della disciplina delle procedure di sovraindebitamento di cui alla l. 27 gennaio 2012, n. 3 - è chiamato a svolgere rilevanti funzioni di ausilio, attraverso una sezione specializzata (art. 4, 1° co., lett. c), nei confronti della società debitrice<sup>43</sup>: esso convoca gli amministratori e il collegio sindacale «al fine di individuare nel più breve tempo possibile, previa verifica della situazione patrimoniale, economica e finanziaria esistente, le misure idonee a porre rimedio allo stato di crisi» (art. 4, 1° co., lett. d).

La società debitrice può anzitutto presentare istanza affinché l'organismo di composizione affidi a un soggetto con «adeguata professionalità nella gestione della crisi d'impresa» il compito di «addivenire a una soluzione della crisi concordata tra il debitore e i creditori, entro un congruo termine, prorogabile solo a fronte di positivi riscontri delle trattative e, in ogni caso, non superiore complessivamente a sei mesi» (art. 4, 1° co., lett. e); inoltre, essa può «chiedere al giudice l'adozione, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, delle

---

<sup>43</sup> M. ARATO definisce l'organismo come «l'attore principale nel superamento delle crisi d'impresa allo stadio iniziale» (cit., nt. 6, p. 4539).

misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative» (art. 4, 1° co., lett. f)<sup>44</sup>.

L'organismo di composizione deve attestare se la società abbia messo in atto le misure idonee al superamento delle crisi; all'attestazione negativa, così come in caso di mancata partecipazione alla procedura, segue la comunicazione al presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale del luogo in cui la società ha la sede (art. 4, 1° co., lett. h), che ne convoca gli organi e, ove occorra, nomina un professionista dotato dei requisiti di cui all'art. 67, 3° co., lett. d, l. fall., affinché verifichi la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa. Là dove la relazione del professionista evidenzia che la società è in stato di crisi, il presidente assegna un termine «per intraprendere le misure idonee a porvi rimedio», decorso inutilmente il quale la stessa relazione è pubblicata nel registro delle imprese (art. 4, 1° co., lett. i). Tale previsione è in realtà frutto di un'aggiunta del Governo allo schema di disegno di legge delega presentato dalla Commissione Rordorf, nel quale non vi era cenno ad un intervento dell'Autorità giudiziaria nelle procedure di allerta.

Assai più scarna è la disciplina della seconda procedura. Il progetto di riforma si limita a prevedere che essa presuppone la segnalazione da parte dei creditori qualificati all'organo di controllo della società, o in mancanza, all'organismo di composizione della crisi del «perdurare di inadempimenti di importo rilevante» (art. 4, 1° co., lett. c); è poi precisato che se i creditori qualificati omettono di segnalare tali inadempimenti, essi incorrono nella sanzione della «inefficacia dei privilegi accordati ai crediti di cui sono titolari» (art. 4, 1° co., lett. c).

#### ***4. Un confronto tra la proposta di riforma italiana e la disciplina francese: tra limitate somiglianze e cruciali differenze.***

È certo che la Commissione Rordorf – come già, anteriormente la Commissione Trevisanato – abbia tratto ispirazione dalla disciplina

---

<sup>44</sup> Ai sensi dell'art. 13, lett. d, tali misure spaziano dalla sospensione della causa di scioglimento per la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale (art. 2484, 1° co., n. 4) e, nelle cooperative, per la perdita del capitale sociale (art. 2545 *duodecies*); alla sospensione degli obblighi posti a carico degli organi sociali di cui agli artt. 2446, 2° e 3° co., 2447, 2482 *bis*, 4°, 5° e 6° co., 2482 *ter* (inerenti gli obblighi degli amministratori in caso di riduzione del capitale per perdite) e 2486 (dedicato ai poteri degli amministratori a seguito del verificarsi di una causa di scioglimento).

francese; quest'ultima si distingue per una spiccata attenzione al profilo della prevenzione delle crisi, al punto da divenire l'archetipo per quei sistemi che, come quello nazionale, difettino di procedure di allerta; si è altresì sottolineato che il diritto d'Oltralpe «ha rappresentato e rappresenta da sempre un sestante di feconda sensibilità verso il diritto delle imprese in crisi»<sup>45</sup>.

Di là di tali osservazioni, si affaccia il quesito se vi sia un rapporto di sovrapposizione perfetta tra il progetto di riforma e le regole transalpine.

Innanzitutto, nell'ordinamento francese sono approntate procedure differenziate in ragione della funzione dei soggetti legittimati ad attivarle; rilevanza primaria assume la concreta possibilità che tali soggetti abbiano di conoscere l'esistenza di elementi pregiudizievoli per l'equilibrio dell'impresa.

Le diverse procedure trovano, però, il minimo comun denominatore nel fatto che il legislatore non ha tipizzato le fattispecie che ne consentono l'apertura; si tratta di una decisione ponderata, che si regge sull'idea dell'insufficienza delle primitive proposte – riportate nel *Rapport Sudreau* del 1975<sup>46</sup> e nel *Projet* n. 974 del 1979<sup>47</sup> – che prendevano in considerazione l'emersione di specifici segnali («*clignotants*») di «una evoluzione preoccupante della società», quali differimenti di scadenze, notifiche di protesti, il mancato pagamento di contributi fiscali o previdenziali, il rifiuto della certificazione dei conti, la perdita dei tre quarti del capitale sociale, il susseguirsi di tre esercizi in perdita.

---

<sup>45</sup> Così G. CARMELLINO, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Fallimento*, 2015, pp. 1057 ss.; le procedure di allerta sono definite da A. JORIO come «fiore all'occhiello della disciplina francese» (*Legislazione francese, raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, *ivi*, pp. 1070 ss.). Dello stesso Autore si veda anche *La riforma delle leggi francesi sulla insolvenza. Un modello da imitare?*, in *Giur. comm.*, 1995, I, pp. 698 ss.

<sup>46</sup> Sul *Rapport Sudreau*, del febbraio 1975, si rinvia, tra gli Autori italiani, a P. MONTALENTI, *Democrazia industriale e diritto dell'impresa*, Franco Angeli, Milano, 1981, p. 128; G.E. COLOMBO, *Il rapporto Sudreau sulla riforma dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1975, pp. 311 ss.; G. ZANGARI, *Partecipazione e conflitto nell'impresa (nel diritto italiano e comparato)*, in *Dir. lav.*, 1975, I, pp. 317 ss.. Tra i contributi in lingua francese, si rinvia a J.M. VERDIER, *Le Rapport Sudreau*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1976, pp. 771 ss.; il testo del rapporto è riportato in P. SUDREAU, *La réforme de l'entreprise. Rapport de comité présidé par Pierre Sudreau*, Generale d'Editions, Paris, 1975.

<sup>47</sup> Si veda in particolare, l'art. 9 del Progetto, riportato nel verbale della seduta dell'*Assemblée Nationale*, 2° *seance du 24 avril 1980*, reperibile su [archives.assemblee-nationale.fr](http://archives.assemblee-nationale.fr).

L'opzione fu tuttavia scartata sul rilievo che qualsiasi elencazione tassativa, sebbene idonea ad assicurare certezza sul piano applicativo, si sarebbe rivelata «fatalmente incompleta»<sup>48</sup>.

