

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

LORENZO BENEDETTI

Le procedure d'allerta: mieux vaut prévenir que guérir

1. La Raccomandazione della Commissione dell'Unione del 12 marzo 2014, 2014/135/UE, può considerarsi la principale matrice d'ispirazione del nuovo istituto delle procedure d'allerta: tanto la Relazione ministeriale (cap. 2) quanto la Relazione Rordorf menzionano 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, massimizzando pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale (*sub* Considerando 1, poi ripreso ai Considerando 16-19).

Il medesimo obiettivo è ripetuto anche nella recentissima proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE, pubblicata nel novembre 2016, ove si legge che "Una percentuale significativa di imprese e di posti di lavoro potrebbe essere salvata se in tutti gli Stati membri in cui l'impresa ha dipendenze, attivi o creditori esistessero procedure di prevenzione" e che persegue "Il fine...che tutti gli Stati membri si dotino di principi fondamentali su quadri efficaci in materia di ristrutturazione preventiva" per realizzare la "cultura del salvataggio" e della "seconda opportunità". La proposta, peraltro, evidenzia un profilo inedito delle procedure d'allerta considerate di particolare utilità per le piccole e medie imprese che "spesso non hanno, soprattutto in caso di

difficoltà finanziarie, le risorse per pagare una consulenza professionale” per cui è “opportuno predisporre strumenti di allerta che segnalino ai debitori l’urgenza di agire” (v. anche art. 3, ove la possibilità per gli stati membri di limitare l’applicazione delle procedure d’allerta solo alle PMI). In quest’ottica, perciò, appaiono non pertinenti le critiche che sono state mosse al disegno di legge Rordorf, laddove esso prefigura l’introduzione di procedure di allerta: la nuova previsione contenuta nell’art. 4 costituisce la traduzione nel nostro ordinamento delle istanze che provengono dall’Europa (Jorio, Ferro).

Semmai ci si può chiedere se ci fosse realmente necessità di un ulteriore istituto volto a regolare la situazione di difficoltà dell’impresa che ancora non si sia tradotta nell’insolvenza e che, anzi, rappresenti uno stadio del tutto iniziale della crisi.

In particolare occorre approfondire i motivi che hanno indotto la commissione Rordorf a introdurre un nuovo istituto per la disciplina della c.d. *twilight zone*, piuttosto che rivedere, migliorare, sviluppare gli strumenti già utilizzabili a tal fine, primi fra tutti i piani attestati di risanamento che da tempo sono stati indicati dalla dottrina come uno strumento valido ed utile per la prevenzione dell’insolvenza e per il trattamento della pre-crisi; e che, in aggiunta, presentano il carattere della riservatezza, indicato come requisito essenziale per il buon funzionamento delle nuove procedure d’allerta, in quanto funzionale alla prevenzione del rischio di strumentalizzazione da parte dei creditori della notizia dei sintomi della crisi (Montalenti; sulla *confiance* nelle procedure d’allerta in Francia: Saint-Alary-Houin).

La scelta di introdurre nuove procedure di allerta è stata giudicata in contrasto con l’obiettivo della semplificazione della disciplina concorsuale perseguito dalla riforma organica *in fieri* (v. art. 2 d.d.l.; audizione Assonime alla Camera; Calvosa).

L’eccessiva pluralità delle procedure volte a consentire l’emersione tempestiva e precoce della crisi dell’impresa risulterebbe, del resto, confermata, dal fatto che, nonostante il silenzio serbato sul punto dal disegno di legge Rordorf, certamente permarrà (nonostante alcune opinioni contrarie) nel nostro ordinamento anche il preconcordato, come chiarisce la Relazione di accompagnamento alla riforma organica (“non si è però reputato di dover espungere tale possibilità (e cioè il ricorso al “preconcordato dal sistema”).

Autorevole dottrina ha valutato positivamente quest'ultima soluzione (Jorio, secondo il quale la cancellazione del concordato sarebbe stato un errore), adducendo fra le altre, la ragione per cui le procedure d'allerta avranno, in previsione, scarso successo nel contesto italiano, caratterizzato dalla coincidenza nelle stesse persone della proprietà del capitale e della gestione dell'impresa, coincidenza all'origine del ritardo con il quale l'imprenditore in crisi si persuade della necessità di adire una procedura concorsuale o a cercare un accordo con i creditori previa richiesta di un ombrello protettivo per le trattative: la speranza o la convinzione, non ostacolata dalla dialettica fra proprietà e gestione, di riuscire a superare le difficoltà con le proprie forze sono la fonte principale dell'irrimediabilità della crisi quando ci si decide ad intervenire (Jorio).

Se si ritiene condivisibile questa considerazione, però, le nuove procedure d'allerta, piuttosto che il concordato (spesso nella pratica utilizzato dagli imprenditori, come ampiamente noto, solo a fini dilatori: da ultimo Lamanna, *il fallimentarista*, 2016; Cass. SS.UU., 2015), appaiono essere uno strumento molto più utile a far emergere la crisi quando ancora è in uno stadio embrionale. E ciò per la semplice ragione che la richiesta di concordato è lasciata all'esclusiva iniziativa del solo debitore (e nelle società, dunque, degli amministratori, coincidenti con la proprietà (Jorio) o comunque fiduciari di quest'ultima) secondo l'opinione maggioritaria (Jorio, Abriani, Calvosa, Vella), mentre il nuovo art. 4 d.d.l. prevede una procedura il cui svolgimento può essere imposto all'imprenditore, sia per l'iniziativa attribuita agli organi di controllo della società (sindaci e revisore, probabilmente da considerare in una posizione di maggiore terzietà rispetto ai titolari dell'impresa rispetto per es. ai gestori, spesso coincidenti con questi ultimi come rileva Jorio), a cui parrebbe doversi imputare un potere-dovere al riguardo (e dunque una responsabilità in caso di inerzia); sia perché l'iniziativa può essere assunta dai creditori qualificati, che possono rivolgere la loro segnalazione (almeno in certi casi, ossia in mancanza degli organi di controllo) a soggetti terzi rispetto al debitore, ossia verso gli organismi di composizione; sia perché le procedure procedono nei propri passaggi anche in mancanza di un atteggiamento collaborativo da parte dell'imprenditore o degli amministratori (e v. infatti l'intervento degli organismi per la composizione della crisi ai quali è indirizzata l'allerta azionata dagli organi di controllo e, ove quest'intervento e le misure connesse non siano

sufficienti, l'intervento del tribunale). Insomma, il fatto di non essere rimesse esclusivamente all'iniziativa e alla collaborazione dell'imprenditore (o degli amministratori della società), a differenza del concordato e anche dei piani attestati (l'attivazione dei quali è considerata, in definitiva, come una scelta gestoria, di pertinenza, dunque dell'imprenditore o degli amministratori nelle società), giustifica in qualche misura la previsione di un nuovo istituto per la cura tempestiva della crisi, nel tentativo di perseguire l'obiettivo della sua emersione anticipata, considerato realisticamente considerato non conseguito dalla stessa relazione al disegno di legge Rordorf (Abriani).

Tutto sommato, dunque, l'art. 4 del d.d.l. prevede uno strumento in qualche modo coercitivo della volontà dell'imprenditore, "avventurandosi sui sentieri impervi della difficile convivenza tra libertà d'impresa e tutela degli interessi collettivi" (Jorio): se si vogliono introdurre efficaci strumenti di prevenzione della crisi, la soluzione non va tanto ricercata nelle misure agevolative, bensì in quelle coercitive, intendendosi per tali non tanto le misure sanzionatorie (art. 4 lett. g)) "destinate ad avere un effetto limitato su un imprenditore naturalmente refrattario a riconoscere la necessità di rimedi forti per uscire dalla crisi, ma anche e soprattutto misure volte a vincere le ritrosie dell'imprenditore e a imporre, *malgré lui*, l'avvio di un percorso diretto alla salvaguardia dell'impresa" (d'Alessandro; Jorio; e v. le scelte compiute nell'ordinamento francese a partire dagli interventi di riforma del 1994 al fine di garantire una precoce informazione del presidente del tribunale di commercio, onde consentirgli di intervenire tempestivamente).

Certo il carattere coercitivo della procedura pone dubbi di legittimità costituzionale, per contrasto in particolare con la libertà di iniziativa economica privata (Jorio, Calvosa, Panzani). Ma occorre tener presente che, sebbene l'iniziativa economica privata sia riconosciuta libera, ai sensi della Costituzione essa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, la quale sembra imporre che le iniziative per risolvere la crisi d'impresa siano assunte con la necessaria tempestività (Jorio; in senso dubitativo Calvosa).

