

# COMPITI E RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO DELLE SOCIETÀ DI CAPITALI DOPO IL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA

## 1. Diritto Societario

Il DLgs. 12 gennaio 2019 n. 14, recante il nuovo "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", introduce nuovi compiti per gli organi di amministrazione e controllo e per i revisori esterni. Tali compiti sono finalizzati alla individuazione, prevenzione e soluzione delle situazioni di crisi. Dopo una analisi dei nuovi compiti degli organi di amministrazione e controllo il lavoro analizza le nuove responsabilità civili che le recenti regole determineranno in capo ad amministratori e sindaci a fronte dei nuovi poteri-doveri concessi agli stessi, qualora non fossero esercitati, anche alla luce dei nuovi criteri di quantificazione del danno.



/ Alessandro BAUDINO \*

### LA CENTRALITÀ DEGLI OBBLIGHI DI RILEVAZIONE TEMPESTIVA, ATTIVAZIONE E GESTIONE DELLA CRISI

Il DLgs. 14/2019, emanato in attuazione alla legge delega 155/2017 e recante il Codice della crisi d'impresa, contiene alcune disposizioni già immediatamente operative (entrate in vigore con decorrenza dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione del decreto legislativo nella Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 14.2.2019), che completano il percorso di modifica del sistema della responsabilità de-

gli enti e dei soggetti che li amministrano e controllano, avviato dal legislatore oltre quindici anni orsono, e che attribuisce al **controllo di gestione** (e più in generale agli obblighi di organizzazione e pianificazione dell'attività d'impresa) una funzione centrale ai fini della gestione dei rischi cui l'attività d'impresa è per sua natura soggetta: ciò nella prospettiva di assicurare adeguata tutela agli interessi di tutti i cosiddetti *stakeholders* (investitori, risparmiatori, lavoratori, clienti, fornitori, e talora semplici cittadini), sulla cui sfera giuridica, economica e personale tali rischi si riverberano, con conseguenze talora devastanti<sup>1</sup>.

\* Avvocato

1 Per una panoramica degli interventi legislativi che, in questi anni, hanno rivoluzionato il sistema delle responsabilità degli enti e dei loro organi di gestione e controllo, spostando l'attenzione del legislatore dalla tutela dello *shareholder value*, alla tutela dello *stakeholder value*, cfr.: Baudino A., Bocchino U. "I modelli di organizzazione, gestione e controllo ex DLgs.

Il Codice della Crisi è intervenuto in modo incisivo sulle disposizioni generali e particolari che disciplinano la materia, ponendo l'obbligo dell'imprenditore di dotarsi di strumenti idonei a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte, addirittura al centro dell'intero sistema della responsabilità dei soggetti investiti di funzioni di amministrazione e controllo dell'impresa, sia essa individuale o collettiva.

Si può affermare, senza tema di essere smentiti, che tutto il sistema delle responsabilità è stato "ridisegnato" in funzione dell'obbligo fondamentale di gestire in modo adeguato il rischio di crisi e salvaguardare la continuità d'impresa<sup>2</sup>.

È difficile prevedere, in questa fase iniziale, gli orientamenti della giurisprudenza che dovrà affrontare e risolvere le molteplici problematiche applicative ed operative causate da un sistema che, a prima vista, non pare facilmente attuabile in una realtà imprenditoriale quale quella italiana, caratterizzata da un'elevata percentuale di imprese piccole o piccolissime che si reggono su un'organizzazione rudimentale, procedono spesso con "navigazione a vista" e non hanno familiarità con gli indici di bilancio e con i processi che, d'ora in poi, ogni impresa dovrà adottare per monitorare e presidiare costantemente la gestione del rischio di crisi<sup>3</sup>.

È tuttavia possibile effettuare già alcune prime considerazioni sulle problematiche con cui dovranno confrontarsi coloro che rivestono incarichi gestori e di controllo nelle imprese collettive, e sui quali ricadranno le responsabilità derivanti dall'applicazione ed attuazione della nuova normativa.

---

## DOVERI DI RILEVAZIONE PRECOCE DELLA CRISI E VIGILANZA DEGLI ORGANI DI CONTROLLO: RUOLO E COMPITI

### LE CARENZE ED INCONGRUENZE DELLA DISCIPLINA PREVIGENTE

L'attuale sistema dei controlli, attuato con il DLgs. 6/2003 di riforma del diritto societario e il DLgs. 39/2010 sulla revisione legale dei conti, è incentrato sulla **separazione** tra attività di **controllo sulla gestione** (attribuita al Collegio sindacale) ed attività di **controllo contabile** (attribuita al revisore legale).

Questa separazione è volta, da un lato, a rendere più efficiente il sistema dei controlli, e d'altro lato a meglio individuare e circoscrivere le responsabilità dei soggetti investiti delle singole funzioni in relazione ai ruoli e ai compiti di ciascuno.

L'attuale sistema presenta, peraltro, evidenti

---

231/2001" in "Manuale di controllo di gestione", a cura di Bocchino U., Milano, 2008; Baudino A., Celotti C. "I profili di responsabilità civile", in AA.VV. "Predisposizione e ruolo del business plan nell'ambito della gestione delle PMI", Torino, 2018.

2 L'obbligo di adottare assetti organizzativi adeguati volti alla rilevazione tempestiva della crisi viene introdotto in via generale mediante la modifica dell'art. 2086 c.c., il cui nuovo co. 2 stabilisce in via generale che "L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale". Questi principi vengono poi ribaditi dall'art. 3 del DLgs. 14/2019, con un a disposizione di carattere generale, volta a precisare che gli obblighi di nuova introduzione si applicano in modo trasversale a tutti indistintamente gli imprenditori, siano essi individuali o collettivi, seppur con un diverso grado di severità, in proporzione alla natura e alle dimensioni dell'impresa. Inoltre, l'art. 377 del DLgs. 14/2019, riformulando il co. 1 degli artt. 2257 c.c. (per la società semplice), 2380-bis c.c. (per la società per azioni), 2409-novies c.c. (per la società per azioni amministrata secondo il modello dualistico) e 2475 c.c. (per la società a responsabilità limitata), precisa espressamente che "La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma", per dare ulteriore risalto alla nuova connotazione che assumono gli obblighi di organizzazione e pianificazione (in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della successiva attivazione in vista del recupero della continuità aziendale).

3 Per un inquadramento della nuova disciplina e per un approfondimento delle problematiche che essa comporta, cfr.: Abriani N. "Doveri e responsabilità degli amministratori e dei sindaci", in "La riforma del fallimento", *Guida Italia Oggi*, 2, 2019, p. 51 e Id. "Le azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi", *ivi*, p. 56.



carenze ed incongruenze: nel senso che agli organi investiti delle singole funzioni non sono attribuiti poteri impeditivi e sanzionatori coerenti con i doveri di sorveglianza loro imposti.

E infatti, sebbene la funzione di controllo sull'amministrazione sia prevista e disciplinata come un'attività intermittente che si realizza attraverso le verifiche periodiche e la partecipazione alle riunioni del Consiglio di Amministrazione, al **Collegio sindacale** (espressione che nel prosieguo verrà utilizzata come termine generale, che include anche l'Organo di controllo monocratico della srl) sono attribuiti **poteri preventivi ed impeditivi** alquanto penetranti (quali la convocazione dell'assemblea, la promozione dell'azione di responsabilità e la facoltà di sollecitare l'intervento del Tribunale, ai sensi dell'art. 2409 c.c.).

Inoltre, sul piano della **prevenzione** (e nonostante il carattere per sua natura "intermittente" dell'attività di vigilanza) al Collegio sindacale è fatto obbligo di verificare che l'Organo Delegato si avvalga di piani adeguati e riferisca periodicamente in merito al Consiglio con la frequenza richiesta dal tipo di attività svolta e dai rischi cui la società è esposta. Precise indicazioni in questo senso si ricavano anche dai principi di comportamento elaborati dai Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri, ed in particolare dalla Norma 11.1, che si concentra sull'attività diretta alla prevenzione ed emersione della crisi.

I principi di comportamento citati, recependo i segnali di cambiamento che hanno caratterizzato l'evoluzione normativa in atto a livello comunitario e nazionale, hanno in realtà percorso i tempi.

La Norma 11.1 ha infatti codificato (a livello di normazione secondaria) le linee di azione cui deve attenersi il Collegio Sindacale, a seguito del passaggio dalla vecchia concezione del controllo (caratterizzata dall'analisi e valutazione tradizionale *ex post* dei dati economici e finanziari storici e da attivazione di tipo repressivo) ad una nuova funzione di vigilanza incentrata sull'analisi prospettica, *ex ante*, dello stato di continuità aziendale, e su interventi in funzione preventiva.