I *commissaires aux comptes* – che svolgono funzioni di revisione contabile – devono segnalare i «fatti che possono compromettere la continuità aziendale» («*faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*») al presidente del consiglio di amministrazione o al direttore generale (art. L. 234-1, *code du commerce*). La precisazione che costituiscono oggetto di segnalazione i fatti rilevati «nell'esercizio della propria funzione» è letta dalla dottrina francese nel senso che i *commissaires aux comptes* non sono tenuti a ricercare sistematicamente quegli stessi fatti, potendo invece limitarsi ad evidenziarli quando emergano incidentalmente nell'espletamento dei propri doveri<sup>49</sup>; vero è, tuttavia, che le norme di comportamento elaborate dalla *Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes* presentano un maggior grado di severità, laddove raccomandano ai revisori di vigilare su «tutti gli elementi suscettibili di mettere in discussione la continuità aziendale»<sup>50</sup>. Qualora nei quindici giorni successivi all'informativa dei *commissaires aux comptes* il presidente del consiglio di amministrazione o il direttore non forniscano risposta o se quest'ultima non consente di ritenere che la continuità aziendale sia assicurata, si apre una seconda fase: i *commissaires aux comptes* invitano per iscritto l'organo di gestione a far deliberare il consiglio di amministrazione stesso sui fatti rilevati; copia dell'invito e della deliberazione – assunta alla presenza dei *commissaires aux comptes* – sono trasmesse al presidente del Tribunale di commercio. Se tali adempimenti non risultano osservati o se i *commissaires aux comptes* rilevano che la continuità aziendale è compromessa malgrado le decisioni assunte, segue una terza fase, connotata dalla convocazione dell'assemblea ordinaria e dalla presentazione di un «rapporto speciale» degli stessi *commissaires*; infine, nel caso in cui nemmeno le decisioni assembleari siano insufficienti a superare la situazione di difficoltà, i *commissaires aux comptes* ne informano il presidente del Tribunale di commercio.

È altresì consentito ai soci che rappresentino almeno il cinque per cento del capitale sociale di rivolgere agli organi di amministrazione

---

<sup>48</sup> M. JEANTIN, *La loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*, in *Droit social*, 1984, p. 605.

<sup>49</sup> In questa direzione vedi E. DU PONTAVICE, *L'information et les partenaires de l'entreprise*, in *RJ com.*, 1986, févr., p. 18.

<sup>50</sup> Così la NEP-570. *Continuité d'exploitation*, consultabile su [www.cncc.fr](http://www.cncc.fr).

interrogazioni circa i «fatti che possono compromettere la continuità aziendale» (art. L. 225-232, *code du commerce*); il presidente del consiglio di amministrazione o il direttore devono fornire in merito ai fatti riscontrati dai soci una risposta che è, a sua volta, comunicata ai *commissaires aux comptes*.

Il *comité d'entreprise* – organo di rappresentanza dei lavoratori dipendenti<sup>51</sup> – può domandare informazioni al datore di lavoro quando sia venuto a conoscenza di «fatti che possono incidere in modo preoccupante sulla situazione economica dell'impresa» («*faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise*»), ai sensi degli artt. L. 432-5, 2323-78, *code du travail*.

Tre sono i segmenti della procedura introdotta da tale organismo: il primo è connotato dalla richiesta di informazioni al datore di lavoro sui «fatti che possono incidere in modo preoccupante sulla situazione economica dell'impresa»; nel secondo, che si ha in caso di risposta assente o non soddisfacente, il comitato redige, avvalendosi ove occorra della collaborazione di un esperto contabile, un rapporto; nell'ultimo segmento, il comitato informa l'organo di amministrazione delle circostanze rilevate. A tale ultimo proposito, merita ricordare che la giurisprudenza francese ha ravvisato il presupposto della procedura, ad esempio, nell'approvazione di progetti di delocalizzazione, ancorché parziale, di un settore produttivo all'estero<sup>52</sup>, nella riorganizzazione dell'impresa a seguito dell'acquisto di altra società<sup>53</sup> e nella chiusura di unità di produzione da cui derivi la soppressione di posti di lavoro<sup>54</sup>.

Vi è un'ulteriore procedura di allerta, introdotta dai *groupements de prévention agréés*, organismi costituiti, su base regionale, da società commerciali e persone giuridiche di diritto privato; previsti dall'art. 33, *loi* 84-148, essi hanno il fine di «fornire agli aderenti, confidenzialmente, un'analisi delle informazioni economiche, contabili e finanziarie che gli

---

<sup>51</sup> Più precisamente si tratta di un organo obbligatorio delle imprese che contino più di cinquanta dipendenti; ne fanno parte il datore di lavoro, in veste di presidente, eventualmente assistito da due collaboratori, i rappresentanti dei dipendenti, il delegato sindacale di ciascun sindacato rappresentato nell'impresa. Il suo compito è di «garantire un'espressione collettiva dei dipendenti, permettendo la presa in considerazione dei loro interessi nelle decisioni riguardanti la gestione e lo sviluppo economico e finanziario dell'impresa, l'organizzazione del lavoro, la formazione professionale e le tecniche di produzione» (art. L. 2323-1, *code du travail*).

<sup>52</sup> TGI Nanterre, 10 septembre 2004, n. 2004-262935, in *Juris-Data*.

<sup>53</sup> Cass., soc., 10 janvier 2011, n. 10-30126, su *legifrance.gouv.fr*.

<sup>54</sup> Cass., soc., 19 février 2002, n. 2002-013021, in *Juris-Data*.

stessi si impegnano a trasmettere regolarmente» (art. L611-1, *Loi* n. 2003-721).

Come stabilito all'art. L. 611-1, *code du commerce*, i *groupements de prévention agréés* propongono al capo dell'impresa l'intervento di un esperto quando emergano «indici di difficoltà» («*indices de difficultés*»): quest'ultima espressione non evoca necessariamente circostanze che ostano alla continuità aziendale e consente una notevole anticipazione dell'apertura della procedura. L'opzione del legislatore per una formula aperta è spiegata dagli interpreti francesi sul rilievo che i *groupements de prévention agréés* possono domandare alla Banque de France pareri sulla situazione finanziaria delle società, avendo così tempestiva contezza dello stato in cui esse versano<sup>55</sup>.

Infine, il presidente del Tribunale di commercio (L. 611-2, *code du commerce*), rilevate «difficoltà che possono compromettere la continuità aziendale», dispone la convocazione dei dirigenti della società, con il fine di sollecitare l'adozione di misure idonee a superare le criticità emerse da «qualsiasi atto, documento o procedura». Se l'imprenditore non si presenta, il presidente del Tribunale di commercio può ottenere una comunicazione dai *commissaires aux comptes*, dai membri e dai rappresentanti del personale, dalle pubbliche amministrazioni, dagli organismi di previdenza sociale, una «esatta informazione sulla situazione economica e finanziaria» dell'impresa.

Alla luce della rassegna delle procedure di allerta francesi, l'interrogativo sopra riportato - se le disposizioni tratte dall'ordinamento transalpino e le previsioni del disegno di legge delega siano perfettamente sovrapponibili - non può che ricevere risposta negativa: il progetto di riforma italiano non è un calco fedele della disciplina francese.

Infatti, al netto di alcune limitate somiglianze, date dalla comune articolazione di più strumenti di allerta e dalla differenziazione dei relativi presupposti, i due modelli divergono sotto due profili di cruciale rilevanza.