E comunque l'ingerenza nella conduzione dell'impresa e nelle prerogative dell'imprenditore scatta solo e soltanto qualora quest'ultimo (o i suoi amministratori), pur debitamente allarmati, non abbiano assunto misure convincenti ed efficaci per affrontare tempestivamente i segnali, i "fondati

sospetti di crisi” (la procedura procede con l’intervento degli organismi di composizione e poi, in seguito, addirittura con quello giudiziale solo in caso di omessa o inadeguata risposta dell’organo amministrativo della società alla sollecitazione degli organi di controllo). Dunque: se il debitore, in prima battuta, è messo in grado di affrontare autonomamente la crisi tempestivamente rilevata, per quale ragione dovrebbero poi essere tutelate le sue prerogative, espressione della libera iniziativa economica, in caso di inerzia e mancata collaborazione? Un adeguato bilanciamento dei contrapposti interessi coinvolti nella vicenda non può portare a tutelare solo quelli dell’imprenditore a discapito di quelli dei creditor, che pure trovano copertura a livello costituzionale.

2. Le procedura d’allerta prefigurate dal disegno di legge Rordorf devono essere funzionalmente volte a “incentivare l’emersione anticipata della crisi e ad agevolare lo svolgimento di trattative tra debitore e creditor” (art. 4).

L’individuazione del momento in cui l’impresa entra in crisi e la definizione di tale concetto diventano allora necessarie non solo al fine di sensibilizzare imprenditori e relativi consulenti sulla necessità di adottare gli opportuni provvedimenti e responsabilizzare gli organi di controllo societari sulla esigenza di sollecitare agli amministratori la proposizione di una strategia di risanamento e il conseguente piano, ma soprattutto, altresì, per assicurare l’efficace operatività pratica dell’istituto di allerta (il disegno di legge fa riferimento ai “fondati indizi di crisi”) (Quagli; Cataldo che valuta in modo critico l’espressione utilizzata nel disegno di legge. per definire la crisi, ritenendo che quando c’è già la probabilità di una futura insolvenza (ovvero vi sono fondati indizi della sua sussistenza) è già troppo tardi per fronteggiare tempestivamente la situazione evitando una procedura concorsuale; per l’importanza del collegamento fra la disciplina delle procedure d’allerta e la definizione di crisi v. anche Ferro).

I principi relativi alle procedure di allerta si collegano, perciò, alla previsione, anch’essa contenuta nel disegno di legge, dell’introduzione di “una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza” (2.1.c).

Al riguardo insorgono, tuttavia, molte questioni che dovranno essere affrontate dal legislatore delegato e che non appaiono affatto di semplice soluzione.

In particolare: che tipo di nozione di crisi deve essere adottata? Si deve cioè adottare una nozione giuridica di crisi - come sembrerebbe adombrare il disegno di legge, nell'indicare come criterio guida per il legislatore delegato la ricorrente definizione di crisi come probabilità di una futura insolvenza - o si deve attingere alle nozioni tecniche della scienza aziendalistica ossia declinare la definizione di crisi come "probabilità di insolvenza" in senso aziendalistico? La questione appare assai difficile da dirimere, se solo si pensa che attenta dottrina ha recentemente distinto una nozione di crisi elaborata in prospettiva giuridica e una nozione elaborata nella prospettiva aziendalistica (Fabiani).

A chi scrive pare che: i) l'introduzione delle procedure d'allerta ha senso solo se si riesce a individuare con un margine esiguo di approssimazione il momento a partire dal quale sorge il presupposto per la sua attivazione; ii) il che rende, di conseguenza, indispensabile una *declinazione operativa* della crisi intesa come "probabilità di insolvenza", la quale, a sua volta, sembra implicare iii) l'utilizzo di un approccio aziendalistico nella definizione di quest'ultimo sintagma. Solo il ricorso ad un approccio del genere consente di fissare in modo sufficientemente preciso il momento a partire dal quale l'impresa entra in crisi, in modo che essa possa essere tempestivamente rilevata (Fabiani; ma in senso contrario, parrebbe Panzani, che, quale componente della Commissione, riferisce che essa ha ritenuto di non accogliere il suggerimento di taluno dei suoi componenti che voleva una definizione più tecnica di crisi riferita agli indici di bilancio, in quanto, sebbene questi ultimi siano lo strumento tecnico da cui il giurista può ricavare la sussistenza di fondati indizi di crisi, in una definizione legislativa il rinvio ad una nozione ragionieristica non sarebbe di agevole utilizzo. E qui ritorna lo iato fra nozione giuridica e nozione aziendalistica di crisi evidenziato da Fabiani (v. sopra).

Fra le numerose definizioni di matrice aziendalistica che possono essere utilizzate nel tentativo di individuare una declinazione operativa del concetto di crisi, quella che appare preferibile, perché maggiormente coerente con la nozione prospettata dal disegno di legge (probabilità (futura) di insolvenza), appare quella c.d. "interna-previsionale" che i) si basa su piani finanziari aventi ad oggetto la ricostruzione dei flussi di cassa prospettici; ii) si qualifica "previsionale" nella misura in cui i piani espongono la futura dinamica gestionale e non si basano sui consuntivi

della gestione trascorsa. Si può percepire agevolmente che, definendo in termini generali la crisi come probabilità (futura) di insolvenza, tale approccio sia quello più logico in quanto si preoccupa di valutare contabilmente quale sarà il momento futuro in cui l'azienda diverrà insolvente, ossia senza più disponibilità finanziarie per adempiere le obbligazioni assunte (Quagli).

Applicando tale approccio, la crisi deve essere intesa come *sistematica incapacità dei flussi di cassa reddituali attuali e prospettici a fronteggiare l'adempimento delle obbligazioni assunte e pianificate tramite il normale andamento gestionale*. L'allerta dovrebbe, dunque, scattare in presenza di fondati segnali di una situazione del genere, percepiti per mezzo dei piani finanziari.

In alternativa, si potrebbe pensare di collegare l'attivazione delle procedure di allerta ad una rivisitazione della disciplina del bilancio delle imprese commerciali, ad esempio rendendo obbligatoria la pubblicazione da parte degli organi di amministrazione o di controllo dell'esito di verifiche condotte con i più comuni "indici" della salute dell'impresa (tra i quali quelli che misurano il rapporto tra capitale proprio e indebitamento, quelli che misurano il rapporto tra la progressione dell'indebitamento complessivo e la progressione dei ricavi, ecc.), e la illustrazione, all'occorrenza, dei rimedi adottati per modificare le risultanze che ne emergano, se insoddisfacenti (Cataldo).

Del resto l'inadeguatezza delle definizioni invalse nella riflessione giuridica dello *starting point* della crisi e la necessità di attingere alle regole e alle tecniche della scienza aziendalistica (ed in particolare alla nozione di continuità aziendale) è da tempo sostenuto da autorevole dottrina (Mazzoni, *la società per azioni oggi*, 531 ss., che parla, come si fa qui, di "workable notion"; Montalenti, *RDS*, 2011, 827 ss.; Abriani); e trova conferma nell'ordinamento francese che ha costituito il modello dei principi del disegno di legge sulle procedure d'allerta, nel quale l'allerta ha come presupposto per la sua attivazione fatti suscettibili di compromettere la *continuité de exploitation* (assimilabile al *going concern* anglosassone, che è una nozione di matrice aziendalistica, volta a rilevare la salute finanziaria dell'impresa (Vidal) al pari della nozione di crisi che si suggerisce di recepire nel nostro ordinamento).

Peraltro, il presupposto dell'avvio delle procedure in esame non è individuato nella crisi, ma nei "fondati indizi di crisi", demandando,

dunque, al legislatore delegato l'ulteriore problema di individuare anche questi ultimi. Al riguardo, nonostante l'indicazione di segno opposto che pare provenire dai lavori della Commissione Rordorf (v. Panzani sopra), appare necessario attingere all'esperienza francese dove l'esigenza ineludibile di individuare puntualmente il momento nel quale l'impresa entra in *difficultè* per avviare la procedura d'allerta è soddisfatta mediante il ricorso ad alcuni c.d. *clignotants* quali i *ratios* definiti come rapporti fra due poste di bilancio oppure l'esistenza di rapporti in scadenza non rinnovati, notifiche di protesti, inadempimenti di contributi previdenziali o debiti fiscali (sugli indici capaci di mettere in pericolo la continuità v. Norme di esercizio professionale 570, elaborate dalla compagnia nazionale dell'ordine dei *commissaires aux comptes*: indici finanziari (capitale proprio negativo, insufficiente capacità di autofinanziamento, perdita di mercati fondamentali, dimissioni di impiegati chiave).