La Norma 11.1 statuisce infatti il principio secondo cui il Collegio Sindacale, nello svolgimento della funzione riconosciutagli dalla legge, vigila che il sistema di controllo e gli assetti organizzativi adottati dalla società risultino validi, sotto il profilo organizzativo e procedurale, a rilevare tempestivamente i segnali che facciano emergere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare nella prospettiva della continuità<sup>4</sup>. La stessa norma sopra citata richiama le attivazioni che il Collegio sindacale è tenuto a porre in essere in attuazione dei poteri/doveri di cui è investito ai sensi degli artt. 2403, 2406 e 2408 c.c.<sup>5</sup>.

Per contro, al **revisore legale**, la cui funzione presuppone una presenza costante ed un'attività continuativa di verifica dei fatti aziendali, è preclusa ogni possibilità diretta

---

4 Come è stato correttamente osservato, "l'idoneità delle procedure a rilevare i segnali di crisi ovvero a riconoscere l'imminenza della stessa, rientra, infatti, tra le caratteristiche di un assetto organizzativo adeguato" (Bana M. "Crisi d'impresa e ruolo dei sindacati nelle nove norme di comportamento", in questa Rivista, 6, 2015, p. 82).

5 La Norma 11.1 espressamente recita: "Il collegio sindacale, se nello svolgimento della funzione di vigilanza rilevi la sussistenza di fatti idonei a pregiudicare la continuità dell'impresa, sollecita gli amministratori a porvi rimedio". "Il collegio sindacale [...] può richiedere agli amministratori l'adozione di opportune misure la cui realizzazione va monitorata al fine di verificarne l'efficacia. Nel caso in cui tali misure non vengano adottate, il collegio sindacale sollecita l'organo di amministrazione affinché intervenga tempestivamente, ricorrendo se del caso anche a uno degli istituti di composizione negoziale della crisi di impresa previsti nella legge fallimentare". E ancora: "In questa prospettiva, vengono individuati due piani di intervento del collegio sindacale: L'attività di vigilanza volta a monitorare costantemente la continuità aziendale, nell'ottica della prevenzione e comunque della tempestiva emersione di situazioni di crisi (cfr. Norma 3.3 e Norma 5.3); il monitoraggio dell'attuazione da parte degli amministratori di misure idonee a garantire la continuità aziendale. Il collegio sindacale può acquisire elementi utili dal revisore legale o dalla società di revisione legale, ove presente. Questo soggetto può rappresentare, infatti, un importante interlocutore dell'organo di controllo per l'individuazione di indicatori 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".

di intervento volta ad impedire o sanzionare il comportamento degli amministratori in caso di rilevazione di irregolarità o violazioni di legge. Ed invero, al di là delle informazioni e valutazioni che il revisore deve rilasciare in sede di relazione e giudizio sul bilancio (che sono palesemente inadeguate a svolgere una funzione preventiva), le **possibilità di reazione** da parte del revisore legale vanno necessariamente ricondotte nell'ambito del **flusso informativo** verso il Collegio sindacale, ex art. 2409-septies, al fine di sollecitare l'attivazione di quest'ultimo<sup>6</sup>. Ma nel caso in cui il Collegio sindacale rimanga inerte o sia appiattito sulla posizione degli amministratori, al revisore è preclusa ogni possibilità di comunicare con gli azionisti o attivare in via diretta la reazione degli organi sociali. L'esperienza insegna, inoltre, che queste incongruenze conducono spesso, soprattutto nella fase patologica dell'impresa, a far emergere una forte contrapposizione di posizioni tra i due organi: contrapposizione che – nell'ambito delle cause di responsabilità intentate dagli azionisti o in sede fallimentare – si manifesta nelle rispettive linee di difesa: nel senso che, in presenza di ritardi nella rilevazione di irregolarità o di segnali di crisi, il Collegio sindacale tende a svolgere le proprie difese adducendo che l'omissione o il ritardo è esclusivamente imputabile al revisore legale. Mentre il revisore tende a riversare la

responsabilità sul Collegio sindacale, cui sono attribuiti per legge i compiti di sorveglianza sull'operato degli amministratori ed i correlativi poteri/doveri di attivazione ed intervento

### I NUOVI OBBLIGHI DI ATTIVAZIONE IN PRESENZA DI SEGNALI DI CRISI: UNA NUOVA IPOTESI DI RESPONSABILITÀ SOLIDALE E LE CONDIZIONI PER IL SUO ESONERO

Il Codice della crisi è intervenuto per risolvere questa distorsione del sistema con una disposizione che, pur essendo collocata (con scelta discutibile sotto il profilo sistematico) nel Titolo II del Codice, dedicato alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, va in realtà ad integrare il quadro degli obblighi che gravano sull'organo di controllo (Collegio sindacale della spa o organo di controllo monocratico della srl) e sul soggetto incaricato della revisione legale, specificando ed arricchendo di precisi contenuti sia gli obblighi di vigilanza sulla continuità aziendale, sia gli obblighi di attivazione in caso di rilevazione di segnali di crisi<sup>7</sup>.

Le modifiche alla disciplina delle responsabilità e dei controlli sono dettate dall'art. 14 del DLgs. 14/2019, che interviene su più fronti. Sul fronte dei **poteri** e dei **doveri**, l'art. 14 pone a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e della società di revisione, ciascuno nell'ambito delle rispet-

---

6 Invero il principio di revisione 570 pone a carico del revisore un obbligo di monitoraggio costante della continuità aziendale e di segnalazione alla direzione i fattori di rischio che possono portare ad una sua compromissione. La norma stabilisce infatti al § 11, che "nello svolgimento delle procedure di valutazione del rischio, il revisore deve valutare se vi siano eventi o circostanze, e relativi rischi sull'attività svolta dall'impresa, che possano far sorgere dubbi significativi sulla continuità aziendale dell'impresa"; al § 13, precisa che il revisore "considera eventi e circostanze connessi al presupposto della continuità aziendale [...] perché ciò gli consente, in modo più tempestivo, di discutere con la direzione e di esaminare i piani predisposti da quest'ultima nonché le decisioni relative a problematiche di continuità aziendale identificate dalla direzione stessa". Al § 20, il principio 570 raccomanda, inoltre, espressamente al revisore di valutare, ai fini della verifica del presupposto della continuità aziendale, "i piani d'azione futuri della direzione". Tuttavia il DLgs. 39/210 non pone a carico del revisore alcun potere impeditivo e di reazione. L'art. 14 del DLgs. 39/2010 ("Relazione di revisione e giudizio sul bilancio") si limita stabilire al co. 1 che "Il revisore legale o la società di revisione legale incaricati di effettuare la revisione legale dei conti: a) esprimono con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto ed illustrano i risultati della revisione legale; b) verificano nel corso dell'esercizio la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili". Il comma 6 soggiunge che "I soggetti incaricati della revisione legale hanno diritto ad ottenere dagli amministratori documenti e notizie utili all'attività di revisione legale e possono procedere ad accertamenti, controlli ed esami di atti e documentazione". Ma a questi obblighi ed a questi diritti non si accompagnano poteri di reazione ulteriori rispetto agli obblighi di scambio di informazioni con il Collegio sindacale di cui all'art. 2409-septies c.c.

7 Per un approfondimento di questi temi, cfr.: Bozza E. "Le ricadute sull'attività del revisore (e degli studi professionali)", in "La riforma del fallimento", cit., p. 41; Marcello R. "Misurare la continuità aziendale non sarà solo ai fini del bilancio", *ivi*, p. 81.



tive funzioni, il duplice obbligo di "verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione", nonché di "segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi".

Il comma 2 dell'art. 14 disciplina poi in dettaglio le **modalità della segnalazione** cui sono tenuti gli organi di controllo, di modo che essa possa risultare tempestiva ed efficace, aprendo una sorta di dialogo tra i due organi diretto ad individuare le soluzioni possibili e le iniziative concretamente intraprese. La norma stabilisce infatti che la segnalazione "deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese".

La disposizione fissa inoltre **termini** precisi entro i quali devono essere poste in essere le successive attivazioni.

È infatti previsto che "in caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi", i soggetti di cui al comma 1 (e cioè gli organi di controllo societari e il revisore) "informano senza indugio l'OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'articolo 2407, primo comma, del codice civile quanto all'obbligo di segretezza".

I poteri/doveri di attivazione dell'organo di controllo e del revisore sono stati poi ulteriormente rafforzati mediante l'attribuzione in capo al primo dei predetti soggetti della **legittimazione a presentare la domanda di apertura della liquidazione giudiziale** della società.

Invero, il sistema previgente conteneva una evidente lacuna che, in molti casi, inibiva all'organo di controllo la possibilità di svolg-

re sino in fondo i propri doveri di attivazione a tutela dei creditori sociali.

Ed infatti il RD 267/42 (Legge fallimentare), prevedeva all'art. 6 che la dichiarazione di fallimento potesse avvenire solo "su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero", escludendo che la dichiarazione di fallimento potesse avvenire su segnalazione dell'organo di controllo.