In primo luogo il sistema francese ancora le procedura di allerta introdotte, rispettivamente, dai *commissaires aux comptes*, dalla minoranza qualificata degli azionisti e dal presidente del Tribunale di commercio, alla rilevazione di circostanze che «possono compromettere la continuità aziendale».

---

<sup>55</sup> L'osservazione è di D. VIDAL, *Prévention des difficultés des entreprises*, in *JurisClasseur procédures collectives*, fasc. 2025, 2014, § 36.

Tale parametro evoca fattispecie i cui confini tipologici sono stati puntualmente segnati dalle scienze contabili e aziendalistiche, e non sembra destare le perplessità emerse, tra i primi commentatori al progetto governativo, in relazione all'«evanescente»<sup>56</sup> nozione di «fondati indizi della crisi». Non può destare stupore, perciò, che il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti abbia recentemente proposto di prevedere che il collegio sindacale debba avvisare immediatamente gli amministratori di «ogni circostanza idonea a pregiudicare la continuità dell'impresa»<sup>57</sup>.

La soluzione ridurrebbe la discrezionalità del collegio sindacale nell'accertare la ricorrenza di fattispecie che comportano l'apertura della procedura d'allerta; sarà sufficiente ricordare che il principio di revisione nazionale n. 570 enuclea gli indicatori di ordine finanziario, gestionale e generale che «possono far sorgere dubbi sul presupposto della continuità aziendale»<sup>58</sup>. Si può aggiungere che il principio OIC n. 29, nella formulazione adottata sul finire del 2016, ha stabilito che «se il presupposto della continuità aziendale non risulta essere più appropriato al momento della redazione del bilancio, è necessario che nelle valutazioni di bilancio si tenga conto degli effetti del venir meno della continuità aziendale»<sup>59</sup>.

In secondo luogo contribuisce a separare i due modelli di allerta la diversa attribuzione di funzioni all'Autorità giudiziaria in chiave di prevenzione della crisi.

Dall'illustrazione dei poteri del presidente del Tribunale di commercio può dedursi che questi ha un ruolo propulsivo

---

<sup>56</sup> Vedi M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, cit. (nt. 22), p. 1037.

<sup>57</sup> Così nelle *Osservazioni e proposte del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili*, consultabile su [www.cndcec.it](http://www.cndcec.it): vedi, in particolare, p. 19.

<sup>58</sup> Cfr. *Linee guida: «Informativa e valutazione nella crisi d'impresa»*, 30 ottobre 2015, pp. 15 ss., ove il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili offre una definizione di «crisi» in termini di «incapacità corrente dell'azienda di generare flussi di cassa, presenti e prospettici, sufficienti a garantire l'adempimento delle obbligazioni già assunte e di quelle pianificate». In argomento, tra i contributi più recenti, si vedano almeno E. BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese*, II, *Bilancio d'esercizio*, Torino, 2016, pp. 109 ss.; M.G. MUSARDO, *La problematica individuazione dei criteri di redazione del bilancio in caso di perdita di continuità aziendale*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, pp. 1075 ss. e R. RORDORF, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi*, in *Società*, 2014, pp. 917 ss.; R. MORO VISCONTI, *Il principio della continuità aziendale*, in *Impresa*, 2007, 43 ss.

<sup>59</sup> Il principio, aggiornato nel dicembre 2016, è consultabile su [www.fondazioneoic.eu](http://www.fondazioneoic.eu).

nell'individuazione del percorso di risanamento dell'impresa. Tale connotato distintivo si regge sulla peculiare configurazione che l'organo assume nella disciplina francese: si tratta di una magistratura consolare, i cui membri sono eletti, tra gli stessi, dagli imprenditori e dai dirigenti d'azienda. Come si è osservato, il presidente del Tribunale di commercio ha un «ruolo centrale nel rendere positivo e utile il meccanismo dell'allerta», in considerazione della sua qualità di «imprenditore tra gli imprenditori»<sup>60</sup>; rappresenta un punto fermo della disciplina che egli, tuttavia, può sollecitare gli organi sociali a reagire di fronte alla crisi esclusivamente in forza della sua autorità personale<sup>61</sup>.

Nel caso italiano lo stesso fondamento dell'intervento dell'Autorità giudiziaria non è agevolmente ricostruibile; anzi, si è osservato che «l'intervento non è affidato al tribunale fallimentare, cioè al tribunale ordinario territorialmente competente, ma alla sezione specializzata in materia d'impresa costituita presso il tribunale distrettuale», con la conseguenza che «tutte le situazioni di cui venga investito l'organismo di composizione della crisi, debbono essere decise dal tribunale che ha sede nel capoluogo del distretto, che viene a subire un aggravio rilevante del proprio lavoro»<sup>62</sup>.

Si deve ribadire che la previsione del progetto governativo non figurava affatto nello schema di disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rordorf che, anzi, escludeva recisamente un'interferenza del Tribunale nelle procedure di allerta<sup>63</sup>.

Il limite della soluzione accolta nel disegno di legge consiste nell'introdurre un automatismo tra la mancata attuazione delle «misure

---

<sup>60</sup> A. JORIO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>61</sup> In questi termini P. PÉTEL, *Procédures collectives*, Dalloz, Paris, 2014, §31.

<sup>62</sup> Così L. PANZANI, *Le procedure di allerta e conciliazione*, in M. ARATO - G. DOMENICHINI, *Le proposte per una riforma della legge fallimentare. Un dibattito dedicato a Franco Bonelli*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 75.

<sup>63</sup> Nella Relazione allo schema di disegno di legge delega si legge che «qualora la procedura non dia i risultati sperati, giacché non si perviene ad uno spontaneo risanamento dell'impresa né si raggiungano accordi con i creditori che valgano a scongiurare la crisi e a prevenire l'insolvenza, è ovvio che si determineranno le condizioni per la successiva instaurazione di procedure giudiziali destinate all'accertamento ed alla gestione delle situazioni di crisi o d'insolvenza. Ma è bene che ciò avvenga secondo le regole che ordinariamente disciplinano l'apertura di tali procedure, ad iniziativa dei soggetti legittimati ad instaurarle, essendo ormai venute meno le condizioni che in precedenza potevano aver giustificato l'adozione di eventuali misure protettive»: vedi, *supra*, nt. 1.

idonee a porre rimedio alla crisi» - individuate dall'organismo di composizione, senza che sia prevista l'instaurazione del contraddittorio con l'imprenditore - e la comunicazione al presidente della sezione specializzata in materia d'impresa.

«Anche le caratteristiche salienti delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi - recita la Relazione ministeriale di accompagnamento al d.d.l. - dovrebbero essere concepite in modo da incoraggiare l'imprenditore ad avvalersene. Perciò si è previsto che siano contrassegnate da confidenzialità e si è preferito collocarle inizialmente al di fuori del tribunale, *per evitare il rischio che l'intervento del giudice possa essere percepito dal medesimo imprenditore o dai terzi quasi come l'anticamera di una successiva procedura concorsuale di insolvenza*»<sup>64</sup>.

Il progetto governativo rende più acuto, nei fatti, il rischio che, a parole, intende attenuare.