Il problema che può prospettarsi ove la normativa delegata si orienti per l'adozione della nozione di crisi qui suggerita è, tuttavia, rappresentato sia dal fatto che i) la pianificazione finanziaria non è ancora una prassi manageriale diffusa capillarmente: molte imprese, anche non necessariamente di minore dimensione, sviluppano dei *budget* solo economici e con orizzonte temporale raramente superiore al termine dell'esercizio successivo. Definire la crisi nei termini suddetti e attribuire conseguentemente agli organi di controllo la responsabilità in chiave di attivazione dell'allerta dovrebbe costringere, come conseguenza, le imprese ad un maggior ricorso a tale strumentazione previsionale; sia dal fatto che ii) i piani presentati dall'imprenditore, costituenti, come detto, i documenti fondamentali sui quali fondare la tempestiva rilevazione della crisi al fine di far scattare l'allerta, possono essere inattendibili, sebbene redatti in buona fede, nell'ipotesi in cui si prospetti per il futuro una situazione migliore di quanto uno scrutinio attento consenta facilmente di rilevare. In questo senso è importante la discussione svoltasi sul ruolo delle attestazioni del revisore contabile indipendente di cui all'art. 67 e seguenti dell'attuale legge fallimentare, che ha fatto acquisire piena consapevolezza ai professionisti dell'importanza di rigorosi *standard* per la valutazione dei piani. Il che è sfociato poi nella emanazione e applicazione

dei “Principi di attestazione dei piani di risanamento”¹. La graduale affermazione fra i professionisti di crescenti capacità nella valutazione critica dei piani di impresa è anche favorevolmente supportata, infine, dalla ormai necessaria predisposizione di piani quali presupposto per certe valutazioni di bilancio (*impairment* di avviamento e partecipazioni, recupero imposte anticipate, ecc.) (Quagli).

3. La “workable notion” di crisi qui suggerita, dalla quale dipende la puntuale e precisa individuazione del momento in cui sorge il dovere di avviare la procedura d’allerta, si collega a due ulteriori considerazioni, una attinente ai principi contenuti nel disegno di legge, ma in un diverso articolo rispetto a quello dedicato alla tempestiva emersione della crisi, e l’altra che trae spunto dall’indagine di diritto comparato.

È evidente lo stretto legame sussistente fra la previsione delle procedure d’allerta di cui all’art. 4 del d.d.l. e quella dell’art. 13.1.b) (Vella, soc. 2016, Ferro, fall., 2016) che, fra le modifiche al codice civile, impone al legislatore delegato di introdurre 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.

Nella seconda parte, ossia quella che fa riferimento al dovere di attivarsi per predisporre adeguate contromisure alla crisi, fra le quali deve essere annoverata anche la procedura d’allerta, il principio non appare particolarmente innovativo dal punto di vista oggettivo, limitandosi a sancire a livello di diritto positivo gli obblighi che la dottrina ha negli ultimi anni già configurato in capo ai gestori di una società entrata nella c.d. *twilight zone*: si fa, in particolare, riferimento agli obblighi di previsione e di prevenzione delle situazioni di crisi o di pre-crisi degli amministratori. Costoro vengono ritenuti destinatari del dovere di monitorare la situazione economica/ finanziaria/ patrimoniale/ organizzativa, così come tutti i parametri la cui valutazione risulti necessaria a rilevare la presenza di uno stato patologico di crisi, al fine di

¹ Consultabili sub

<http://www.cndcec.it/Portal/Documenti/Dettaglio.aspx?id=68b9d9a9-be96-4eb3-87c3-98d2dc7792ab>

conoscerne tempestivamente l'eventuale esistenza e, conseguentemente, di adottare prontamente le contromisure necessarie ad affrontarlo e a favorirne il superamento. Gli amministratori sono tenuti alla "valutazione prognostica circa l'evoluzione della situazione ed in particolare del rischio dell'emergere dell'insolvenza o anche di uno stato di crisi, nonché [all']individuazione dei rimedi atti a fronteggiarla nel migliore dei modi...gravanti in via di principio sugli *organi* delle singole società" (MIOLA, (nt.7), 2695 ss., ove si noti il riferimento generico a tutti gli organi della società. Sui doveri dei gestori in funzione di previsione e di prevenzione della crisi v. anche BRIZZI, (nt.93), 194 ss.; proposta di direttiva UE sull'insolvenza) e a "delineare costantemente gli scenari futuri dell'attività d'impresa, attraverso un'appropriata pianificazione industriale, strategica e finanziaria" così come a "*predisporre adeguate cautele atte ad anticipare e prevenire il sorgere di una crisi*" (MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, a cura di Balzarini, Carcano, Venturozzo, Milano, 2007, 406; MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in *Studi in onore di Belviso*, I, Bari, 2011, 607 ss.; MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 826 ss.; STRAMPELLI, (nt.100), 617 ss.; BRIZZI, (nt.93), 194 ss.)

I doveri sopra descritti trovano corrispondenza, nell'art. dedicato alle procedure d'allerta, nel ruolo centrale che è attribuito agli amministratori della società, ai quali, una volta ricevuta la segnalazione dai soggetti a ciò legittimati ai sensi del disegno di legge, spetta di giocare il primo *round* della procedura stessa, ossia di attivarsi per adottare adeguate contromisure, conformando la gestione della società alla nuova peculiare situazione che essa si trova contingentemente ad affrontare. E trova corrispondenza, inoltre, nel diritto comparato, essendo anche in Francia i destinatari della segnalazione dei soggetti legittimati, principalmente ed in prima battuta, gli organi apicali della società preposti alla sua gestione (Guyon).

La novità più interessante della previsione relativa all'introduzione nel codice civile di specifici poteri-doveri di attivazione degli organi sociali per l'adozione di adeguati rimedi alla situazione di declino se non di vera e propria crisi nella quale è entrata o rischia di entrare l'impresa è allora costituita dal profilo soggettivo di tali poteri-doveri, ossia dal riferimento

generico agli organi sociali (ma v. già, in tal senso Miola cit.) e, dunque, non soltanto agli amministratori - sui quali si è prevalentemente concentrata l'attenzione della dottrina che ha affrontato l'argomento e che, in base al diritto vigente, detengono il monopolio (nel senso che sono l'unico organo nella struttura organizzativa della società), salva una diversa previsione statutaria, della scelta se attivare una delle possibili procedure per la regolazione della crisi o dell'insolvenza previste dal nostro ordinamento - ma anche al collegio sindacale.

Anche sotto questo profilo, tuttavia, il disegno di legge non fa che recepire quanto già prescritto a livello di *soft law* dalle recenti norme di comportamento elaborate dal CNDCEC che stabiliscono (Norma 11.1. Prevenzione ed emersione della crisi) che *“il collegio sindacale, nello svolgimento della funzione riconosciutagli dalla legge, vigila che il sistema di controllo e gli assetti organizzativi adottati dalla società risultino adeguati a rilevare tempestivamente segnali che facciano emergere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come una entità in funzionamento.*

Il collegio sindacale può chiedere chiarimenti all'organo di amministrazione e, se del caso, sollecitare lo stesso ad adottare opportuni provvedimenti.

Quindi nel commento di tale principio, si legge che *“.....Di talché ogni volta in cui il collegio sindacale, anche a seguito dello scambio di informazioni con l'incaricato della revisione legale, ritenga che il sistema di controllo interno e gli assetti non risultino adeguati a rilevare segnali che possano far emergere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa a continuare ad operare come entità in funzionamento è opportuno che:*

- *Il collegio richieda all'organo amministrativo di fornire informazioni e chiarimenti in merito (cfr. Norme 4.2. e 5.2.);*
- *il collegio richieda all'organo amministrativo di intervenire tempestivamente ponendo in essere provvedimenti idonei a garantire la continuità aziendale nel caso di conferma dei dubbi o di insufficienti informazioni e chiarimenti da parte degli amministratori;*
- *il collegio vigili sull'attuazione dei provvedimenti adottati dall'organo amministrativo, sollecitando, se del caso, l'adozione anche di uno degli istituti di composizione negoziale della crisi.*

È auspicabile che il collegio sindacale vigili attentamente effettuando controlli e ispezioni tanto più mirati quanto più evidenti siano i segnali di crisi.”

In sostanza, sebbene nelle norma di comportamento non si faccia esclusivo riferimento alla crisi, quanto al più generale problema della continuità aziendale, l'organo di controllo è tenuto, in base alla *best practice*

relativa alla sue funzioni, a richiedere, a sollecitare l'impiego di strumenti di pianificazione capaci di prospettare probabili insolvenze (Abriani).

Le norme di comportamento del collegio sindacale, peraltro, potranno costituire un utile riferimento per il legislatore delegato nel concretizzare i compiti e le attività che i sindaci sono chiamati a espletare nell'assolvere alla funzione di "campanelli di allarme" loro attribuita dall'art. 4 e nell'adempiere l'obbligo di tempestiva rilevazione della crisi previsto al menzionato art. 13 del disegno di legge.