All'organo di controllo permaneva la possibilità di segnalare l'insolvenza al Pubblico Ministero, ma l'art. 7. L. fall. limitava l'iniziativa di quest'ultimo ad alcune specifiche ipotesi di insolvenza conclamata: e cioè "1) quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore;2) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile".

Questa lacuna del sistema finiva spesso con il frustrare le possibilità di attivazione dell'organo di controllo, cui si profilava come unica soluzione quella di chiedere l'intervento del Tribunale ai sensi dell'art., 2409 c.c.: con il risultato, purtroppo frequente, che il fallimento veniva richiesto in ritardo dall'amministratore giudiziario nominato dopo l'espletamento della relativa procedura, quando il patrimonio della società era ormai disperso.

Il Codice della crisi sovverte questa impostazione, stabilendo espressamente all'art. 37 (sotto la rubrica "Iniziativa per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza"), che "la domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta con ricorso del debitore, degli organi e delle autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa, di uno o più creditori o del pubblico ministero"<sup>8</sup>. Per effetto delle modifiche introdotte il Collegio sindacale della spa e l'Organo di controllo (monocratico

8 L'art. 38 del DLgs. 14/2019, sotto la rubrica "Iniziativa del pubblico ministero", stabilisce inoltre che "Il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza. L'autorità giudiziaria che rileva l'insolvenza nel corso di un procedimento lo segnala al pubblico ministero".

o, ove statutariamente previsto, collegiale) della srl sono ora espressamente investiti anche del potere/dovere di attivare la procedura di liquidazione giudiziale, in caso di inerzia o ritardo da parte dell'organo gestorio.

È opportuno evidenziare, a questo proposito, che, in base alla formulazione dell'art. 37 del DLgs. 14/2019, il potere/dovere di iniziativa volto all'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, è attribuito agli "*organi [...] che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa*": e quindi al Collegio sindacale della spa e all'Organo di controllo della srl, ma **non anche al revisore** (o società di revisione), che non è un organo della società. Questa scelta è chiaramente espressa nella Relazione di accompagnamento al DLgs. 14/2019, ove si precisa che "*La domanda di apertura della liquidazione giudiziale [...] può essere presentata da una pluralità di soggetti, nel rispetto del principio della più ampia legittimazione ad agire di cui all'articolo 2, primo comma, lettera d), legge delega n. 155/2017, compresi, in modo innovativo, anche i soggetti con funzioni di controllo e vigilanza sull'impresa, declinati come organi (dunque interni alla organizzazione del debitore) e le autorità amministrative di controllo e vigilanza*"<sup>9</sup>.

Le ragioni di tale scelta sono due. La prima, di ordine logico e sistematico, risiede nel fatto che l'iniziativa volta all'apertura della procedura di liquidazione giudiziale rientra in quei poteri-doveri di impulso che, per espressa previsione di legge (art. 2406 e ss. c.c.), sono

attribuiti e riservati all'Organo di controllo, e che quest'ultimo è tenuto ad esercitare in caso di omissione o ritardo da parte dell'Organo amministrativo. La seconda ragione è di opportunità, e risiede nell'esigenza di evitare i delicatissimi problemi di coordinamento e le sovrapposizioni che inevitabilmente insorgerebbero nel caso in cui, rispetto all'attivazione di una procedura così invasiva quale la liquidazione giudiziale, venissero attribuiti a più soggetti poteri di iniziativa concorrenti<sup>10</sup>. Orbene, come sempre avviene quando il legislatore interviene con leggi di ampio respiro che sovvertono sistemi di norme consolidati, occorrerà attendere le elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza per cogliere l'impatto effettivo delle modifiche introdotte della nuova disciplina.

Tuttavia, ad un primo esame, alla luce delle considerazioni che precedono è possibile formulare alcune prime riflessioni.

La prima riflessione è che, con i nuovi obblighi di attivazione sopra illustrati (di cui, in base all'art. 14 del DLgs. 14/2019, sono investiti "*Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni*", il legislatore abbia inteso attribuire al **revisore** (o società di revisione) una **posizione di garanzia** (dei diritti dei creditori e dei terzi) **analoga a quella rivestita dall'Organo di controllo** (organo monocratico della srl o Collegio sindacale della spa): con conseguente assunzione di **responsabilità solidale**

---

9 Sul punto, cfr. De Angelis L. "Anche i sindaci potranno richiedere la liquidazione giudiziale della società", *Il Quotidiano del Commercialista*, [www.eutekne.info](http://www.eutekne.info), 28.1.2019.

10 La soluzione adottata dal legislatore crea tuttavia un delicato problema di coordinamento con riferimento alla disciplina della srl. Ed infatti le disposizioni che il Codice della crisi ha introdotto per adeguare la disciplina della srl ai principi enunciati dalla legge delega hanno lasciato invariato il (discutibile e discusso) impianto dell'art. 2477 c.c., che al co. 1 stabilisce che "*L'atto costitutivo può prevedere, determinandone le competenze e i poteri, ivi compresa la revisione legale dei conti, la nomina di un organo di controllo o di un revisore*": prevedendo le due opzioni come alternative. La conseguenza di questa impostazione è che, nel caso in cui i soci optassero in statuto per la nomina del revisore, quest'ultimo sarebbe investito dei soli poteri/doveri previsti dall'art. 14 del DLgs. 14/2019 (e cioè del potere/dovere di stimolare l'attivazione dell'Organo amministrativo in presenza di segnali di crisi e, in caso di ritardo od inerzia da parte dell'organo amministrativo, di informare l'OCRI); e non anche del potere di richiedere la liquidazione giudiziale, in caso di conclamata insolvenza della società. Con l'effetto (sicuramente censurabile) che i soci, i creditori ed i terzi ricevessero – pur in situazioni potenzialmente identiche – un diverso grado di tutela, esclusivamente in conseguenza della scelta dei soci della srl di adottare l'uno o l'altro dei sistemi di controllo accordati dalla legge. L'approfondimento di questo aspetto (che si collega al più ampio tema delle disarmonie ed incongruenze che ancora caratterizzano la disciplina della srl) esula dall'oggetto di questo breve studio. Non si può tuttavia far a meno di segnalare come sia auspicabile un ulteriore intervento correttivo od interpretativo del legislatore sul punto.



in caso di mancata, tempestiva attivazione. Questa conclusione sembra del resto confermata anche dal comma 3 dell'art. 14 che (in attuazione dei principi di cui all'art. 4 comma 1 lett. f della L. 155/2017) individua nella **tempestiva segnalazione** all'Organismo di composizione della crisi una causa di esonero dalla responsabilità solidale degli organi di controllo societari e del revisore per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o delle azioni successivamente poste in essere dall'organo amministrativo in difformità dalle prescrizioni ricevute, "a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2 [e cioè in caso di omessa o inadeguata risposta da parte dell'organo amministrativo, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, ndr], sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCR". La seconda riflessione è che, sebbene la separazione tra controllo di legalità e controllo contabile sia stata sancita in modo netto dal legislatore della riforma del diritto societario, gli specifici obblighi di rilevazione precoce della crisi e di attivazione di cui sono investiti, a norma dell'art. 14 del Codice della crisi, "Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni" accentuano inevitabilmente la **sovrapposizione** e le **interferenze** tra le due attività con riferimento alle funzioni di monitoraggio della continuità d'impresa, di valutazione dei piani, e più in generale di vigilanza sull'organizzazione

e programmazione dell'attività d'impresa da parte dell'organo amministrativo<sup>11</sup>.

Orbene è pur vero che i predetti obblighi di vigilanza ed attivazione sono posti a carico dell'organo di controllo e del revisore "ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni"; ma è altrettanto vero che per entrambi i soggetti i predetti obblighi si sostanziano in segnalazioni (interne, verso l'organo gestorio, ed esterne, verso gli Organismo di composizione della crisi) ed iniziative (anche verso il Tribunale, con la segnalazione dell'insolvenza, nel caso in cui la crisi sia divenuta irreversibile e l'organo amministrativo sia rimasto inerte), la cui attivazione costituisce precisa condizione di esonero della responsabilità concorrente.

L'attribuzione dei predetti obblighi congiuntamente all'organo di controllo ed al revisore appare del resto necessaria per garantire che gli strumenti di allerta e di prevenzione possano essere attuati efficacemente anche nella srl, in cui è rimessa ai soci la facoltà di scegliere, alternativamente, tra la nomina di un organo controllo o di un revisore.