La prospettiva dell'intervento giudiziale, quando innestata in un ordinamento che, del pari di quello italiano, non conosce organi assimilabili al Tribunale di commercio francese, non può che dissuadere l'imprenditore dall'accedere alla procedura di allerta<sup>65</sup>: la comunicazione trasmessa dall'organismo di composizione della crisi all'Autorità giudiziaria innesca infatti «una sorta di *escalation* procedurale»<sup>66</sup>, che può culminare nella pubblicazione sul registro delle imprese della relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa e compromettere, così, la confidenzialità delle misure di allerta; inoltre, ancorché nel silenzio del progetto governativo, non si può escludere che il presidente della sezione specializzata in materia d'impresa evidenzi, ai sensi dell'art. 7, 2° co., 1. fall., l'insolvenza della società debitrice al pubblico ministero, affinché questi ne richieda la dichiarazione di fallimento (art. 6, 1. fall.)<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> La citazione è tratta dalla p. 4; il corsivo è aggiunto da chi scrive. Per il riferimento bibliografico si rinvia, *supra*, alla nt. 2. vedi, in particolare, la p. 4 della Relazione.

<sup>65</sup> Si è osservato che l'intervento dell'Autorità giudiziaria «può portare a effetti contrari a quelli auspicati e rappresentare un disincentivo per il debitore a far emergere la crisi, per motivi reputazionali, rischiando di aggravare la crisi dell'impresa e dilatarne i tempi»: così nell'Audizione del presidente dell'Assonime, Maurizio Sella, tenutasi alla Camera dei deputati, Seconda commissione (Giustizia) il 6 luglio 2016, consultata su [www.assonime.it](http://www.assonime.it): vedi p. 6.

<sup>66</sup> P. MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro: introduzione*, cit. (nt. 66), p. 8.

<sup>67</sup> M. FERRO, cit. (nt. 10), p. 1043.

### III

#### IL COLLEGIO SINDACALE DI FRONTE ALLA CRISI

##### **5. Una rilettura della nozione di «crisi». Uno spunto inaspettato dal Testo unico delle società partecipate.**

Il collegio sindacale, secondo quanto previsto dal disegno di legge delega, dovrà avvisare gli amministratori dell'«esistenza di fondati indizi della crisi».

Ora se la nozione di crisi coincide con la «probabilità di futura insolvenza» il momento di apertura della procedura di allerta viene ad essere differito in misura significativa; come si è osservato, «la nozione di stato di crisi ricomprenderà esclusivamente le situazioni prodromiche rispetto all'insolvenza vera e propria e suscettibili di degenerare in quest'ultima»<sup>68</sup>.

Senonché «quando vi è la “probabilità” di una futura insolvenza, è di regola troppo tardi per intervenire utilmente, o quanto meno per scongiurare una situazione nella quale sia compromessa la possibilità di soddisfazione di tutti i creditori»<sup>69</sup>; del resto, si è osservato che consentire l'apertura della procedura di allerta soltanto in presenza della probabilità di insolvenza «rischierebbe di condurre, considerata la resistenza delle imprese alla prevenzione, ad attivazioni tardive»<sup>70</sup>.

Com'è noto, la pratica offre molteplici esempi di malessere dell'impresa che, sebbene non preludano in via ineludibile all'insolvenza, meritano ugualmente di essere rilevati con tempestività; non può sottacersi che tanto più è stretta la correlazione tra i concetti di «crisi» e «probabilità di insolvenza» quanto più si sposta in avanti il momento di attivazione dell'allerta.

Lo stesso criterio probabilistico implica non trascurabili margini di discrezionalità; altrove esso è stato perciò precisato attraverso il rinvio ad un parametro temporale circoscritto: nella recente novella alla legge fallimentare slovena si legge che l'imprenditore può accedere alle c.d. procedure di ristrutturazione preventiva quando «è probabile che *entro un*

---

<sup>68</sup> M. ARATO, cit. (nt. 6), p. 4532.

<sup>69</sup> M. CATALDO, cit. (nt. 4), p. 1024.

<sup>70</sup> P. MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro: introduzione*, relazione tenuta al XXX Convegno di studio su *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, Courmayeur, 23-24 settembre 2016, p. 7, consultata su [www.cnpds.it](http://www.cnpds.it).

anno diventi insolvente» (art. 44 d, 1° co., *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju – ZFPPIPP*)<sup>71</sup>. Tale soluzione è d'altra parte coerente con il principio IAS 1, par. 24, il quale stabilisce che «nel determinare se il presupposto della prospettiva della continuazione dell'attività è applicabile, la direzione aziendale tiene conto di tutte le informazioni disponibili sul futuro, che è relativo ad almeno, ma non limitato, a dodici mesi dopo la data di riferimento del bilancio».

La specificazione del disegno di legge secondo cui il collegio sindacale deve evidenziare «fondati indizi» della probabilità di futura insolvenza non pare di significato univoco; in attesa di un chiarimento da parte del legislatore delegato, si può ipotizzare che l'espressione evochi segni anticipatori dell'insolvenza che non siano ancora particolarmente accentuati.

Sembra possibile ipotizzare che attivazioni assai più tempestive sarebbero assicurate ove si riconoscesse alla fattispecie della «crisi» il valore semantico di «rischio di insolvenza»<sup>72</sup>, situazione che la Commissione Trevisanato aveva posto alla base degli istituti di allerta<sup>73</sup>.

Il «rischio di insolvenza» è, inoltre, concetto ampiamente diffuso a livello europeo: l'ordinamento concorsuale tedesco tipizza la fattispecie dell'«insolvenza imminente» («*Drohende Zahlungsunfähigkeit*»), con la specificazione che essa sussiste quando «è prevedibile che il debitore non sarà in grado di adempiere alla scadenza le obbligazioni esistenti» (§ 18, *Insolvenzordnung – InsO*)<sup>74</sup>; nella stessa direzione si pone la legislazione

---

<sup>71</sup> In argomento, si rinvia a R. BATTAGLIA, *Ordinamento sloveno: crisi d'impresa, prassi "pre-insolvenza" e ristrutturazione finanziaria preventiva*, in *Fallimento*, 2015, pp. 1123 ss.; M. BRUCKMÜLLER – L. STRUC, *Slovenia*, in C. HOENING – C. HAMMERL (a cura di), *Insolvency and Restructuring Law in Central & Eastern Europe. An Introduction for Practitioners*, Linde, Wien, 2014, pp. 468 ss.

<sup>72</sup> Sul concetto di «rischio di insolvenza», si vedano almeno P. PAJARDI – A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 942. e S. CHIMENTI, *Condizione per l'ammissione al concordato preventivo*, in L. GHIA – C. PICCININNI – F. SEVERINI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Utet, Torino, 2011, p. 272. Per uno sguardo al diritto europeo, si rinvia a G. LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in *Fallimento*, 2014, pp. 733 ss.

<sup>73</sup> Il progetto di legge presentato dalla Commissione proponeva di definire la «crisi» come la «situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza» (art. 2, lett. h).