Il ruolo che le regole deontologiche e il disegno di legge attribuiscono al collegio sindacale nella crisi sembra, inoltre, corrispondere a quanto da tempo sostenuto da autorevole dottrina in merito alla necessità di una rivisitazione sistematica della nozione di controllo endoscietario: essa si emancipa da una visione antiquata di mera verifica *ex post* ed assurge a pieno titolo a elemento coesenziale dell'esercizio dell'impresa. Nell'ambito dei principi relativi alle procedure d'allerta si assiste al chiaro recepimento da parte del legislatore - in particolare nel dialogo prefigurato fra gli organi preposti al controllo gestorio e contabile e gli amministratori ai sensi del 4.1.b) - di una nuova concezione del controllo che - come da tempo suggerito in numerosi scritti dalla dottrina (Montalenti, *ex multis* in Riv. soc. 2013, Abriani, Lombardi e già da Ferro Luzzi e da Stella Richter) - evolve in elemento coesenziale dell'esercizio dell'impresa e del potere amministrativo. In altri termini il controllo non è più estrinseco ma diviene intrinseco alla funzione gestoria. Per quanto qui interessa, il controllo assurge a strumento che consente, tramite la rilevazione tempestiva della crisi, di indirizzare la gestione dell'impresa verso l'adozione di adeguate misure volte a superare i fattori che l'hanno cagionata e di rilevare tempestivamente il rischio del venir meno della continuità aziendale (Abriani, Lombardi).

In particolare la rilevazione dei rischi (*risk assessment*) e il controllo degli stessi (*risk management*) assurgono sì a condotta doverosa, per espressa previsione regolamentare, nei settori vigilati, ma, a ben vedere, in ragione delle clausole generali integrate dalle fonti eteronome della tecnica aziendale e della *best practice*, divengono elemento essenziale, sia pure declinato in forme più o meno complesse secondo le dimensioni dell'impresa, della corretta gestione di ogni società (Montalenti, RDS).

Alla luce delle superiori considerazioni, le previsioni del disegno di legge (sia quella di cui all'art. 4.1.b) sia quella dell'art. 13.1.b)) non sembrano

avere un contenuto realmente innovativo, quanto piuttosto una funzione di interpretazione autentica di doveri già ricavabili dal diritto vigente (:in questo senso Lombardi, il quale afferma che la mancata tempestiva adozione da parte degli amministratori di misure idonee a prevenire o fronteggiare la crisi configura un'irregolarità gestionale contraria ai principi di corretta amministrazione, che i sindaci hanno il dovere di rilevare già ai sensi dell'art. 2403 c.c. "l'attuale sistema normativo già attribuisce all'organo di controllo i poteri per svolgere un ruolo pro-attivo nel caso in cui l'impresa si trovi in crisi:...tali poteri rientrano nel generale dovere dell'organo di controllo di vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e...in particolare sull'adeguatezza degli assetti") o di recepimento di regole enucleate a livello di *soft law*.

Massima importanza assume, nel sistema delineato dal d.d.l., - come peraltro segnalato dalla dottrina - l'attivazione di adeguati flussi informativi dall'organo di controllo interno verso gli amministratori, ai quali fa implicito riferimento anche il disegno di legge nella prima fase delle procedure di allerta e che costituiscono parte integrante degli assetti adeguati (Abriani) (la predisposizione dei quali è prevista come oggetto di uno specifico obbligo degli organi sociali dall'art. 13.1.b)

5. Qualche rilievo ulteriore merita, ancora, il ruolo centrale attribuito dal disegno di legge al collegio sindacale nella rilevazione dei segnali di crisi e nell'attivazione della procedura. Si è detto che la scelta, da una parte, recepisce regole elaborate dall'ordine professionale di riferimento di coloro che sono chiamati a ricoprire la carica di sindaco. Essa riflette, altresì, la convinzione che gli organi di controllo (tanto contabile quanto gestori) rivestano una rilevanza centrale nella prevenzione delle crisi aziendali, rilevandone tempestivamente e anticipatamente i sintomi, tramite una periodica valutazione dei dati aziendali che ne impone la rilettura anche da parte dei *managers* (Moretti).

Ma sotto questo profilo - si è sostenuto - è difficile ritenere che i sindaci possano percepire una crisi che si approssima prima e meglio di quanto non siano in grado di fare autonomamente i gestori della società (Panzani, che pure contraddice tale assunto).

Probabilmente il potere-dovere di allerta attribuito ai sindaci può essere spiegato, allora, dalla necessità di attribuire lo stesso ad un organo che, sebbene espressione della maggioranza, viene ritenuto dal legislatore (ma

già, lo si è detto, anche dalle norme di comportamento dell'ordine dei commercialisti) – probabilmente per la funzione che è chiamato ad assolvere e per i requisiti di indipendenza e di professionalità imposti ai suoi componenti – come meno vicino alla e dunque meno influenzabile dalla proprietà dell'impresa – tradizionalmente ritrosa a far emergere la situazione di crisi – e, per questo, maggiormente capace di instaurare con l'imprenditore e i gestori di sua espressione una dialettica efficace e seria (e non improntata ad un cieco o interessato ottimismo, che normalmente è proprio dell'imprenditore/gestore o dei gestori terzi, ma comunque suoi fiduciari (Jorio, Calvosa)) sulla situazione in cui versa l'impresa e sulle sue prospettive future. Si è infatti parlato della capacità dei sindaci di temperare con il distacco critico e il sano "pessimismo della ragione", l'"ottimismo della volontà" che connota l'approccio dell'imprenditore e dei *managers*, ma che si è rilevato particolarmente pernicioso nei contesti di pre-crisi (Abriani). D'altronde, anche a livello intuitivo la capacità dei sindaci di acquisire una visione più oggettiva e disincantata della situazione attuale e delle prospettive future della società pare conseguenza del fatto che costoro non sono gli autori della gestione che eventualmente ha causato la crisi (né sono titolari di interessi "propriari" sull'impresa che possono condurre a guardare con diffidenza l'attivazione di procedure implicantemente sacrifici o addirittura l'ingerenza di terzi nelle scelte relative alla sua conduzione).

Deve apprezzarsi che la delega legislativa persegue l'obiettivo di richiamare alle loro responsabilità gli organi di controllo, inducendoli a porre l'imprenditore in crisi nella situazione di comprendere e affrontare la necessità di intervenire (vincendo, all'occorrenza, le remore che tipicamente lo inducono all'inerzia, quali un'irrazionale fiducia in una modificazione della situazione di mercato, una resistenza ad accettare l'eventualità di una cessione dell'impresa ad un concorrente, o altro ancora). La ventura disciplina potrà forse spezzare il circolo vizioso che si realizza, sin dalle prime avvisaglie della crisi, nei rapporti tra l'imprenditore in difficoltà e gli organi di controllo, che sono scelti da lui stesso, e quindi spesso indotti, per l'interesse alla continuità dell'incarico, o per la solidarietà che nasce dalla consuetudine dei rapporti, ad assecondarne gli espedienti per celare o "tamponare" la crisi, piuttosto che a suggerire energicamente le drastiche misure occorrenti per evitare un probabile aggravamento delle difficoltà (Cataldo). E al riguardo

importante appare anche il contributo che saprà dare il legislatore delegato, introducendo eventualmente specifiche fattispecie di responsabilità a carico dei soggetti legittimati a segnalare l'allerta (v. oltre).

6. In relazione alla legittimazione a far suonare l'allerta attribuita al revisore o alla società di revisione, anch'essa inedita rispetto alle previsioni del diritto vigente in merito alla competenza ad avviare una procedura di soluzione della crisi nella società, si può dire che questi ultimi, proprio in considerazione della nozione di crisi suggerita, che – come detto – non può prescindere dal riferimento alle categorie dell'economia aziendale, parrebbero in effetti essere nella condizione, in ragione della loro specifica professionalità e della funzione di controllo contabile loro assegnata, di rendersi conto, dalla contabilizzazione dei fatti di gestione e da indicatori di bilancio, che è in atto una crisi, con tempi e modalità diverse rispetto agli amministratori e dunque, in talune ipotesi, anche meglio e prima degli stessi amministratori, specie in realtà molto complesse, quali le società con titoli quotati su mercati regolamentati. Non è un caso se in Francia, "*propulsori della procédure d'alerte*" siano proprio i "*commissaires aux comptes*", ai quali l'ordinamento attribuisce il potere di indagare e ricevere comunicazione dalla società circa la gestione dell'attività d'impresa, nonché un vero e proprio *potere/dovere di allarme* al manifestarsi di fattori che comportino una rottura della *continuité de exploitation*. E se anche la proposta di direttiva UE sull'insolvenza prevede (considerando 16) la possibilità di "incoraggiare od obbligare, a norma del diritto nazionale, i terzi in possesso di informazioni rilevanti, come i contabili a segnalare gli andamenti negativi".

In sostanza il ragionamento che può giustificare la scelta del legislatore nostrano (come anche di quello francese al quale il primo si è ispirato) è il seguente: se una nozione aziendalistica di crisi appare indispensabile per stabilire quando scatta il dovere di allerta (v. sopra, Fabiani, Mazzoni), allora il revisore legale è colui che prima e meglio di altri soggetti può cogliere tempestivamente i segnali di crisi, ragione per cui è reso protagonista dell'avvio delle procedure d'allerta.