Queste considerazioni sulla sovrapposizione di ruoli sopra evidenziata conducono ad una terza riflessione, che si può formulare alla luce del nuovo quadro normativo. La riflessione è che le nuove disposizioni avranno l'effetto di **valorizzare** ulteriormente il **flusso informativo** tra Organo di controllo e revisore, previsto dall'art. 2409-septies c.c.: poiché solo tramite il costante scambio di informazione sarà possibile attuare quel coordinamento (sia durante lo svolgimento delle attività di

---

11 Questa parziale sovrapposizione di piani di intervento è del resto già contemplata dal sistema di norme, primarie e secondarie, che disciplinano l'attività dei due organi. E infatti, per quanto attiene alla posizione del Collegio sindacale, la vigilanza sull'assolvimento, da parte dell'organo amministrativo, degli obblighi di adeguata pianificazione dell'attività d'impresa è chiaramente ricompresa nei doveri previsti dall'art. 2403 c.c. (secondo il quale "Il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento"). La verifica in ordine alla sussistenza di strumenti di pianificazione dell'attività d'impresa è, inoltre, funzionale all'obbligo di monitorare costantemente il presupposto della continuità aziendale, e cioè la concreta prospettiva dell'impresa di continuare a svolgere la propria attività e far fronte alle passività su un arco temporale congruo, senza compromissione dei propri equilibri economici, finanziari e patrimoniali. Precise indicazioni in questo senso si ricavano dai principi di comportamento elaborati dai CNDCEC, che alla Norma 11.1 (riportata alla nota n. 5, cui si rimanda), enuncia e specifica le attivazioni di competenza del Collegio sindacale, con particolare riferimento all'attività diretta alla prevenzione ed emersione della crisi. Per quanto attiene alla posizione del revisore, la costante verifica ed il monitoraggio del presupposto della continuità aziendale rientrano tra i suoi doveri fondamentali, proprio in relazione alla finalità cui l'attività di revisione è svolta. La declinazione di tali doveri è contenuta nelle sezioni del principio di revisione 570, riportate alla nota n. 6, cui si rimanda.

monitoraggio, sia nel momento successivo, in cui siano percepiti segnali di crisi) che è necessario per dare efficacia e valenza sostanziale alle attivazioni previste dalla legge a tutela della società, dei creditori e dei terzi ed evitare di incorrere nelle responsabilità che il legislatore ha disciplinato secondo criteri di comportamento e parametri predeterminati tali da renderle difficilmente eludibili.

### I PRINCIPI DI COMPORTAMENTO ENUNCIATI DAL CODICE DELLA CRISI E LA PREDETERMINAZIONE NORMATIVA DELLE REGOLE DI COMPORTAMENTO DELL'ORGANO DI CONTROLLO E DEL REVISORE

Occorre ancora sottolineare che il legislatore, con la finalità di incentivare e, al tempo stesso, rendere quanto più possibile stringenti gli obblighi di attivazione previsti a carico degli organi di amministrazione e controllo, ha previsto **tempistiche precise** che, se rispettate, possono consentire di conseguire determinati **benefici** ("misure premiali", consistenti in riduzione di interessi e sanzioni ed attenuazione delle eventuali responsabilità penali) contenute nell'art. 25; ma che per converso, se non sono rispettate, comportano l'insorgere di **responsabilità omissiva**.

L'art. 24 del DLgs. 14/2019 stabilisce infatti che ai fini dell'applicazione delle misure premiali di cui all'art. 25, *"l'iniziativa del debitore volta a prevenire l'aggravarsi della crisi non è tempestiva se egli propone una domanda di accesso ad una delle procedure regolate dal presente codice oltre il termine di sei mesi, ovvero l'istanza di cui all'articolo 19 oltre il termine di tre mesi, a decorrere da quando si verifica, alternativamente: a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'articolo 13, commi 2 e 3"*.

Queste tempistiche, sono altresì destinate a scandire le attivazioni degli organi di controllo societari, che in caso di ritardo incorreranno in responsabilità concorrente.

Inoltre, gli **obblighi di monitoraggio della continuità d'impresa e di tempestiva attivazione** in presenza di segnali di crisi dovranno essere adempiuti avendo riguardo a parametri molto precisi (**indicatori di crisi**), che il legislatore già individua in linea generale all'art. 13, nei *"ritardi nei pagamenti reiterati e significativi"* ed in eventuali *"squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività"*.

Ma non è tutto.

Il legislatore demanda, infatti, al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili il compito di elaborare con cadenza almeno triennale, in riferimento ad ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni ISTAT, tenuto conto delle migliori prassi nazionali ed internazionali, *"gli indici [...] che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa"*. E lo stesso art. 13 fornisce indicazioni precise in ordine ai parametri che dovranno essere presi come riferimento per l'elaborazione di tali indici, specificando che gli stessi dovranno dare *"evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi"*.

La rigidità del meccanismo sopra illustrato è accentuata dal fatto che, secondo la formulazione della norma in commento, gli indici che saranno elaborati dal CNDCEC, forniscono un criterio di valutazione **"vincolante"**, che può essere derogato solo attraverso un pro-





cedimento altrettanto rigoroso e complesso. Ed infatti, l'impresa che non ritenga adeguati tali indici, in considerazione delle proprie caratteristiche, "ne specifica le ragioni nella nota integrativa al bilancio di esercizio e indica, nella medesima nota, gli indici idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi". Inoltre, "un professionista indipendente" dovrà attestarne "l'adeguatezza [...] in rapporto alla specificità dell'impresa"; e l'attestazione deve essere "allegata alla nota integrativa al bilancio di esercizio e ne costituisce parte integrante" (al fine di garantire trasparenza ed evidenza esterna delle scelte adottate).

Questo rigido percorso previsto dal legislatore è sicuramente destinato ad avere un impatto significativo sulle modalità di esercizio delle funzioni di controllo, e sarà compito della giurisprudenza (o dello stesso legislatore, in sede di eventuale successivo "affinamento" delle disposizioni del Codice della crisi) enunciare i criteri necessari per evitare che le attività di monitoraggio, allerta ed attivazione si risolvano in un mero "esercizio matematico" (svolto sugli indici di crisi e sugli eventuali scostamenti rispetto alle percentuali ed i valori codificati) e conducano ad eccessi "rigoristici", frustrando le stesse finalità cui mirano le nuove disposizioni.

Occorre infatti considerare che le obbligazione del sindaco, così come pure quelle del revisore, si sostanziano in una prestazione d'opera professionale, dalla quale scaturisce esclusivamente l'obbligo di apprestare i mezzi idonei al raggiungimento del risultato richiesto dal creditore, ma non l'obbligo di

realizzare tale risultato: il contenuto dell'obbligazione del prestatore d'opera professionale coincide quindi con la diligenza che egli è tenuto ad osservare nello svolgimento della sua attività.

La **diligenza** si pone, cioè, sia come criterio di determinazione della prestazione dovuta, sia come criterio di accertamento della responsabilità: nel senso che l'inesattezza dell'adempimento (che è fonte di responsabilità) è data dalla difformità tra prestazione eseguita ed il modello della prestazione diligente.

Orbene, ai fini della valutazione della condotta diligente del sindaco e del revisore, assumeranno un preciso rilievo i nuovi criteri di comportamento introdotti dal Codice della crisi, ed in particolare gli obblighi di monitoraggio degli indici di crisi che dovranno essere elaborati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili: obblighi che andranno ad integrare ed ulteriormente specificare i principi di comportamento elaborati dai Consigli Nazionali dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri e sanciti dalla Norma 11.1 (che si concentra sull'attività diretta alla prevenzione ed emergenza della crisi)<sup>12</sup>.

Dall'applicazione di tali criteri deriva che **la responsabilità per violazione del dovere di diligenza potrà essere agevolmente affermata laddove risulti che il sindaco non si sia attenuto ai predetti criteri di comportamento**. Mentre, sotto altro profilo, la prova dello scrupoloso rispetto dei principi di comportamento agevererà sicuramente la difesa nelle eventuali azioni di responsabilità (fermo restando che, anche in caso di puntuale

---

12 Per le ragioni che precedono non è condivisibile l'osservazione secondo cui "essendo la norma in commento una norma di comportamento e non già una disposizione normativa, si può parlare nel tema in esame di «attività consigliata», la cui mancata esecuzione non pare configurarsi automaticamente come il presupposto per una responsabilità civile ma, tutt'al più, come una violazione deontologica" (Cavalluzzo N., Montinari A. "Attività e responsabilità del Collegio sindacale nella crisi d'impresa", in *questa Rivista*, 9, 2013, p. 88.). I principi di comportamento costituiscono infatti norme secondarie che, al pari di quelle primarie, vanno ad integrare l'obbligazione di diligenza, individuando i canoni il cui rispetto qualifica il comportamento diligente differenziandolo da quello negligente. In questo senso, sulla rilevanza dei principi di comportamento, cfr.: Abriani N., Bauco C. "Il Collegio sindacale e la crisi di impresa", in *questa Rivista*, 10, 2015, p. 31. Nello stesso senso: Pollio, il quale rileva che "l'osservanza del principio n. 11 non è solo consigliata, ma diviene obbligatoria", in quanto la norma "rappresenta un principio di comportamento che serve [...] a dimostrare ex post che gli stessi hanno attuato un comportamento conforme alla legge e alla corretta prassi" (Pollio M. "Attività dei sindaci in presenza di accordi di ristrutturazione dei debiti", in *questa Rivista*, 7-8, 2013, p. 15, che richiama Trib. Milano 1.10.2011 n. 11586, in *Sistema Integrato Eutekne*, secondo cui "il sindaco deve comportarsi come un avveduto controllore ed adoperare, là dove manchino disposizioni dei legge, le norme di comportamento proprie della professione svolta").

osservanza dei principi di comportamento, la responsabilità non potrà essere automaticamente esclusa: potendo infatti ipotizzarsi casi particolari in cui ai sindaci e al revisore si imponga un dovere di attivazione ben più esteso e penetrante).