<sup>74</sup> Della bibliografia in materia, naturalmente molto estesa, si segnalano i seguenti contributi: K. REISCHL, *Insolvenzrecht*, Auflage, Heidelberg, 2016; I.M. WILLRODT, *An Introduction to the Insolvency Law of Germany*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure*

spagnola, in forza della quale è in stato di «*insolvenca imminente*» il debitore che «prova che non potrà soddisfare regolarmente e puntualmente le proprie obbligazioni» (art. 2, 3° co., *Ley Concorsual*)<sup>75</sup>; la legge portoghese equipara, ai fini dell'apertura delle procedure concorsuali, i concetti di «*insolvência actual*» e di «*insolvência meramente imminente*» (art. 1, 2° co., *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas – CIRE*)<sup>76</sup>; affine appare anche la previsione inglese di ammettere alla

---

concorsuali, cit. nt. 1), pp. 179 ss.; W. UHLENBRUCK (a cura di), *Insolvenzordnung. Kommentar*, Verlag Franz Vahlen, München, 2010; U. MACRÌ – R. NAVARRA, *Le procedure di risanamento delle imprese, secondo la legislazione tedesca. L'Europa chiama, Berlino risponde?*, in *Fallimento*, 2015, pp. 1076 ss.; P. KINDLER, *La procedura concorsuale unitaria (Insolvenzverfahren) nel diritto tedesco*, in F. VASSALLI – F.P. LUISO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, V, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 195 ss.; L. GUGLELMUCCI, *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pp. 152 ss. e ID., *La procedura concorsuale unitaria nell'ordinamento tedesco*, *ivi*, 2000, I, pp. 504 ss.; V. SANGIOVANNI, *La domanda di apertura del procedimento d'insolvenza nel diritto tedesco*, in *Fallimento*, 2006, pp. 501 ss.

<sup>75</sup> A. EMPARANZA, *Deberes de los administradores frente a los acreedores en sociedades con dificultades económicas*, in A. PACIELLO – G. GUIZZI (a cura di), *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, Atti VIII Incontro italo-spagnolo di diritto commerciale, Napoli, 25 settembre 2015, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 21 ss.; J.M. EMBID IRUJO, *¿Huida del derecho concorsual?*, *ivi*, pp. 233 ss.; P.B. MARTÍN MOLINA (diretto da), *Una revisión de la Ley Concorsual y su Jurisprudencia dada por especialistas*, Dykinson, Madrid, 2013; J. QUIJANO, *La riforma spagnola del 2011 del diritto concorsuale: contesto ed aspetti di maggiore rilevanza*, in *Dir. Fall.*, 2013, pp. 932 ss.; J. PULGAR EZQUERRA, *I fattori di successo della ristrutturazione stragiudiziale amichevole (appunti sul modello spagnolo)*, *ivi*, 2014, pp. 98 ss. e ID., *Estrategias preconcorsuales y refinanciación de deuda: escudos protectores en el marco del RDL 3/2009*, in A. ALONSO UREBA – J. PULGAR EZQUERRA (a cura di), *Implicaciones financieras de la ley concorsual*, La Ley, Madrid, 2009, pp. 131 ss.; AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concorsual: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2005; G. FALCONE, *Il legislatore spagnolo e la Raccomandazione della Commissione 12 marzo 2014*, in *Fallimento*, 2015, pp. 1114 ss. e ID., *La riforma concorsuale spagnola. Contributo allo studio del diritto concorsuale comparato*, Giuffrè, Milano, 2006; A. ROJO, *La experiencia española*, in AA.VV., *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali. Atti del Convegno di Courmayeur del 23-24 settembre 2005*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 205 ss.; P. MONTALENTI, *Le soluzioni concordate alle crisi d'impresa: gli interventi del legislatore italiano con uno sguardo comparatistico*, *ivi*, pp. 173 ss.; I. ARROYO, *Il diritto concorsuale in Spagna*, in AA.VV., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit. (nt. 74), V, pp. 219 ss.

<sup>76</sup> C. SERRA, *O Processo Especial de Revitalização na Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 2016; L.M. MARTINS, *Processo de insolvência anotado e comentado*, Almedina, Coimbra, 2013; M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Il risanamento pre-insolvenziale del debitore nel diritto portoghese: la (nuova) procedura speciale di rivitalizzazione (P.E.R.)*, in *Dir. fall.*, 2013, I, pp. 714 ss.

procedura di *administration* la *company* che «rischia di non essere in grado di pagare i propri debiti» (*Insolvency Act 1986*, Sch. B1, para. 11a)<sup>77</sup>.

Milita a favore dell'assunto formulato un ulteriore elemento. Il recente d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, all'art. 6, 2° co. – il c.d. Testo unico delle società partecipate – stabilisce infatti che le società a controllo pubblico debbano predisporre «specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale»; una previsione, quest'ultima, che accresce le attività di monitoraggio del collegio sindacale, il quale, come si è osservato, «dovrà vigilare con molta attenzione sulle debolezze del sistema di prevenzione e gestione della crisi»<sup>78</sup>.

## **6. Il «perdurare degli inadempimenti di importo rilevante» come presupposto della segnalazione dei creditori qualificati al collegio sindacale.**

Nel modello di allerta delineato nel progetto di riforma non è prevista un'interlocuzione diretta tra soggetti esterni alla società e l'organo di amministrazione in relazione alla rilevazione di eventuali profili di crisi; come si è visto<sup>79</sup>, l'ordinamento francese consente invece ai *groupements de prévention agréés* di proporre – in via diretta – al capo

---

<sup>77</sup> S. BLOCK-LIEB – J. ALEXANDER – E. KOVALENKO, *Representing the Interests of Unsecured Creditors: A Comparative Look at UNCITRAL's Legislative Guide on Insolvency Law*, in P. OMAR (a cura di), *International Insolvency Law. Reforms and Challenges*, 2016, Routledge, Abingdon – New York, pp. 334 ss.; S. BAISTER, *An Introduction to the Insolvency Law of England & Wales*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit. (nt. 1), I, pp. 154 ss.; P. BURBIDGE, *Insolvency procedures in the United Kingdom*, in AA.VV., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, cit. (nt. 74), V, pp. 267 ss.; R. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, Sweet & Maxwell, London, 2011, pp. 393 ss.; V. FINCH, *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 273 ss.; M. AIELLO, *L'Amministrazione alla luce della Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014*, in *Fallimento*, 2015, pp. 1107 ss.; J. ARMOUR – R. JAMEEL MOKAL, *La disciplina concorsuale inglese*, in S. BONFATTI – G. FALCONE (a cura di), *La disciplina concorsuale in Europa: esperienze a confronto*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 189 ss.; C. FERRI – F. MARELLI, *Le procedure diverse dalla liquidazione nell'Insolvency Act del Regno Unito: spunti in prospettiva di riforma della legge fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pp. 345 ss.

<sup>78</sup> E. BOZZA – E.M. CAFARO, *La crisi nelle società partecipate pubbliche e le implicazioni sulle attività di vigilanza alla luce del T.U.*, in *Società e Contratti, Bilancio e Revisione*, 2016, 11, p. 43.

<sup>79</sup> Vedi, *supra*, par. 4.

dell'impresa l'intervento di un esperto, allorché essi abbiano riscontrato «indici di difficoltà»<sup>80</sup>.

Il disegno di legge delega si limita, assai più riduttivamente, a prevedere che i creditori qualificati segnalino il «perdurare di inadempimenti di importo rilevante» al collegio sindacale, con l'avvertenza che là dove essi non provvedano alla segnalazione i privilegi accordati ai crediti di cui sono titolari diverranno inefficaci.

La correlazione tra omessa segnalazione e degradazione del credito sembra risentire di una certa schematicità, in quanto conduce a sottostimare che vi sono situazioni nelle quali la conservazione dell'impresa non è necessariamente funzionale al miglior interesse delle pretese creditorie<sup>81</sup>: sarà sufficiente ricordare che la recente «miniriforma» del diritto fallimentare<sup>82</sup> ha rivelato attenzione al problema, prevedendo che, nell'ambito del concordato preventivo, la relazione depositata dal commissario giudiziale *ex art. 172 l. fall.* debba «illustrare le utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi».