Non meraviglia, peraltro, l'accostamento come legittimati ad attivare le procedure d'allerta di entrambi gli organi di controllo della società, anche in considerazione dei flussi informativi che essi possono instaurare

nell'espletamento delle rispettive funzioni (art. 2409 *septies* c.c.). Circostanza valorizzata, come accennato, anche nelle norme di comportamento del collegio sindacale elaborate dal CNCDEC (Abriani, Lombardi). Tali flussi informativi appaiono particolarmente importanti per consentire ai sindaci e al revisore di adempiere all'autonomo dovere addossato agli uni e all'altro dal disegno di legge, ancorché diversi siano i ruoli e le funzioni dei due organi. Come dire: il disegno di legge "scommette" sulla capacità dell'organo di controllo interno e del revisore di rilevare efficacemente la crisi ad uno stadio embrionale non solo per le funzioni che essi adempiono separatamente, ma anche per la possibilità che essi hanno di assolvere ai loro diversi compiti sinergicamente.

Anche rispetto al ruolo del revisore si può rilevare - al pari di quanto già detto per i sindaci - che la previsione del disegno di legge costituisce il recepimento a livello normativo della *best practice*: in particolare il documento n. 570 della Commissione paritetica per i principi di revisione dispone che nella propria relazione il revisore deve rilevare quegli indicatori che possono far sorgere "dubbi significativi" sulla persistenza della continuità aziendale. In tale ipotesi il revisore deve "esaminare e valutare i piani futuri della direzione; ottenere elementi probativi sufficienti ed appropriati che confermino la fattibilità dei piani della direzione; richiedere alla direzione attestazioni scritte relativi ai piani di azione futuri". È evidente come tali previsioni delineino compiti e funzioni del revisore assai vicini a quelli a lui attribuiti anche dall'art. 4 d.d.l.

7. Dal principio del disegno di legge delega che prevede l'introduzione nel codice civile del dovere degli organi sociali di rilevazione tempestiva della crisi (mediante la costituzione di assetti adeguati), 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, lett. b)) si può ricavare che il mancato ricorso alle procedure d'allerta, dovuto alla non tempestiva rilevazione dei fondati indizi della crisi o al fatto che essi sono stati trascurati, costituisce una violazione di un dovere specifico, che sarà compito del legislatore delegato delineare (Calvosa; si noti che sotto questo profilo l'ordinamento italiano venturo sembrerebbe più avanzato e preciso di quello francese preso a modello, nel quale vi è incertezza nella giurisprudenza teorica e pratica sull'individuazione delle

obbligazioni incumbenti sui *commissaires* in funzione dell'attivazione dell'allerta: i lavori parlamentari indicano che essi non sono tenuti a svolgere investigazioni particolari, soprattutto quando non sussistano indici apparenti di difficoltà: Lienhard; Guyon). È verosimile, altresì, che in sede di attuazione del disegno di legge, verrà introdotta anche una responsabilità specifica per la violazione di tale dovere, essendo tradizionalmente sostenuta la tesi secondo cui obbligo giuridico e sanzione si implicano reciprocamente (Guastini).

Del resto anche in Francia il potere di allerta dei *commissaires aux comptes* ha carattere obbligatorio e ciò comporta evidenti riflessi in termini di responsabilità (Lienhard, Barbieri, Kling, Cass. comm., 23 febbraio 2007).

Al proposito, si deve, tuttavia, aggiungere che, nonostante la riservatezza e il carattere confidenziale che la procedura dovrebbe avere secondo le previsioni della riforma, l'avvio disinvolto dell'allerta può cagionare danni alla società e alla continuità aziendale (soprattutto in termini di perdita di fiducia dei suoi *partner*, sia commerciali che finanziari), sicché molto delicata si rivela la posizione tanto dei sindaci quanto del revisore legale quali soggetti al contempo legittimati e obbligati (dunque, titolari, in quanto tali, di un potere-dovere) ad avviare la procedura di allerta, ma che possono anche danneggiare la società (e con essa i suoi creditori) laddove questa, anziché scattare in modo appropriato, si riveli scelta affrettata (Barbieri; sul profilo della responsabilità risarcitoria conseguente alle scelte compiute dagli organi sociali (in particolare gli amministratori) nell'attivare gli strumenti di soluzione della crisi predisposti dall'ordinamento v. da ultimo, *ex multis*, Abriani).

Al proposito in Francia, dove non esiste una previsione sanzionatoria specifica per i *commissaires aux comptes* per cui si deve far riferimento alla norma generale *ex art. L822-17 c.comm.*, si ritiene che tali soggetti non possano essere chiamati a rispondere per aver attivato l'allerta in mancanza del presupposto del venir meno della *continuité de l'exploitation* (Guyon), salvo l'ipotesi di dolo (aver volontariamente attivato l'allerta per danneggiare la società: Chaput). Si ammette al contrario la loro responsabilità in caso di omissione dell'allarme, di attivazione tardiva, di negligenza o imprudenza, allorché il controllore non sia in grado di rilevare gli indici di difficoltà di cui avrebbe dovuto avere conoscenza. La responsabilità dei controllori è comunque valutata in modo molto lasco nell'ordinamento transalpino (Merle, T. Parigi, 19/02/1993, secondo cui

l'iniziativa del commissario di attivare l'allerta non può essere giudicata colposa nonostante l'inesistenza di tutti i fatti suscettibili di mettere in pericolo la continuità d'impresa; Cass. comm., 3 dicembre 1991, 488).

8. Dalle osservazioni sopra proposte a proposito sia del collegio sindacale che del revisore emerge che nell'attuale assetto organizzativo parrebbero già esistere i presidi e gli strumenti che conferiscono un ruolo specifico all'uno e all'altro nel caso di crisi dell'impresa. Ci si potrebbe, dunque, chiedere: perché introdurre nuovi specifici obblighi per gli organi di controllo, come si è scelto di fare nel disegno di legge in merito alle procedure di allerta?

L'utilità della scelta legislativa deriva, probabilmente, dall'esigenza di spezzare quel circolo vizioso che molto spesso si viene a creare fra soci e organo di controllo (che i primi nominano) per il quale i membri dell'organo di controllo confondono illegittimamente la loro carica con la figura del consulente dei soci (spesso anche amministratori, come detto) con il risultato di mantenere un ruolo inerte e tollerante anche a fronte dell'emergere di segnali di allarme rispetto alla continuità aziendale (Lombardi e sopra).

9. Per rispondere al quesito appena sopra formulato, occorre altresì sottolineare che il sistema risultante dal disegno di legge appare piuttosto innovativo nell'attribuire agli organi di controllo una competenza diretta ad attivare una procedura anche senza la collaborazione dell'organo gestorio, facoltà che il diritto vigente non contempla (v. art. 161 per il concordato, che richiama l'art. 152, da alcuni ritenuto estendibile anche agli accordi di ristrutturazione (Valensise)): *de iure condito*, gli organi di controllo, se possono essere considerati in via interpretativa - come detto - già titolari del dovere di rilevare i segnali di crisi dell'impresa (Abriani), non possono direttamente avviare nessuno strumento volto alla soluzione della stessa, non avendo altra scelta che sollecitare o gli amministratori o il pubblico ministero per quanto concerne il fallimento.

Ai sensi del disegno di legge Rordorf, invece, gli organi di controllo acquistano la nuova significativa prerogativa di poter direttamente avviare la procedura d'allerta, certo passando prima per la segnalazione ai gestori, ma potendo, successivamente, fare a meno della loro collaborazione, rivolgendosi, ove lo ritengano necessario, agli organismi di

composizione e avviando quindi una sequenza procedimentale che può portare alla pubblicizzazione della relazione dell'esperto nominato dal tribunale sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa. Pubblicizzazione la quale può, a sua volta, favorire l'iniziativa da parte di terzi per l'adozione di ulteriori rimedi per fronteggiare la crisi ormai conclamata all'esterno della società: per es., forse, un accordo di ristrutturazione (la dottrina espressa sulla disciplina vigente ritiene che la legittimazione a formulare la relativa proposta debba essere disciplinata in modo analogo alla legittimazione alla proposta di concordato, sicché, nonostante il silenzio dell'art. 5 ddl, se la riforma organica introduce la possibilità che il concordato (già dalla domanda) sia richiesto dai creditori, lo stesso dovrebbe valere anche per la proposta di accordo) e, certamente, un concordato tramite la formulazione di una domanda concorrente di cui all'art. 6.1.b) (fra l'altro si noti che la pubblicazione della relazione dell'esperto, per il suo contenuto, può assolvere la funzione di rimediare alle asimmetrie informative (Presti) sulla situazione dell'impresa fra imprenditore e suoi creditori, che influenzano non solo l'attivazione del concordato ma anche le soluzioni da prevedere nel relativo piano). Se tale ricostruzione è fondata, l'iniziativa attribuita agli organi di controllo quanto all'avvio di una procedura di allerta appare espressione della scelta di vertice della riforma organica di realizzare il superamento del monopolio del debitore rispetto all'apertura delle procedure per la soluzione della crisi, che trova la propria massima espressione nella previsione delle domande concorrenti di concordato preventivo (v. art. 6.1.b)).