---

## CRITERI DI LIQUIDAZIONE DEL DANNO PER VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI CONSERVAZIONE DEL VALORE DEL PATRIMONIO SOCIALE IN CASO DI SCIoglimento DELLA SOCIETÀ

### IL PROBLEMA DELLA PROVA DEL DANNO RISARCIBILE SECONDO LA GIURISPRUDENZA ANTERIORE ALL'ENTRATA IN VIGORE DEL CODICE DELLA CRISI

Nel quadro degli interventi volti ad adeguare il sistema delle responsabilità degli organi di amministrazione e controllo, colmando lacune e risolvendo contrasti giurisprudenziali, merita un particolare rilievo la disposizione contenuta nell'art. 378 del DLgs. 14/2019, che, intervenendo sul testo dell'art. 2486 c.c. (che disciplina gli obblighi degli amministratori al verificarsi di una causa di scioglimento della società), introduce **un criterio predefinito di accertamento e quantificazione del danno** che incide in misura significativa sulla disciplina previgente.

Per cogliere la portata innovativa di tale modifica occorre tuttavia ripercorrere brevemente l'evoluzione della disciplina della materia e gli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati sul punto<sup>13</sup>.

Prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario, l'art. 2449 c.c. (oggi intera-

mente sostituito dalle disposizioni contenute nell'art. 2486 c.c.) stabiliva che *"gli amministratori, quando si è verificato un fatto che determina lo scioglimento della società, non possono intraprendere nuove operazioni. Contravvenendo a questo divieto, essi assumono responsabilità illimitata e solidale per gli affari intrapresi"*.

La disposizione sopra richiamata poneva seri problemi interpretativi, a causa della difficoltà di individuare in cosa consistessero le nuove operazioni vietate dalla norma e quale fosse l'ambito di responsabilità degli amministratori che contravvenivano al divieto. Tali difficoltà interpretative conducevano ad evidenti distorsioni soprattutto nell'ipotesi di società in dissesto. Infatti un'applicazione rigorosa della predetta disposizione da un lato precludeva all'amministratore il compimento di quelle operazioni che, pur essendo funzionali a salvaguardare il valore dell'azienda, avrebbero comportato l'assunzione di nuove obbligazioni a carico della società (e delle quali l'amministratore avrebbe risposto in solido con la società); d'altro lato, nel caso di fallimento della società, tale applicazione rigorosa induceva la giurisprudenza ad identificare il danno risarcibile derivante dalla violazione del divieto di nuove operazioni nella differenza tra l'attivo ed il passivo fallimentare<sup>14</sup>.

Per ovviare a tali anomalie, il legislatore della riforma del diritto societario ha modificato in modo sostanziale il vecchio regime della responsabilità per le nuove operazioni, prevedendo all'art. 2486 c.c. (nel testo riscritto dal DLgs. 6/2003) una disciplina più articolata. La nuova norma stabilisce infatti che al verificarsi di una causa di scioglimento e fino al momento della consegna dei beni ai liquidatori, *"gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del*

---

13 Per un'accurata ricostruzione degli orientamenti che si sono formati in materia e, in particolare, delle modalità di applicazione del criterio dei cosiddetti *"netti patrimoniali"*, si veda: Jeantet L., Vallino P. "La quantificazione del danno nell'azione di responsabilità fallimentare: linee guida e nuove frontiere"; in *questa Rivista*, 4, 2017, p. 20 ss.

14 In questo senso: Trib. Milano, 15.11.73, *Giur. Comm.*, 1974, II, p. 67; App. Torino 9.7.75, *Giur. Comm.*, 1976, II, p. 871; Trib. Catania, 9.9.75, *Dir. fall.*, 1975, II, p. 943. Tra la giurisprudenza di legittimità, cfr.: Cass. 17.9.97 n. 9252, in *Sistema Integrato Eutekne*.



*patrimonio sociale*". La predetta disposizione, inoltre, prevede che gli amministratori sono personalmente e solidalmente responsabili non più per gli affari intrapresi, bensì esclusivamente per i "danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi, per atti od omissioni compiuti in violazione del precedente comma".

In altre parole, la **limitazione ai poteri degli amministratori viene ricollegata non più al concetto, ambiguo, della "novità dell'operazione", ma alla strumentalità, o meno, dell'operazione ai fini della conservazione del valore dell'impresa sociale**. E conseguentemente la responsabilità in caso di violazione non investe più l'operazione in sé (e cioè le obbligazioni che dalla nuova operazione sono derivate a carico della società), ma l'eventuale **danno** conseguente.

Ciò tuttavia non esclude il fatto che, in sede di accertamento della responsabilità nei giudizi promossi ai sensi degli artt. 2394 e 2486 c.c., la valutazione dell'utilità o meno delle nuove operazioni compiute durante la fase della crisi ed e della loro idoneità a configurare un aggravamento del dissesto, abbia continuato a costituire uno dei temi fondamentali sui quali si contrappongono le tesi delle parti in causa ed uno dei profili più delicati che gli amministratori e gli organi di controllo devono affrontare nella difesa delle proprie posizioni. Le questioni relative alla **prova** e alla **quantificazione del danno conseguente alla prosecuzione dell'attività sociale** dopo il verificarsi di una causa di scioglimento hanno formato oggetto di vivo dibattito in giurisprudenza<sup>15</sup>. Tale dibattito si è appuntato in particolare su due aspetti:

- l'individuazione del danno risarcibile ed il relativo criterio di liquidazione nelle azioni di responsabilità promosse nei confronti di amministratori di società di capitali dichiarate insolventi, ai quali sia imputato di aver proseguito l'attività d'impresa al verificarsi

di una causa di scioglimento, in violazione degli obblighi di conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale di cui agli artt. 2394, 2485 e 2486 c.c.;

- la residua possibilità, anche dopo l'eliminazione del divieto di compimento di nuove operazioni previsto dalla previgente disciplina (all'art. 2449 c.c., vecchio testo), di liquidare il danno utilizzando il criterio della differenza tra l'attivo ed il passivo accertati nell'ambito della procedura concorsuale, quando la mancanza di scritture contabili, addebitabile allo stesso amministratore, impedisca di ricostruire quale sia stato l'effettivo andamento dell'impresa prima della dichiarazione di fallimento.

Per quanto attiene al primo aspetto, dopo varie oscillazioni la giurisprudenza è pervenuta – con una storica sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione<sup>16</sup> – a sancire i principi che regolano l'onere probatorio dell'attore (nel caso portato a conoscenza della Suprema Corte il curatore del fallimento) che promuove l'azione di responsabilità.

Tali principi prevedono che l'attore deve:

- "allegare" in modo qualificato – cioè sufficientemente preciso e determinato – il comportamento inadempiente che assume causativo del danno, ovvero il momento in cui il capitale sociale sarebbe sceso per perdite sotto il minimo legale o sarebbe divenuto negativo, e che l'attività di gestione della società è proseguita, in violazione degli artt. 2447 e 2486 c.c., senza l'adozione di misure volte alla conservazione del valore del patrimonio sociale e della sua integrità ed invece con assunzione di nuovo rischio imprenditoriale;
- provare che tale prosecuzione illegittima dell'attività sociale ha causato un danno alla società o ai creditori;
- provare l'entità del danno.

Muovendo da questi principi, la giurisprudenza ha enunciato il cosiddetto **criterio della**

15 Per una ricostruzione degli orientamenti formati in materia si rimanda al commento all'art. 2394-bis, c.c., in "Commentario breve al diritto delle società", diretto da Maffei Alberti A., Padova, 2017, p. 798 ss.

16 Cass. SS.UU. 6.5.2015 n. 9100, in *Sistema Integrato Eutekne*.

**"differenza dei netti patrimoniali"**, che consiste nella *"comparazione dei patrimoni netti registrati alla data della (doverosa) percezione dalla causa di scioglimento da parte degli organi sociali e alla data di messa in liquidazione della società (o di fallimento della stessa)"*. Il danno in termini di *"perdita incrementale netta"*, infatti, *"consente di apprezzare in via sintetica ma plausibile l'effettiva diminuzione subita dal patrimonio della società per effetto della ritardata liquidazione"*<sup>17</sup>.