Il collegio sindacale svolge funzioni di raccordo tra i creditori qualificati e gli amministratori; sul piano operativo, mentre è indubbio che, di fronte alla segnalazione dei creditori qualificati, il collegio sindacale possa «chiedere chiarimenti» agli amministratori – come riportato nelle Norme di comportamento elaborate dal Consiglio

---

<sup>80</sup> In A. JORIO, *Su allerta e dintorni*, in AA.VV., *Le proposte per una riforma della legge fallimentare*, cit. (nt. 62), pp. 61 ss., si rileva che «la segnalazione all'esterno dei sintomi della crisi dovrà pervenire soltanto dai controllori della società: sindaci e revisori. Sarebbe stato preferibile che la segnalazione all'esterno potesse provenire in ogni caso anche dai creditori qualificati, come previsto d'altronde dalla legislazione francese».

<sup>81</sup> Cfr. M. CATALDO, cit. (nt. 4), p. 1025.

<sup>82</sup> S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/2015 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Zanichelli, Bologna, 2016; ID., *Il nuovo concordato preventivo alla luce della «Miniriforma» del 2015*, in *Dir. fall.*, 2015, I, pp. 367 ss.; M. BIANCA, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, *ivi*, 2015, pp. 529 ss.; M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, su *ilcaso.it*, 2015; R. GUIDOTTI, *Misure urgenti in materia fallimentare (d.l. 27 giugno 2015, n. 83): le modifiche alla disciplina del fallimento e le disposizioni dettate in tema di proposte concorrenti*, su *ilcaso.it*, 2015; F. LAMANNA, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del d.l. n. 83/2015*, Giuffrè, Milano, 2015; G.P. MACAGNO, *Il concordato con continuità aziendale: il confine ultimo di un istituto sotto accusa*, in *Fallimento*, 2016, 77; N. SOTGIU, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2015, 1514 ss.; V. ZANICHELLI, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno?*, su *ilcaso.it*, 2015.

nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili (norma 11.1) – non appare univoco se esso, investito della segnalazione dei creditori qualificati, abbia altresì l’obbligo di azionare la procedura di allerta di cui all’art. 4, 1° co., lett. b.

Le stesse scelte lessicali sottese all’art. 4, 1° co., lett. c. – «*perdurare* di inadempimenti di importo *rilevante*» – se, da un lato, comportano l’ininfluenza di quegli inadempimenti contenuti sotto l’aspetto temporale e quantitativo, dall’altro lato sembrano «smarcare» il presupposto della segnalazione dei creditori qualificati dall’insolvenza, «ricostruita in chiave oggettiva e dunque a prescindere dall’entità degli inadempimenti»<sup>83</sup>.

La portata applicativa della segnalazione dei creditori qualificati è esposta, quindi, ad una notevole erosione: per un difetto di coordinamento, gli effetti della segnalazione verrebbero sterilizzati ogniqualvolta il collegio sindacale dovesse reputare che il «*perdurare* di inadempimenti di importo *rilevante*» non è indizio della «probabilità di futura insolvenza».

L’obiezione che il collegio sindacale potrebbe prudenzialmente avviare la procedura di allerta per il solo fatto di aver ricevuto una segnalazione dei creditori qualificati non apparirebbe, ove formulata, del tutto persuasiva: «ogni segnalazione dell’incipiente crisi – si è acutamente rilevato – può tramutarsi in una “autodenuncia” del ritardo con il quale lo stato di crisi sia stato rilevato»<sup>84</sup>.

## **7. L’art. 2403 c.c. come presidio a tutela della prevenzione della crisi d’impresa.**

In dottrina si è ravvisato un «sorprendente agnosticismo del legislatore economico sul ruolo del collegio sindacale nelle crisi d’impresa»<sup>85</sup>.

L’affermazione è esatta se correttamente intesa. Sebbene non si rinvenivano disposizioni specifiche sul punto, tra le pieghe delle

---

<sup>83</sup> M. FERRO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>84</sup> Così M. CATALDO, cit. (nt. 4), p. 1023. Aggiunge M. FERRO, *op. loc. ult. cit.*, che «lo scrupolo di un’adeguata (sotto il profilo temporale) attivazione dello strumento segnalatorio deve convivere con il timore di non danneggiare la continuità della gestione finanziaria e produttiva, evitando allarmi impropri».

<sup>85</sup> S. POLI, *op. loc. ult. cit.*

disposizioni sui doveri e poteri del collegio sindacale traspaiono direttive precisamente orientate alla prevenzione della crisi d'impresa o, quantomeno, alla sua tempestiva rilevazione.

L'art. 2403 c.c. impone, come noto, al collegio sindacale di «vigilare 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».

Il contenuto del primo dovere – la vigilanza «sull'osservanza della legge e dello statuto» – ha ricevuto una significativa messa a fuoco in via interpretativa: le norme di comportamento prescrivono che i sindaci devono verificare il rispetto delle «norme che concretamente, con riferimento alla struttura e alle attività della società, possono essere ritenute critiche in ragione della rilevanza del rischio che il loro mancato rispetto possa comportare per la società»<sup>86</sup>. Tra gli autori, vi è chi ritiene che il collegio sindacale debba vigilare sull'osservanza di qualsiasi regolamento o atto amministrativo cogente<sup>87</sup>; altri si spingono a sostenere che l'organo di controllo debba accertare l'assenza di illeciti, irregolarità o inadempimenti contrattuali<sup>88</sup>; altri ancora reputano che l'art. 2403 c.c. alluda agli atti compiuti da tutti gli organi sociali, e non soltanto quelli degli amministratori<sup>89</sup>.

Appare quindi generalmente condiviso l'assunto, già formulato anteriormente alla Riforma del diritto societario, per cui «la funzione di controllo del collegio sindacale si esplica in tutte le direzioni, sullo svolgimento in senso ampio dell'azione sociale; è generale e senza limiti, anche al di là di quanto previsto in singole norme specifiche o strumentali»<sup>90</sup>.

Le conclusioni sopra riferite appaiono applicabili anche là dove la società si trovi in una situazione di declino: i tentativi degli amministratori di rimediare allo squilibrio dell'impresa violano il canone dell'osservanza

---

<sup>86</sup> Nello stesso senso si pone L. DE ANGELIS, cit. (nt. 19), p. 215, secondo cui l'organo di controllo deve, più riduttivamente, vigilare «sul rispetto di tutte le norme che disciplinano il funzionamento degli organi della società e lo specifico settore in cui la società opera».

<sup>87</sup> M. RIGOTTI, cit. (nt. 19), p. 177.

<sup>88</sup> C. SIMONE, *Commento sub art. 2403 c.c.*, in G. GRIPPO (a cura di), *Le leggi commentate. Commentario delle società*, I, Utet, Torino, 2009, p. 552.

<sup>89</sup> Vedi V. SQUAROTTI, cit. (nt. 19), p. 2184; C. SIMONE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>90</sup> G. DOMENICHINI, cit. (nt. 19), p. 561.

della legge ogniqualvolta compromettano la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale (artt. 2394 e 2486 c.c.)<sup>91</sup>.