Certo, per le procedure in esame, si adotta una scelta più *soft* rispetto a quella compiuta in relazione alla proposizione del concordato: in quest'ultima ipotesi la scelta del legislatore è stata addirittura quella di affidare la legittimazione a chiedere l'apertura del concordato a terzi rispetto al debitore, mentre nel caso dell'allerta la legittimazione all'avvio della procedura spetta o a un organo (il collegio sindacale) della società o al revisore a essa comunque legato. Ma si tratta comunque di soggetti ritenuti meno vicini all'imprenditore, da lui meno influenzabili e perciò maggiormente in grado di assolvere il compito di segnalazione tempestiva loro affidato, impedendo che si perda inutilmente tempo nell'affrontare una situazione ancora rimediabile.

È stato poi notato - in modo condivisibile - che l'opportunità della previsione di specifici doveri di impulso degli organi di controllo rispetto ai primi segnali di crisi deriva dall'esigenza ineludibile, se si vuole avere qualche speranza di superare anche una crisi ad uno stadio iniziale, di coinvolgere il ceto bancario. Quest'ultimo tende a far venir meno il sostegno all'impresa ai primi segnali di crisi, a causa, fra l'altro, dell'incertezza che si crea in questi casi sulla reale situazione patrimoniale ed economica dell'impresa, sulla validità dei rimedi che questa intende adottare nonché sull'efficacia delle misure individuate come correttivo. L'attivazione degli organi di controllo (così come l'intervento dell'organismo di composizione, che è terzo rispetto all'imprenditore) può contribuire a creare fiducia e trasparenza nel rapporto con gli istituti di credito (Lombardi).

10. Anche nella prima parte dell'art. 13.1.b), ove si prevede 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, il disegno di legge Rordorf recepisce istanze da tempo consolidate in dottrina. Che gli assetti organizzativi e i sistemi di controllo debbano essere adeguati non solo *to a going concern*, ma altresì a una efficace, completa, puntuale e tempestiva rilevazione dei segnali di crisi e che l'adeguatezza delle procedure alla segnalazione preventiva dei segnali di crisi sia elemento della adeguatezza degli assetti organizzativi è da tempo constatazione ricorrente in dottrina. In altri termini: la *governance* riveste un ruolo fondamentale nell'ambito della gestione della crisi (Montalenti, Sacchi, Abriani, Lombardi). Nella letteratura nostrana si è anche puntualizzato che il sistema di controllo interno deve essere finalizzato alla ricognizione dello stato di pre-crisi e non solo al controllo della gestione ordinaria (Montalenti, Abriani) e che adeguati flussi informativi interni alla società (soprattutto fra l'organo di controllo e i gestori, per rilevare la crisi, metterne a fuoco la natura e pianificarne le possibili forme di soluzione) sono parte integrante degli assetti organizzativi e concorrono alla (e ne garantiscono la) complessiva adeguatezza (Abriani).

Se questo è vero, allora l'adeguatezza delle "procedure di allerta" è oggetto dei doveri e delle responsabilità graduate degli organi delegati

(istituzione); del consiglio come *plenum* (valutazione) del collegio sindacale (vigilanza) (Montalenti, Lombardi).

11. Il riferimento agli assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e, di conseguenza, per consentire una tempestiva attivazione della procedura d'allerta, nel configurare una prescrizione normativa "aperta", suscettibile di essere specificata nel suo contenuto concreto dal legislatore delegato (coerentemente con la natura di legge delega del disegno di legge Rordorf, che pure è stato accusato di contenere una disciplina eccessivamente dettagliata), acquista interesse per valorizzare alcuni spunti che provengono dall'esame dell'esperienza d'oltralpe. In Francia risulta ormai consolidata la convinzione che la contabilità tradizionale, rivolta verso il passato (l'esercizio al quale si riferisce) sia assolutamente inadeguata e insufficiente alla corretta e tempestiva rilevazione dei sintomi di una crisi incipiente. Per questo motivo il *code de commerce* prescrive la redazione di documenti contabili *previsionnelle*, al fine di ricavare elementi informativi non solo più completi ma soprattutto orientati prospetticamente verso il futuro. L'art. R232-2 *c. comm.* impone (seppure soltanto alle società commerciali che soddisfino i presupposti indicati dalla legge) la redazione di una situazione dell'attivo disponibile e realizzabile, del passivo esigibile, un conto dei risultati previsionali, un quadro dei finanziamenti ed un piano relativo ai finanziamenti *previsionnel*. A differenza del bilancio ordinario, tali documenti previsionali non sono oggetto di pubblicità, poiché contengono informazioni che possono pregiudicare il credito dell'impresa, per cui la loro diffusione è ristretta a tre soggetti soltanto: i rappresentanti del personale, il revisore, il consiglio di sorveglianza. Gli associati ne sono informati solo in occasione dell'assemblea generale annuale. L'importanza dell'informazione contabile di natura previsionale deriva dalla necessità di prevenire *les difficultés*, in quanto si dice nella dottrina francese che "prévenir c'est prévoir et prévoir c'est aussi prévenir" (Guyon).

Una convinzione del genere risulta assolutamente condivisibile e suggerisce la necessità di predisporre anche da parte delle società italiane un insieme di documenti contabili previsionali, sull'esempio della disciplina commerciale francese. Tale previsione normativa potrebbe essere introdotta dal legislatore delegato proprio sfruttando il riferimento agli assetti contenuto nell'art. 13.1.b) dedicato alle modifiche da apportare

al codice civile. Sebbene il principio menzioni letteralmente solo gli assetti organizzativi e sebbene la legge stessa scolpisca all'art. 2381, 5 co., c.c. la differenza fra gli assetti amministrativi, organizzativi e contabili, appare assolutamente incongruo ritenere che il legislatore delegante prescriva, da un alto, l'introduzione di previsioni che impongano all'imprenditore di predisporre assetti organizzativi adeguati alla tempestiva rilevazione della crisi e consenta, dall'altro, di tralasciare l'adozione di assetti contabili funzionali al perseguimento del medesimo obiettivo. Ciò anche in considerazione del fatto che la tempestiva rilevazione della crisi costituisce uno degli strumenti volti a realizzare uno dei pilastri della riforma organica delle procedure concorsuali *in fieri*, ovvero la continuità aziendale e la conservazione delle imprese (che ai sensi dell'art. 2.1.g) del disegno di legge delega deve essere assicurata *con priorità*, in modo diretto o indiretto); e che la proposta di direttiva UE sull'insolvenza annovera (considerando n. 16) "Tra i possibili meccanismi di allerta...obblighi di contabilità". Si potrebbe addirittura arrivare a sostenere che, mentre come ricordato, in Francia l'obbligo di redazione della contabilità previsionale è limitato ad alcune soltanto delle società commerciali che presentino i requisiti dimensionali previsti dalla legge, pur essendo ammessa la redazione della stessa per scelta volontaria anche da parte dalle altre società commerciali, nel nostro ordinamento potrebbe essere introdotto un obbligo con una portata applicativa più estesa, stante la previsione estremamente generica, in quanto di principio, contenuta del disegno di legge.

Si deve al riguardo notare, peraltro, che la redazione di documenti contabili a carattere previsionale si impone anche alla luce della ricostruzione operativa della nozione di crisi che si è sopra suggerita, attingendo all'elaborazione della scienza aziendalistica, poiché l'accertamento della crisi si fonda proprio sui sopra descritti documenti contabili aventi una proiezione verso il futuro piuttosto che essere orientati alla rilevazione di fatti di gestione dell'esercizio passato. Un'espressa previsione normativa che imponga in futuro la redazione di una contabilità previsionale sul modello francese consentirebbe, infine, di superare lo scarso utilizzo di questo strumento nella prassi anche delle società medio grandi (Quagli).

12. Quanto ai soggetti legittimati a comunicare agli organi di controllo o all'organismo di composizione inadempimenti di rilevante importo (4.1.c)), il principio di delega menziona i "creditori qualificati", facendo seguire al sintagma una serie di esemplificazioni comprendenti l'agenzia delle entrate, gli agenti di riscossione delle imposte, gli enti previdenziali (in linea con il considerando 16 della proposta di direttiva Ue sull'insolvenza). La genericità dell'espressione non pare ostacolare la possibilità per il legislatore delegato di ampliare il novero dei soggetti tenuti ad effettuare la segnalazione, comprendendovi anche le banche: il rinvio alla nozione di "creditori qualificati" permette di affrontare il tema cruciale dei "grandi creditori" o "creditori istituzionali" in senso economico, come le banche, posto che l'elenco della lettera c) appare solo esemplificativo. Allargare la delega, coraggiosamente, a tali soggetti (o almeno a quelli di essi che abbiano svolto consistente funzione di provvista) significherebbe attrarre nella disposizione le pratiche di *rating* del mondo bancario, consentendo così di sfruttarne i modelli predittivi utilizzati (Ferro, fall., 2016).