Sempre sulla base dei criteri enunciati dalla Sezione Unite della Corte di Cassazione (con la sentenza 9100/2015, sopra citata), la giurisprudenza di merito ha affermato il principio che, *"quale che sia o come si voglia denominare il criterio utilizzato per la determinazione del danno patrimoniale causato dall'illecita prosecuzione dell'attività economica della società dopo la perdita del capitale sociale (usuale utilizzo del criterio denominato: «differenza dei netti patrimoniali»), esso deve considerare due dati ineludibili:*

a) *non è imputabile agli organi sociali lo sbilancio antecedente la perdita del capitale sociale, perché effetto di attività economica svolta lecitamente;*

b) *è essenziale la quantificazione dell'abbattimento che il patrimonio netto avrebbe comunque subito se la società fosse stata tempestivamente posta in liquidazione a seguito della perdita del capitale sociale"*<sup>18</sup>.

Come noto, infatti, *"la sola messa in liquidazione della società – implicando il mutamento della finalità dell'attività economica e gestionale svolta, non più in continuità aziendale, ma appunto a scopo liquidatorio – comporta, secondo la dovuta applicazione dei relativi principi contabili (OIC 5, par. 4.1 e ss.), una consistente svalutazione degli asset aziendali attivi, lo storno di alcune poste attive e l'emersione di alcune particolari poste passive, nonché lo svolgimento di un periodo di liquidazio-*

*ne, più o meno lungo e complesso a seconda del tipo di attività svolto, il cui risultato economico, per lo più fisiologicamente negativo, dev'essere considerato"*<sup>19</sup>.

Orbene, è ovvio che *"di tali diminuzioni patrimoniali non si può far carico agli amministratori in termini di quantificazione del danno, poiché, quand'anche essi avessero tempestivamente messo in liquidazione la società, quelle svalorizzazioni vi sarebbero state comunque, sicché esse non sono loro imputabili per carenza di nesso di causalità con il comportamento tenuto"*. Ne consegue che, ai fini della corretta applicazione del metodo di liquidazione del danno di cui si discute, *"è imprescindibile quantificare la svalorizzazione suddetta e, quando non sia possibile tale quantificazione, nemmeno in via equitativa, il metodo è inutilizzabile (salvo vi sia prova, nel singolo caso, dell'insussistenza di tale effetto di abbattimento degli attivi in ragione delle particolarità organizzative, operative, finanziarie ed economico-patrimoniali della società)"*<sup>20</sup>.

Infine, la stessa sentenza citata precisa, a conclusione del ragionamento svolto, che *"la quantificazione del patrimonio netto rispettivamente alla data della perdita del capitale ed alla data della tardiva messa in liquidazione o della dichiarazione di fallimento va effettuata secondo criteri contabili omogenei, in particolare, per quel che si è detto, secondo quelli propri della liquidazione"*.

Per quanto attiene all'ulteriore problema della **prova e quantificazione del danno nel caso in cui la mancanza o l'irregolare tenuta delle scritture contabili, addebitabile allo stesso amministratore, impedisca di ricostruire quale sia stato l'effettivo andamento dell'impresa** prima della dichiarazione di fallimento, la giurisprudenza anteriore alla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione sopra richiamata aveva affermato che,

17 Trib. Roma 5.2.2018 n. 2602, in *Sistema Integrato Eutekne*.

18 Trib. Milano 27.10.2015 n. 12000, in *Sistema Integrato Eutekne*.

19 *Idem*.

20 *Idem*.



in questo caso, si verificasse un'inversione dell'onere della prova (soggiungendo che la citata condotta, integrando la violazione di specifici obblighi di legge in capo agli amministratori, risultava di per sé idonea a tradursi in un pregiudizio per il patrimonio sociale<sup>21</sup>). Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza sopra richiamata hanno tuttavia respinto tale interpretazione, sul presupposto che *"la mancanza o l'irregolarità della contabilità sociale non sono legate da alcun potenziale nesso eziologico con il danno costituito dal deficit patrimoniale accertato in sede fallimentare"*. Pertanto il *"postulare che l'amministratore debba rispondere dello sbilancio patrimoniale della società sol perché non ha correttamente adempiuto l'obbligo di conservazione delle scritture contabili ed ha reso perciò più arduo il compito ricostruttivo del curatore fallimentare equivale, in tale situazione, ad attribuire al risarcimento del danno così identificato una funzione palesemente sanzionatoria"*<sup>22</sup>.

Peraltro, a temperamento di tale conclusione, la Corte a Sezioni Unite ha rilevato tuttavia che la mancanza delle scritture contabili può costituire un argomento per invocare la disposizione dell'art. 1226 c.c. e chiedere al giudice di provvedere alla **liquidazione del danno in via equitativa**. E sulla base di tale rilievo ha affermato il principio di diritto che la differenza tra il passivo e l'attivo accertati in ambito fallimentare, in caso di assenza o palese irregolarità delle scritture contabili, può essere utilizzata come criterio ai fini della liquidazione equitativa del danno, *"purché siano indicate le ragioni che non hanno permesso l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore e purché il ricorso a detto criterio si presenti*

*logicamente plausibile in rapporto alle circostanze del caso concreto"*<sup>23</sup>.

### LA PRESUNZIONE INTRODotta DAL CODICE DELLA CRISI: LA PROVA CONTRARIA ED IL NESSO DI CAUSALITÀ

In questo quadro giurisprudenziale, ispirato a criteri di logica e di buon senso, è intervenuto a "gamba tesa" il Codice della crisi, con una norma destinata sicuramente a far discutere. L'art. 378 del DLgs. 14/2019 ha aggiunto infatti all'art. 2486 c.c. un terzo comma che affronta e risolve il dibattito sorto sui due temi illustrati al paragrafo che precede, alleviando in modo sensibile l'onere probatorio del curatore<sup>24</sup>.

La prima parte del comma 2 dell'art. 2486 c.c. stabilisce che: *"Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione"*.

La seconda parte del predetto comma soggiunge che *"Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura"*.

La portata innovativa della disposizione sopra

21 Cass. 11.3.2011 n. 5876; Cass. 4.4.2011 n. 7606, in *Sistema Integrato Eutekne*.

22 Cass. n. 9100/2015, cit.

23 *Idem*.

24 Per un approfondimento delle novità in tema di responsabilità degli organi gestori e di controllo introdotte dal Codice della crisi si veda la puntuale analisi di Dimundo, che si sofferma specificamente sui criteri di attribuzione e liquidazione del danno introdotti dall'art. 378 del DLgs. 14/2019 (Dimundo F. "Il Codice della Crisi rimodella le azioni di responsabilità del curatore", in "La riforma del fallimento", cit., p. 124 ss.).

richiamata sta nel fatto che essa introduce una **vera e propria presunzione in ordine alla quantificazione del danno**: danno che, per espressa disposizione di legge, "si presume" pari alla differenza tra i netti patrimoniali, così operando un'inversione dell'onere della prova che competerebbe all'attore che promuove l'azione di responsabilità.

Il danno, in buona sostanza, si presume pari alla differenza tra i netti patrimoniali, e **spetta all'amministratore convenuto offrire la prova di una diversa quantificazione**.

Orbene, non è chi non veda come una tale impostazione, chiaramente volta ad agevolare gli organi fallimentari nell'esperimento delle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci delle società fallite, finisca con il prestarsi ad inammissibili semplificazioni se non a veri e propri abusi.

Occorre infatti considerare che, nelle procedure concorsuali, l'azione viene autorizzata dal tribunale sulla base di una relazione, predisposta dal curatore, che evidenzia le ipotesi di responsabilità addebitate ad amministratori e sindaci: relazione alla quale, pur non avendo rilevanza probatoria in senso tecnico (trattandosi di atto predisposto e proveniente dalla parte stessa che promuove l'azione), gode in genere di un elevato grado di attendibilità: anche in considerazione della particolare posizione del curatore, che, pur rappresentando il fallimento, assume pur sempre la veste di un pubblico ufficiale che ha la funzione di tutelare interessi diffusi (della società, dei creditori e dei terzi).

In questo delicato contesto si svolge l'istruttoria, che nella larghissima maggioranza dei casi si risolve con la nomina di un Consulente tecnico d'Ufficio, al quale, nonostante i principi che regolano la distribuzione dell'onere probatorio, il Tribunale finisce, in buona sostanza, con il demandare l'accertamento delle responsabilità e dei danni: rovesciando quindi sul CTU quell'onere probatorio che dovrebbe invece essere assolto dall'attore.

A ciò aggiungasi che le posizioni dell'amministratore e del sindaco convenuti nella causa di responsabilità promossa dalla curatela risultano poi ancora più delicate ed onerose

in ragione del fatto che tutta la documentazione utilizzabile per provare/escludere la responsabilità è nelle mani del fallimento (dove è spesso difficile ricostruire, talora a distanza di molti anni, il contesto fattuale in cui si sono svolte le vicende in relazione alle quali sono stati mossi i singoli addebiti).