Soffermando l'attenzione sui principi di corretta amministrazione, si nota che essi sono definiti come una «clausola generale di comportamento degli amministratori»<sup>92</sup>; al collegio sindacale è quindi richiesto di «rilevare se nella decisione delle operazioni gestorie siano rispettati i principi della buona amministrazione»<sup>93</sup> e, per l'effetto, di vigilare sul grado di diligenza osservato dagli amministratori nonché su tutti gli aspetti dell'amministrazione<sup>94</sup>. Essi si sostanziano, quindi, nella «prescrizione di comportamenti che assicurino il contenimento del rischio di impresa nel limite della normalità»<sup>95</sup>, evocando un «paradigma imprenditoriale», tale per cui «il corretto amministratore è chi persegue le soluzioni più efficaci, non chi si limita a rispettare lo *standard* minimo legale per non incorrere in responsabilità»<sup>96</sup>.

Le norme di comportamento puntualizzano che la vigilanza in ordine alla correttezza dell'amministrazione si sostanzia nella «verifica della conformità delle scelte di gestione ai generali criteri di razionalità economica» (norma 3.3); per l'effetto, l'attività di riscontro del collegio sindacale «non si estende al merito delle scelte», focalizzandosi piuttosto sul «modo in cui sono state compiute» e sul «rispetto delle procedure previste»<sup>97</sup>.

Vi è una stretta correlazione tra la vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e la vigilanza sull'adeguatezza degli assetti organizzativi; tra i due doveri, il secondo rappresenta infatti una specificazione del primo, senza tuttavia esaurirne il contenuto<sup>98</sup>. Il termine

---

<sup>91</sup> P. SFAMENI, *Commento sub art. 2403 c.c.*, in P. ABBADESSA - G.B. PORTALE (diretto da), *Le società per azioni. Codice civile e leggi complementari*, I, Giuffrè, Milano, 2016, p. 1561.

<sup>92</sup> P. MONTALENTI, *I principi di corretta amministrazione: una nuova clausola generale*, in M. IRRERA (diretto da), *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 6.

<sup>93</sup> Così V. SALAFIA, *I sindaci e le relative responsabilità*, in *Società*, 2014, pp. 139 ss.

<sup>94</sup> Così S. FORTUNATO, *I "controlli" nella riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 872.

<sup>95</sup> V. SALAFIA, *Amministrazione e controllo delle società di capitali nella recente riforma societaria*, in *Società*, 2002, p. 1471

<sup>96</sup> P. MONTALENTI, *La società quotata*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, IV, 2, Cedam, Padova, 2004, p. 260.

<sup>97</sup> In questi termini, vedi M. FRANZONI, cit. (nt. 19), p. 146.

<sup>98</sup> A. BERTOLOTTI, cit. (nt. 19), p. 170.

«adeguatezza» evoca un «concetto relativo»<sup>99</sup>, condizionato dalla tipologia di impresa societaria, dai suoi parametri dimensionali e dal mercato in cui essa opera<sup>100</sup>, racchiudendo «un'essenza di idoneità, convenienza ed opportunità»<sup>101</sup>.

Si è correttamente osservato che l'espressione «assetti» ricomprende metodologie e procedure aziendali finalizzate ad assicurare l'efficienza dei processi interni alla società<sup>102</sup>; il legislatore ha inteso, così, riferirsi alla «realizzazione di un sistema integrato e coordinato di operazioni tra di loro correlate idoneo ad assicurare risultati "soddisfacenti" riducendo – grazie alla suddivisione per fasi dei diversi processi – le possibilità di errore»<sup>103</sup>.

Alla luce di tali precisazioni, è da escludersi che il collegio sindacale possa esprimere un giudizio di adeguatezza nelle situazioni di crisi; anzi, è criterio dettato in via di autodisciplina che, a fronte di «significativi rischi di inadeguatezza», il collegio sindacale deve richiedere all'organo gestorio di intraprendere «azioni correttive» e, nei casi di risposta non soddisfacente, urgenza o particolare gravità, adottare «le iniziative previste dalla legge per la rimozione delle violazioni riscontrate» (norma 3.4). «La mancata adozione di misure organizzative funzionali a prevenire o accertare una situazione di squilibrio reddituale e/o finanziario, quanto l'assunzione di rischi irragionevoli o eccessivi in circostanza di crisi sono azioni censurabili nell'ottica dei principi di corretta gestione imprenditoriale»<sup>104</sup>.

---

<sup>99</sup> G. FERRARINI, *Funzione del consiglio di amministrazione, ruolo degli indipendenti e doveri fiduciari*, in M. BIANCHINI – C. DI NOIA (a cura di), *I controlli societari. Molte regole, nessun sistema*, Egea, Milano, 2010, p. 56.

<sup>100</sup> G. FERRARINI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>101</sup> I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Giappichelli, Torino, 2010, p. 711

<sup>102</sup> M. RIGOTTI, *cit.* (nt. 19), p. 182.

<sup>103</sup> M. IRRERA, *Collegio sindacale e assetti adeguati*, in AA.VV., *Il collegio sindacale. Le nuove regole*, *cit.*, p. 268.

<sup>104</sup> P. SFAMENI, *op. loc. ult. cit.*

## 8. Di alcune questioni in tema di poteri reattivi del collegio sindacale.

Come noto, la decisione di richiedere l'ammissione alle al concordato preventivo spetta all'organo di gestione (artt. 152, 2° co., lett. b, e 161, 4° co., l. fall.); si tratta di una soluzione che ricalca la primigenia disciplina dell'istituto<sup>105</sup> e che porta ad affermare che, anche in prospettiva storica, il collegio sindacale «ha il dovere di intervenire solo se e nella misura in cui gli amministratori non si attivino con tempestività per fronteggiare (e, a monte, nel rilevare) situazioni di difficoltà»<sup>106</sup>.

I poteri reattivi<sup>107</sup> del collegio sindacale, così come attualmente formulati, assumono quindi rilievo determinante in chiave di precoce rilevazione della crisi; anzi, dall'interazione tra le disposizioni codicistiche e le norme di comportamento sembrano scaturire meccanismi di reazione, se pure allo stadio embrionale: alla rilevazione di «segnali che facciano emergere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come una entità in funzionamento» segue l'obbligo per l'organo di controllo di domandare «chiarimenti» agli amministratori (norma 11.1, 2° co.); se essi omettono di attivarsi per rimediare agli squilibri evidenziati dal collegio sindacale, quest'ultimo convoca l'assemblea ai sensi dell'art. 2406 c.c. (norma 11.2, 1° co.) e, in presenza di esiti dell'assemblea non «adeguati», propone la denuncia al Tribunale *ex art.* 2409 c.c. (norma 11.2, 2° co.)<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> L'art. 8 della già citata l. 24 maggio 1903, n. 197 stabiliva che il ricorso per concordato doveva essere presentato «a mezzo di coloro che hanno la firma sociale», cioè dall'amministratore o dagli amministratori indicati statutariamente; la disposizione aggiungeva che «i patti e le condizioni del concordato» dovevano, prima dell'adunanza dei creditori, «essere approvati nel modo stabilito dallo statuto sociale o dalla legge per lo scioglimento anticipato della società debitrice». Sui precedenti storici del concordato preventivo, vedi Per i precedenti storici dell'istituto, si rinvia a M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, II, *Il concordato preventivo*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja - Branca - Galgano*, cit., 2014, pp. 1 ss.; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 125 ss.; G. RAGO, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, Cedam, Padova, 1998, pp. 1 ss.; F. DEL VECCHIO, voce «Concordato preventivo», in *Nov. Dig. it.*, II, *Appendice*, Torino, 1981, p. 293.