13. Appaiono possibili problemi di coordinamento fra le procedure di allerta e il procedimento unico per l'accertamento della crisi, di cui il disegno di legge prevede l'introduzione all'art. 2.1.d). Più specificamente, il legislatore delegato dovrà disciplinare attentamente i previsti doveri degli organi di controllo, a carico dei quali i principi della delega pongono l'obbligo, da una parte, "di avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi e, in caso di omessa o inadeguata risposta, di informare direttamente il competente organismo di composizione della crisi" (ai sensi dell'art. 4.1.b)); e che, dall'altra, hanno anche la legittimazione ad agire per chiedere l'avvio del procedimento unico menzionato: si tratta di una previsione che andrà armonizzata con l'intento di preservare confidenzialità all'allerta, evidentemente a rischio, ad esempio, se un massimo grado di difficoltà fondi il potere-dovere dell'organo di controllo di agire per far accertare la crisi ai sensi dell'art. 2.1.d)) (in altri termini: dove si colloca in concreto il discrimine fra l'obbligo di allerta e quello di avviare il procedimento unico?). Problema che dovrà essere affrontato anche cercando di concretizzare, in modo da renderla quanto più possibile

operativa, l'espressione "fondati indizi della crisi", al ricorrere dei quali scatta l'obbligo degli organi di controllo di suonare l'allerta.

14. Del tutto assenti dalle procedure d'allerta come configurate dai principi del disegno di legge Rordorf sono i soci. Nell'ordinamento francese la situazione appare essere non esattamente analoga. Se, infatti, la prevalente dottrina ritiene che i soci non abbiano una legittimazione specifica per l'attivazione della procedura di allerta (Chaput, Guyon), è stato d'altro canto rilevato che costoro disporrebbero comunque di un potere idoneo ad attivare la procedura menzionata: ad essi è consentito chiedere ai dirigenti informazioni per iscritto, quando constatino fatti tali da compromettere la *continuité de l'exploitation* (Jaentin-Le Cannu). Tale potere di informazione, che si esplica in richieste scritte rivolte nei confronti degli organi gestori, è proprio sia dei singoli soci di s.r.l., sia degli azionisti che rappresentino almeno il 5% del capitale o di associazioni di azionisti. In Francia si rileva, tuttavia, la scarsa utilità del potere di allerta degli associati, posto che non è previsto alcunchè nel *c.comm.* né in ordine ai contenuti della risposta che deve essere fornita dagli organi gestori interpellati, né in caso di inerzia di questi ultimi rispetto alla richiesta di informazioni (Brunet-Germain).

Nell'ordinamento transalpino è, inoltre, contemplato un coinvolgimento dell'assemblea dei soci nell'ambito della procedura d'allerta, che ha come presupposto i) l'inerzia degli amministratori nella fase precedente rispetto alle sollecitazioni dei legittimati a segnalare la crisi o l'adozione di decisioni valutate (in particolare dai *commissaires aux comptes*) inidonee a garantire la continuità aziendale e ii) la sua convocazione dell'organo parte dei dirigenti su richiesta dei *commissaires aux comptes* o su loro iniziativa in mancanza di quella dei dirigenti. I soci hanno in tale fase la possibilità di visionare un rapporto speciale predisposto dall'organo di controllo contabile (che espone i fatti rilevanti, la loro evoluzione e le ragioni per le quali tali fatti sono considerati suscettibili di compromettere la continuità aziendale); l'ordine del giorno riguarda esclusivamente le misure di allerta; i soci possono rivolgere suggerimenti (non vincolanti) ai dirigenti oppure revocarli o agire nei loro confronti)

Per quanto attiene al nostro ordinamento, la Commissione Rordorf ha scartato la legittimazione soci che rappresentino un decimo del capitale sociale o un ventesimo nelle società che fanno ricorso al mercato del

capitale di rischio sia perché non sempre costoro hanno conoscenza della situazione, sia per evitare che la minoranza della compagine sociale si avvalga dell'allerta in modo strumentale (Panazani)

Ma per quanto attiene alla carente informazione dei soci, potrebbe valorizzarsi nel nostro ordinamento il diritto di informazione accordato ai socio di s.r.l dall'art. 2476, 2 co., c.c.

Altrettanto importanti per delineare anche nel nostro ordinamento un coinvolgimento dei proprietari del capitale nelle procedure volte a far emergere e ad affrontare tempestivamente la crisi in tutte le società di capitali sono gli spunti provenienti dalle norme di comportamento del collegio sindacale elaborate dal CNCDEC, nelle quali si prevede – proprio in relazione alle attività dei sindaci nella crisi d'impresa – il potere di convocare l'assemblea “nel caso di inerzia dell'organo di amministrazione ovvero qualora il collegio sindacale ritenga inadeguate le misure da quello eventualmente adottate... per informarla dello stato di crisi e del comportamento degli amministratori”; assemblea che potrà conseguentemente adottare i provvedimenti più opportuni (richiedere agli amministratori di adottare provvedimenti funzionali al superamento della crisi ovvero deliberare la revoca degli amministratori; al ricorrere dei presupposti di cui agli artt. 2446, 2447 e 2482-ter c.c., l'assemblea può deliberare, altresì, gli opportuni provvedimenti). Il presupposto fondamentale dell'intervento dell'assemblea è, naturalmente, l'adeguata informazione dei soci da parte dell'organo di controllo, da realizzare mediante

- la definizione in modo puntuale dell'ordine del giorno circoscrivendolo alla situazione di crisi;
- l'esposizione in apposita relazione dei fatti censurabili e delle informazioni acquisite;
- la divulgazione di documenti di supporto (ad esempio, riscontri effettuati, dati e informazioni ricevuti dall'organo di amministrazione o dal revisore legale) (norma 11.2 CNDCEC).

Si tratta peraltro di flussi informativi dall'organo di controllo interno ai soci che trovano già un fondamento di diritto positivo nell'art. 2429 c.c., che prevede che i sindaci espongano nella relazione di accompagnamento del bilancio “l'attività svolta nell'adempimento dei propri doveri” fra i quali verrà annoverato espressamente, a seguito dell'attuazione del disegno di legge, anche quello di percepire i segnali di crisi e di reagire

prontamente (dovere, si è detto, peraltro già riconducibile alla funzione di controllo dei sindaci ai sensi del vigente art. 2403 c.c.).

Come è agevole notare, si tratta di indicazioni perfettamente congruenti con quanto previsto per il ruolo dei *commissaires aux comptes* nell'ordinamento francese.

Infine, la previsione già menzionata dell'art. 13.1.b), sul dovere "degli organi sociali...di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale", utilizza un'espressione generica, riferibile anche all'assemblea dei soci, tramite la quale potrebbero, pertanto, essere recepiti gli spunti provenienti dall'ordinamento transalpino.

15. L'idea di affidare la negoziazione a un professionista incaricato dall'organismo di composizione della crisi, ma solo su richiesta del debitore (sull'esempio del *mandataire ad hoc* e del *conciliateur d'oltralpe*) è felice, perché l'esperienza mostra che i creditori non dialogano volentieri con l'imprenditore resosi insolvente o moroso o con un suo incaricato (se anche non pretendono, addirittura, di imporre un interlocutore di loro fiducia, come sempre più di sovente accade di vedere).

16. Non si è ha mancato di osservare in dottrina che proprio nel passaggio dal testo consegnato dalla Commissione Rordorf al Ministro della Giustizia a quello presentato al Parlamento alcune varianti hanno determinato una attenuazione dell'originaria maggior neutralità del ruolo della giurisdizione (M. Fabiani, *Riforma organica delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza - di un ordinato ma timido disegno di legge delega*, cit., 261; P. Vella, *La riforma organica delle procedure concorsuali*, cit., 737 parla di uno stravolgimento verso l'opzione ancora giudiziale, che l'*addendum* governativo avrebbe determinato sull'impianto confidenziale dell'assetto uscito dalla Commissione Rordorf; nello stesso senso era il timore già espresso da G. Lo Cascio, *Legge fallimentare vigente*, cit., 386-387 per un possibile ritorno ad un sistema di esclusiva eterotutela).

Alcuni autori hanno valutato in modo negativo il possibile coinvolgimento del tribunale, rilevando, in primo luogo, che proprio una previsione del genere, presente nella proposta della Commissione Trevisanato, ne aveva

determinato il mancato accoglimento, perché la si vide come un'indebita ingerenza nella libertà dell'imprenditore di gestire la crisi sino a quando questa non fosse sfociata in vero e proprio stato di insolvenza (Panzani, il quale sottolinea come la bozza licenziata dalla Commissione Rordorf, memore delle obiezioni sollevate contro la proposta della Commissione Trevisanato, aveva deciso di non introdurre l'intervento giudiziale nelle procedure di allerta e di affidarne lo svolgimento agli organismi).

C'è da notare come di tale modifica apportata rispetto al testo licenziato dalla Commissione Rordorf rimane traccia *nell'incipit* dell'art. 4 del d.d.l. dove si continuano a presentare le procedure d'allerta di seguito disciplinate come aventi "natura non giudiziale e confidenziale", caratteristiche entrambe che, al contrario, le procedure d'allerta possono perdere nel corso del loro svolgimento per il possibile intervento del tribunale e per la possibile pubblicizzazione della procedura stessa su iniziativa di quest'ultimo (art. 4 h) e i)).