Per evitare distorsioni del sistema, occorrerà pertanto che la giurisprudenza ribadisca con fermezza la centralità del principio che la valutazione e quantificazione del danno (seppur effettuabili in via presuntiva secondo i criteri sopra riferiti) presuppongono pur sempre la **prova della sussistenza del nesso causale** tra gli inadempimenti contestati all'organo di controllo ed il danno derivato alla società: prova che non può essere presunta ma che deve essere fornita, secondo i principi generali che informano il nostro sistema processuale, dall'attore che promuove l'azione di responsabilità.

Questo principio si desume del resto chiaramente dall'*incipit* della disposizione, che espressamente stabilisce che la presunzione sull'ammontare del danno opera "*Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo*": e quindi quando sono provati l'inadempimento ed il suo concatenamento causale con il danno.

Competerà quindi in ogni caso all'attore dimostrare non solo che gli amministratori hanno proseguito l'attività della società dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, ma anche che la prosecuzione è avvenuta in violazione degli obblighi di conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

Un'ulteriore mitigazione del rigido principio introdotto dal legislatore potrà essere invocata valorizzando in modo adeguato l'indicazione, contenuta nel criterio di determinazione del danno, che impone di tener conto dei "**costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione**": costi che devono essere detratti ai fini del calcolo delle differenze tra i netti patrimoniali.

La varietà delle situazioni riscontrabili nella realtà delle aziende è tale per cui, nell'im-



possibilità di indicare in modo analitico le poste rettificative da prendere in considerazione ai fini del calcolo delle differenze tra i netti patrimoniali, il legislatore ha preferito introdurre un criterio generale: quello appunto della "normalità", cui dovranno attenersi il Consulente Tecnico ed il Giudice nell'individuare i costi di gestione che, ai fini del computo del danno, dovranno essere presi in considerazione e scomputati dal "maggior passivo" generato dalla prosecuzione dell'attività, in quanto coerenti con la gestione conservativa imposta dalla legge ovvero che si sarebbero dovuti sostenere anche nel caso di una tempestiva messa in liquidazione della società.

Orbene, volendo individuare alcuni spunti interpretativi utili per dare applicazione concreta al concetto di "normalità", si può innanzitutto far riferimento ai principi enunciati dalla giurisprudenza (richiamata nel paragrafo che precede), che ha elaborato il criterio (adottato dal legislatore) della "differenza dei netti patrimoniali": criterio che consiste nella "comparazione dei patrimoni netti (determinati secondo criteri di liquidazione previa se del caso rettifica delle voci di bilancio scorrette) registrati alla data della (doverosa) percezione del verificarsi della causa di scioglimento da parte degli organi sociali e alla data di messa in liquidazione della società (o di fallimento della stessa)"<sup>25</sup>; Applicando questi principi, dovrebbero innanzitutto considerati normali, e dovrebbero essere scomputati dai costi che hanno contribuito a generare la perdita, i costi "che sarebbero stati compatibili (ineliminabili) con lo stato di liquidazione della società (es. locazione immobili, servizi, oneri finanziari passivi, costo dipendenti) che si assume avrebbe dovuto essere tempestivamente disposto"<sup>26</sup>.

Inoltre, il criterio di normalità dovrebbe essere interpretato tenendo conto che l'art. 2486 c.c. non contempla più a carico degli

amministratori il divieto di compiere nuove operazioni (previsto dalla formulazione anteriore alla riforma del diritto societario), ma impone l'obbligo di attuare una gestione conservativa, volta al mantenimento "dell'integrità e del valore del patrimonio sociale". E ancora, tale interpretazione dovrà necessariamente tener conto delle finalità delle nuove disposizioni introdotte dal Codice della crisi, che mirano appunto a salvaguardare per quanto possibile il presupposto della continuità d'impresa, la cui sussistenza è fondamentale per valorizzare l'azienda sia nella prospettiva del superamento della crisi, sia nella prospettiva del ricorso alla liquidazione giudiziale. Per questa ragione dovranno essere considerati "normali" anche quei costi funzionali alla prosecuzione dell'attività caratteristica e al mantenimento dei contratti in essere, ovvero necessari per evitare di incorrere in inadempimenti, penali o risoluzioni contrattuali: nella ragionevole prospettiva di addivenire, per esempio, ad un concordato in continuità diretta o indiretta, ovvero ad una vendita in blocco dell'azienda (piuttosto che alla cessione frazionata delle attività) in sede di liquidazione giudiziale. Infine, il riferimento al criterio della normalità consente di sostenere che, ai fini della valorizzazione della "differenza dei netti patrimoniali", dovranno sempre trovare applicazione i criteri enunciati dalla giurisprudenza e riferiti al paragrafo precedente: e cioè occorrerà considerare l'abbattimento che il patrimonio netto avrebbe comunque subito se la società fosse stata tempestivamente posta in liquidazione a seguito della perdita del capitale sociale; e la quantificazione del patrimonio netto rispettivamente alla data della perdita del capitale ed alla data della tardiva messa in liquidazione o della dichiarazione di fallimento andrà effettuata secondo criteri contabili omogenei (e più precisamente secondo quelli propri della liquidazione), e quindi considerando le

25 Così: Trib. Milano 22.1.2015, in *Sistema Integrato Eutekne e Le Società*, 5, 2016, p. 609, con nota di Bisignano V.

26 *Idem*. La sentenza è richiamata anche da Dimundo F., cit.

svalutazioni obbligatorie delle attività imposte dall'ottica liquidatoria.

Le considerazioni che precedono **non paiono**, invece, **trovare analoga applicazione** nell'ipotesi, prevista dalla seconda parte del nuovo comma 3 dell'art. 2486 c.c., di **impossibilità di determinare i netti patrimoniali a causa dell'assenza o dell'irregolarità delle scritture contabili**: ipotesi in cui opera invece il criterio rigido della liquidazione del danno "*in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura*".

In questo caso, infatti, la formulazione della norma è assai più scarna e rigida, e pare quasi configurare una responsabilità "punitiva", di tipo sanzionatorio, collegata alla mancata tenuta o alla tenuta irregolare della contabilità. Sembra, peraltro, corretto ritenere che la previsione di un'ipotesi di responsabilità oggettiva sarebbe del tutto incoerente con il nostro sistema delle responsabilità, e che pertanto il legislatore abbia in realtà voluto far proprio il precedentemente orientamento giurisprudenziale (anteriore alla citata sentenza 6.5.2015 n. 9100 delle Sezioni Unite della Cassazione), che individuava nell'assenza o irregolarità della contabilità sociale un inadempimento di gravità tale da determinare un'inversione dell'onere probatorio. Occorre comunque precisare che, in ogni caso, il criterio della differenza tra l'attivo e il passivo accertati nella procedura non potrà essere invocato in modo generalizzato nei confronti di tutti gli amministratori che si sono avvicendati nella carica, ma potrà essere fatto valere solo nei confronti degli **amministratori cui sia direttamente imputabile** (sotto il profilo temporale e causale) **la mancata o irregolare tenuta della contabilità sociale**.

#### **NECESSITÀ DI UNA VALUTAZIONE EX ANTE DELLE SCELTE GESTORIE DEGLI AMMINISTRATORI**

Un ulteriore temperamento degli effetti distorsivi della disposizione sopra richiamata

potrebbe derivare da un'applicazione rigorosa del principio, che inizia ad affermarsi in giurisprudenza, secondo cui le scelte gestorie devono essere necessariamente valutate con un **parametro ex ante**, ossia considerando i fatti e le condizioni esistenti al momento in cui tali scelte sono state assunte dall'organo amministrativo.

Significativa, a tale proposito, è la recente sentenza della Cassazione<sup>27</sup>, che ha avuto il merito di sottolineare come la ragionevolezza delle scelte gestorie sia da valutare "*ex ante, secondo i parametri della diligenza del mandatario [...], sia tenendo conto della mancata adozione delle cautele, delle verifiche e delle informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta di quel tipo e della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere*", così tentando di arginare il fenomeno delle azioni di responsabilità sociale costruite su una valutazione esclusivamente *ex post* delle scelte operate dall'amministratore, ignorando le condizioni ed i fatti al momento delle scelte stesse e quindi addebitando all'amministratore gli effetti negativi delle proprie scelte per il solo fatto della produzione di un successivo danno, senza adeguata verifica del nesso causale tra il presunto inadempimento e il danno.