<sup>106</sup> S. POLI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>107</sup> Per un inquadramento di tali poteri, si rinvia a V. SQUAROTTI, *op. loc. ult. cit.* e, in particolare, agli Autori citati alla nt. 17.

<sup>108</sup> Si segnala che il d.d.l. delega prevede l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. anche alle società a responsabilità limitate, ancorché prive di organo di controllo (art. 13, 1° co.,lett. f). Sul dibattito relativo all'estensione della disposizione alle s.r.l. si vedano R. RORDORF, *Brevi note in tema di controllo giudiziario sulla gestione delle società previsto*

La convocazione dell'assemblea da parte del collegio sindacale, com'è noto, «non è espressione di un potere generale»<sup>109</sup>: il duplice presupposto individuato dall'art. 2406, 2° co. c.c. - la rilevazione di «fatti censurabili di rilevante gravità» e l'«urgente necessità di provvedere» - circoscrive i casi in cui tale potere può essere effettivamente esercitato. Inoltre la convocazione deve essere preceduta dalla comunicazione del collegio sindacale al presidente del consiglio di amministrazione.

L'art. 2406, 2° co., c.c. prescrive che il collegio sindacale debba previamente informare il presidente del consiglio di amministrazione della convocazione; la comunicazione preventiva, quando la società verta in una situazione di difficoltà, diviene così l'estremo richiamo agli amministratori affinché intraprendano un percorso di risanamento della società. È in quest'ultimo profilo che si manifesta la vocazione della disposizione ad allertare (non tanto gli azionisti, quanto invece) gli amministratori in ordine alla rilevazione della crisi.

S'impone un'ulteriore considerazione. Come anticipato, la norma di comportamento 11.2, 2° co., prevede che il collegio sindacale, dopo aver infruttuosamente sollecitato gli amministratori ad adottare provvedimenti per rimediare alla situazione di crisi, proponga la denuncia al Tribunale; v'è da osservare, tuttavia, che la portata dell'istituto è significativamente attenuata dall'art. 2409 c.c., là dove la disposizione colloca il suo presupposto nel «fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società».

La crisi d'impresa è fenomeno policromo, le cui sfumature non sono necessariamente riconducibili tutte alle irregolarità nella gestione; le norme di comportamento precisano, quindi, che la denuncia potrà essere presentata quando l'assemblea non abbia adottato provvedimenti adeguati o la sua convocazione non sia risultata utile, per il mancato raggiungimento dei *quorum* o per il «ripetersi di assemblee andate deserte».

L'apparente contraddizione tra l'art. 2409 c.c. e la norma 11.2, 2° co., non sembra tuttavia insuperabile se si accoglie l'opinione secondo la quale la proposizione della denuncia può derivare anche dalla mancata attivazione da parte degli amministratori di uno strumento di

---

dall'art. 2409 c.c., in *Società*, 2011, pp. 1210 ss., in particolare nt. 1; S. RONCO, *Applicazione del controllo giudiziario alla s.r.l.*, *ivi*, 2013, pp. 149 ss.

<sup>109</sup> M. FRANZONI, cit. (nt. 19), p. 212.

composizione della crisi: in questo senso, la convocazione dell'assemblea avrebbe una funzione prettamente «informativa»<sup>110</sup>.

#### RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

#### **L'assenza di una procedura di allerta a livello legislativo: un vuoto a metà?**

Dalle osservazioni che precedono possono essere tratte alcune conclusioni.

Occorre rilevare che la richiamata previsione del progetto di riforma di inserire nel codice civile il «dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale» » (art. 13, 1° co., lett. b)<sup>111</sup> sembra assumere natura meramente interpretativa: il risultato verso il quale essa è protesa è già conseguibile attraverso l'applicazione del diritto vigente.

Si è rilevato in dottrina che la disposizione proposta nel d.d.l. è «null'altro che una mera specificazione» dell'art. 2381 c.c., atteso che i doveri che esso radica in capo al consiglio di amministrazione - «valutare» l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società - e agli organi delegati - «curare» che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa - sono già «connessi anche allo "stato di salute" - fisiologico o patologico - dell'impresa ed, eventualmente, al venir meno della continuità dell'azienda»<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> S. POLI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>111</sup> O. CAGNASSO, *Il diritto della crisi fra passato e futuro*, cit. (nt. 29), p. 8, osserva che «tale dovere, stando al dato letterale della norma, viene riferito all'imprenditore e agli organi sociali, senza ulteriori specificazioni e quindi è da intendersi come facente capo quantomeno agli organi sociali delle società di capitali e pertanto anche ai gestori di s.r.l.».

<sup>112</sup> In questo senso vedi L. ABETE, *op. loc. ult. cit.*; l'Autore evidenzia che la disposizione proposta nel d.d.l. è «null'altro che una mera specificazione» dell'art. 2381 c.c., atteso che i doveri che esso radica in capo al consiglio di amministrazione - «valutare» l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della

Ora è noto che l'ordinamento non disciplina procedure di allerta, intese come sequenze – coordinate dal legislatore – di segnalazioni dei profili di malessere da parte del collegio sindacale all'organo di amministrazione o a soggetti esterni alla società. Cionondimeno, il codice civile e le norme di comportamento apprestano strumenti di reazione in forza dei quali il collegio sindacale è tenuto ad evidenziare all'organo di amministrazione l'insorgenza della crisi e a sollecitare l'adozione di misure idonee al suo superamento.

Appare dunque immanente al sistema il principio per il quale il collegio sindacale deve prevenire o, quantomeno, rilevare la crisi d'impresa. La previsione in base alla quale l'organo di controllo avvisa immediatamente gli amministratori in ordine all'«esistenza di fondati indizi della crisi» appare una puntualizzazione dei doveri di cui all'art. 2403 c.c.; preme sottolineare che l'applicazione della disposizione non è certo relegata alle fasi di equilibrio o di espansione dell'impresa. Anzi, è proprio nelle variegate situazioni di malessere che gli organi sociali sperimentano, a stretto giro e non di rado convulsamente, rimedi che, aggravando il dissesto dell'impresa e compromettendo le prospettive di soddisfacimento dei creditori, possono comportare una violazione dell'obbligo di conservazione del patrimonio sociale, stridere con i principi di corretta amministrazione, acutizzare l'inadeguatezza degli assetti.

Sotto un profilo strettamente tecnico, il diritto vigente impone, quindi, l'individuazione di un dovere di prevenzione o di tempestiva rilevazione della crisi in capo al collegio sindacale<sup>113</sup>: lo spazio che, con l'introduzione delle procedure di allerta, la riforma del diritto fallimentare verrebbe ad occupare non è vuoto come, ad un primo sguardo, potrebbe apparire.

---

società – e agli organi delegati – «curare» che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa – sono già «connessi anche allo “stato di salute” – fisiologico o patologico – dell'impresa ed, eventualmente, al venir meno della continuità dell'azienda».

<sup>113</sup> Cfr. G. LOMBARDI, *Il ruolo degli organi di controllo e di revisione nelle procedure di allerta di cui al disegno di legge-delega per la riforma delle procedure concorsuali*, in AA.VV., *Le proposte per una riforma della legge fallimentare*, cit. (nt. 62), p. 85, secondo il quale «parrebbe dunque che siano già presenti i presidi e gli strumenti che conferiscono un ruolo specifico all'organo di controllo e al revisore anche nel caso di crisi di impresa».