Di primo acchito, l'intervento giudiziale nelle procedure d'allerta non pare, tuttavia, da valutare in modo negativo, intanto perché esso realizza la necessità di coartare in qualche modo la volontà dell'imprenditore per costringerlo a "prendere di petto" tempestivamente la situazione di difficoltà, vincendo la sua convinzione di poter riuscire a superare tale eventualità autonomamente. Tale risultato può essere conseguito tramite il previsto possibile intervento del tribunale nelle procedure d'allerta in quanto a) i gestori saranno indotti ad adottare adeguate contromisure ove tempestivamente avvertiti dei segnali di crisi proprio al fine di evitare il coinvolgimento del giudice; b) la procedura volta ad affrontare tempestivamente i segnali di difficoltà ha uno svolgimento che prescinde dalla cooperazione degli amministratori, con l'attivazione degli organismi prima e, in seguito, del tribunale. Si attribuisce così quel carattere parzialmente coercitivo alle procedure di allerta, che autorevole dottrina ha ritenuto il fondamento indispensabile di misure di prevenzione efficienti ed efficaci nel realizzare l'obiettivo (primario nel disegno di legge) di salvaguardare la continuità d'impresa (d'Alessandro; Jorio).

Non pare nemmeno che il previsto intervento giudiziale possa disincentivare l'attivazione della procedura d'allerta, data la tradizionale diffidenza degli imprenditori nostrani a subire ingerenze addirittura di carattere giudiziale nella conduzione della propria impresa (Assonime). Il meccanismo dell'allerta è stato, infatti, congegnato in modo da forzare

l'imprenditore ad affrontare tempestivamente le prime avvisaglie della crisi, i) affidando l'iniziativa agli organi di controllo, che, con la riforma, dovrebbero veder rafforzato il loro ruolo di vigilanza sul corretto esercizio dell'impresa e la loro posizione di autonomia e di indipendenza rispetto alla proprietà e ai gestori che devono sorvegliare. Stante il ruolo centrale nell'avviare l'allerta riconosciuto agli organi di controllo (ossia grazie allo spostamento del baricentro dell'iniziativa nell'avviare le procedure dall'imprenditore e dai gestori ai controllori), non sembra che la diffidenza dell'imprenditore per le procedure caratterizzate dal coinvolgimento del giudice possa acquisire un qualche rilievo. E ciò anche in conseguenza del fatto che la segnalazione della crisi e l'attivazione per adottare tempestivamente misure idonee al suo superamento diverranno nella normativa attuativa, secondo il combinato disposto degli artt. 4 e 13 d.d.l., oggetto di un specifico obbligo. A meno che non persista quel circolo vizioso che nella pratica spesso si crea fra controllori, controllati e proprietà dell'impresa che li nomina entrambi, che conduce ad un esercizio non corretto delle funzioni proprie dei primi; ii) destinando la segnalazione a soggetti esterni all'impresa (gli organismi di composizione) che possono avviare un procedimento, il cui svolgimento prescinde dalla collaborazione fattiva dei gestori o del debitore.

In ordine al coinvolgimento del giudice non paiono poi porsi possibili profili di illegittimità costituzionale per violazione della libertà di iniziativa economica dell'imprenditore che, in quanto in crisi e non ancora insolvente, deve mantenere il monopolio delle scelte discrezionali (v. sopra).

Peraltro, l'analisi comparatistica indica che il grado di ingerenza del tribunale nelle procedure d'allerta prefigurato dal disegno di legge Rordorf è assai inferiore a quello che caratterizza l'omologa procedura francese, il che costituisce forse l'aspetto sul quale il legislatore nostrano si è maggiormente discostato dal modello preso a riferimento, probabilmente conscio della necessità di non procedere ad un'acritica trasposizione di soluzioni straniere non adeguatamente rielaborate e adattate al contesto del nostro ordinamento.

Nel disegno di legge è possibile individuare i) una prima fase in cui la segnalazione della crisi rimane circoscritta entro la società (avendo come destinatari gli amministratori, che hanno la possibilità di fornire risposte adeguate e convincenti sulla segnalazione, impedendo il prosieguo della

procedura: art. 4 lett. b)); ii) una seconda fase che si attiva solo “in caso di omessa o inadeguata risposta” da parte dell’organo amministrativo della società, con l’intervento dell’organismo di composizione; e iii) una terza fase, che si avvia solo quando “non oltre la scadenza del termine di cui alla lettera e), l’organismo di composizione della crisi attesti” che l’imprenditore non ha messo in atto le misure idonee a porre rimedio alla crisi o “quando l’imprenditore non partecipi, senza giustificato motivo, al procedimento innanzi all’organismo”, nella quale l’organismo dà comunicazione dell’accaduto al presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale competente per il luogo in cui l’imprenditore ha sede.

Dunque l’intervento del tribunale è meramente *eventuale*, ossia condizionato al realizzarsi di ben precisi presupposti, la cui mancanza ne preclude l’attivazione, e costituisce in sostanza l’*extrema ratio* della procedura (l’intervento previsto all’art. 4 f) è rimesso alla richiesta del debitore).

Al contrario nell’ordinamento francese - probabilmente per ragioni culturali caratterizzanti quell’ordinamento, ove la particolare composizione e la risalente esperienza dei *Tribunaux de Commerce* hanno evitato che vi fossero remore nell’attribuzione a un organo giudiziale della vigilanza e direzione della stessa fase di *alerte*; oltre che per ragioni pratiche: il minore “sovraccarico” di lavoro nell’attività giudiziale - si prevede che il tribunale stesso detenga un autonomo potere di allerta come conseguenza del fatto che fortemente attenuato risulta essere là il tradizionale principio di non ingerenza del giudice nella gestione dell’impresa *in bonis* (Hael, Merle, Carmellino). Tale potere può essere esercitato quando il presidente del tribunale di commercio venga in qualsiasi modo a conoscenza di segnali che possano mettere a rischio la *continuité d’exploitation* (art. L611-2 c.comm.) e può portare alla convocazione dell’imprenditore, alla nomina di un mandatario *ad hoc*, all’avvio di una procedura di conciliazione (fra l’altro il presidente si vede attribuita una prerogativa molto ampia di assumere informazioni da svariate fonti, costituite soprattutto dai dati depositati presso le cancellerie: L611-2, 2 comma, c.comm.). Il codice francese riconosce, dunque, al presidente del tribunale di commercio il potere autonomo di farsi promotore della procedura e svolge in quest’ultima un ruolo che in sostanza è parallelo a quello assegnato dalle previsioni del disegno di

legge Rordorf agli organismi di composizione. Peraltro, anche qualora il tribunale non prenda l'iniziativa per l'avvio della procedura d'allerta, ma essa sia attivata - come frequentemente avviene - dai *commissaires aux comptes*, questi devono, nella prima fase, sì instaurare una dialettica sui segnali di crisi con i gestori, ma hanno altresì l'obbligo di informare della situazione il presidente del tribunale, per consentirgli l'esercizio delle sue prerogative. Il giudice, pertanto, ha notizia della situazione di difficoltà dell'impresa molto precocemente. Da questo momento il presidente del tribunale deve essere edotto di tutte le fasi successive della procedura d'allerta che si svolgono all'interno della società con il coinvolgimento di un numero crescente di organi, ivi inclusa l'assemblea dei soci. Dunque, in Francia il coinvolgimento del tribunale è *molto anticipato* rispetto a quanto prevede al riguardo il disegno di legge *in fieri*, oltre che *necessario*.

Se si vuole cercare un profilo critico della disciplina dell'allerta come modificata nel passaggio dalla bozza della Commissione Rordorf al d.d.l. delega sotto il profilo dell'introduzione di una possibile appendice giudiziale della procedura, questo si può individuare nella previsione di un *iter* complicato e in qualche misura burocratico (Fabiani, Panzani: all'art. 4 lett. e) si prevede il possibile intervento, solo su richiesta del debitore, del conciliatore. Ma allora: non è ultroneo l'intervento del professionista con i requisiti *ex art. 67, 3 co., lett. d) l.fall.* per verificare la situazione economica, finanziaria, patrimoniale dell'impresa, almeno quando sia precedentemente intervenuto il conciliatore (4 lett i)? Non si poteva recuperare nella fase giudiziale della procedura il risultato degli accertamenti compiuti dal conciliatore nella fase precedente, posto che, quest'ultimo, per assolvere la propria funzione di addivenire a una soluzione della crisi concordata tra il debitore e i creditori, deve conoscere la situazione dell'impresa e, dunque, assumere informazioni al proposito) e certamente dai tempi non brevi (data l'aggiunta della fase dell'intervento giudiziale), in contrasto con la necessità di celerità delle procedure volte alla composizione della crisi riconosciuta non solo dal disegno di legge, ma anche dalla Raccomandazione UE e della proposta di direttiva UE sull'insolvenza.