E infatti, ai fini dell'accertamento della responsabilità, non è sufficiente la mera violazione di un dovere, ma il Giudice è chiamato a verificare che, qualora la condotta esigibile fosse stata posta in essere, non si sarebbe verificato l'evento pregiudizievole; in altri termini, si tratta di condurre il c.d. "giudizio controfattuale", supponendo realizzata la condotta diligente omessa e chiedendosi se in tal caso l'evento sarebbe venuto meno. Ed è logico che questa valutazione non possa che essere effettuata *ex ante*, ponendosi nella prospettiva dei soggetti investiti della funzione amministrati-

27 Cass. 22.6.2017 n.15470, in *Sistema Integrato Eutekne*.





va al momento in cui la condotta diligente richiesta era da loro esigibile, e non *ex post*, giacché il giudizio controfattuale deve essere condotto sulla base delle informazioni e delle circostanze note o doverosamente conoscibili al momento dell'esigibilità della condotta, e non successivamente<sup>28</sup>. Occorrerà quindi valutare, con giudizio *ex ante*, la sussistenza di condizioni tali da giustificare la prosecuzione dell'attività d'impresa (marginalità dell'attività, tempistiche necessarie per avviare accordi con i creditori o procedure di composizione della crisi; trattative con potenziali acquirenti; necessità di evitare l'applicazione di penali conseguenti all'interruzione dei contratti in essere; peculiarità legate al tipo di attività, al personale in forze, ecc.), nella prospettiva di una composizione della crisi o, in caso di irreversibilità della stessa, della miglior valorizzazione degli *asset* aziendali (in sede concordataria o di liquidazione giudiziale); la responsabilità ed il danno che ne consegue potranno essere accertati solo in presenza di operazioni che, secondo un giudizio di normalità, risultino ingiustificate, non adeguatamente valutate e pianificate o imprudenti.

### L'ESTENSIONE DELLA RESPONSABILITÀ SOLIDALE IN CASO DI AMMINISTRAZIONE COLLEGALE

Occorre, infine, precisare che le modifiche apportate all'art. 2486 c.c. dal Codice della crisi, intervenendo, come detto, esclusivamente sui criteri di quantificazione del danno, **non introducono alcuna deroga ai principi che regolano l'accertamento e l'attribuzione della responsabilità solidale** degli amministratori in caso di amministrazione collegiale. Pertanto, nel caso in cui la società sia amministrata da un Consiglio di Amministrazione, la responsabilità di cui all'art. 2486 c.c., per la prosecuzione dell'attività sociale dopo il veri-

ficarsi di una causa di scioglimento, non potrà essere attribuita in via generalizzata a tutti gli amministratori, ma dovrà essere accertata in relazione al **ruolo in concreto rivestito da ciascuno** e solo in presenza di inadempimenti direttamente collegabili, sul piano causale, al danno derivato alla società.

Com'è noto, infatti, il vecchio sistema dei poteri, doveri e delle responsabilità degli amministratori delle società di capitali (che tendeva a porre sullo stesso piano tutti i componenti dell'organo gestorio collegiale, affiancando alla responsabilità degli amministratori che avevano contribuito direttamente alla causazione del danno, la responsabilità omissiva di quelli che, pur non avendo preso parte all'illecito, ne avevano permesso il compimento o non si erano attivati per impedirne o attenuarne le conseguenze pregiudizievoli) è stato sovvertito a seguito della riforma del diritto societario, che è intervenuta in modo sensibile sul sistema sopra delineato, con la precisa finalità (espressamente enunciata nella Relazione tecnica di accompagnamento al DLgs. 6/2003) di far sì che *"la posizione di ciascuno dei vari soggetti solidalmente responsabili"* sia valutata *"distintamente, in relazione alle circostanze di ogni singolo caso e ai diversi obblighi che fanno loro capo"*.

Il nuovo quadro normativo si incentra su una più marcata distinzione dei ruoli e delle funzioni attribuiti ai singoli componenti dell'organo gestorio collegiale, e da una più accurata individuazione dei poteri e dei doveri che ad essi competono in relazione alle cariche in concreto rivestite. All'eliminazione del dovere di vigilanza (che nel sistema precedente costituiva il cardine della solidarietà) e alla sua sostituzione con alcuni specifici e ben individuati obblighi di informare e di agire informati, previsti dal nuovo art. 2381 c.c., si è affiancata la previsione (contenuta nell'art. 2392 c.c.) di una netta demarcazione tra il

28 Questo principio, spesso ignorato dai Tribunali chiamati a pronunciarsi in materia, inizia ora ad essere recepito anche dalla giurisprudenza di merito. In questo si veda la lucida motivazione della recente ordinanza collegiale del Trib. Genova 6.10.2017 n. 8880, in *Sistema Integrato Eutekne* e commentata da Malucchi S. "Configurabilità e valutazione della responsabilità degli organi di amministrazione e controllo delle società di capitali", in *questa Rivista*, 2, 2018, p. 53 ss.

ruolo degli amministratori investiti di deleghe, che hanno la responsabilità della gestione corrente, e quello dei semplici consiglieri senza deleghe, che ricevono le informazioni relative alla gestione in Consiglio di Amministrazione e che in tale sede esercitano il loro diritto/dovere di agire informati, nell'ambito della dialettica consiliare (è infatti assolutamente chiara la formulazione dell'art. 2381, u.c., c.c. che precisa che "*ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società*").

In base ai principi che regolano la **distribuzione dell'onere probatorio**, l'attore che deduca e lamenti l'illegittima prosecuzione dell'attività sociale dopo il verificarsi di una causa di scioglimento dovrà sempre:

- provare in modo qualificato, cioè sufficientemente preciso e determinato, il comportamento inadempiente che assume causativo del danno, ovvero il momento in cui il capitale sociale sarebbe sceso per perdite sotto il minimo legale o sarebbe divenuto negativo;
- provare che l'attività di gestione della società è proseguita, in violazione degli artt. 2447 e 2486 c.c., senza l'adozione di misure volte alla conservazione del valore del patrimonio sociale e della sua integrità ed invece con assunzione di nuovo rischio imprenditoriale;
- provare che tale prosecuzione illegittima dell'attività sociale ha causato un danno alla società o ai creditori.

Pertanto, qualora vengano contestate scelte ed iniziative imputabili in prima battuta ad uno o più amministratori delegati, ai fini di invocare la responsabilità solidale dei consiglieri privi di delega spetterà sempre al soggetto il quale afferma la responsabilità allegare e provare, a fronte dell'inerzia dei consiglieri non delegati, l'esistenza di segnali d'allarme (anche impliciti nelle anomale condotte gestorie lamentate) che avrebbero dovuto indurli ad esigere un supplemento di informazioni o ad attivarsi in altro modo (con la richiesta di convocazione del Consiglio di Amministrazione rivolta al presidente,

il sollecito alla revoca della deliberazione illegittima od all'avocazione dei poteri, l'invio di richieste per iscritto all'organo delegato di desistere dall'attività dannosa, l'impugnazione delle deliberazione ex art. 2391 c.c., la segnalazione al PM o all'autorità di vigilanza, e così via); mentre, assolto tale onere, spetterà agli amministratori provare di avere tenuto la condotta attiva dovuta o il verificarsi di una la causa esterna, che abbia reso non percepibili quei segnali o impossibile qualsiasi condotta attiva mirante a scongiurare il danno. Qualora, invece, il danno subito dalla società non derivi dal compimento di uno specifico atto di *mala gestio*, ma direttamente dalla prosecuzione di una gestione caratterizzata dall'eccedenza dei costi sui ricavi imputabile all'intero organo amministrativo, l'attore dovrà pur sempre dimostrare la mancata adozione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, ovvero la violazione dell'obbligo di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

---

## CONCLUSIONI

L'analisi condotta nei paragrafi che precedono evidenzia come la nuova disciplina delle responsabilità di amministratori e sindaci, introdotta dal Codice della crisi, sia fortemente influenzata da una convinzione del legislatore, la cui fondatezza è ancora tutta da verificare; e cioè che la scarsa propensione degli imprenditori a reagire prontamente al presentarsi di segnali di crisi e ad avvalersi tempestivamente degli strumenti pre-concorsuali di composizione della crisi possa essere vinta, da un lato, mediante l'inasprimento degli obblighi di diligenza e organizzazione, e d'altro lato mediante la previsione di un sistema di incentivi (in termini di attenuazione o esclusione della responsabilità personale dei com-

ponenti degli organi di amministrazione e controllo), per chi si attivi e ricorra tempestivamente a tali misure.

Il risultato di quest'impostazione è un quadro normativo assai rigido, in cui poteri, doveri, tempi e responsabilità sono predeterminati per legge, con disposizioni che lasciano poco spazio a valutazioni discrezionali.

Spetterà alla giurisprudenza il compito di elaborare i criteri interpretativi necessari per evitare che un'applicazione troppo rigorosa della nuova disciplina possa creare effetti di "overdeterrence", trasformando

in meri esercizi matematici e sterili automatismi le valutazioni e le attivazioni dei vari soggetti investiti di ruoli di vigilanza e controllo: con l'effetto di frustrare le finalità stesse per cui la nuova disciplina è stata emanata.

Spetterà invece agli imprenditori, ed ai professionisti che li assistono nella gestione dell'impresa, effettuare quel "cambio di paradigma" necessario per comprendere e assimilare le novità della disciplina e trasformare le difficoltà applicative che essa comporta in un'opportunità.

