



[Crisi d'impresa](#)" class="voce">

Le misure di allerta interna ed esterna nel nuovo codice della crisi di impresa

di [Lucia De Bernardin](#)

26 novembre 2020

*Le misure di allerta interna ed esterna nel nuovo codice della crisi di impresa**

di Lucia De Bernardin

Sommario: 1. Le misure di allerta – 2. La c.d. allerta interna: gli indici della crisi – 3. (segue): il ruolo degli amministratori – 4. (segue): il ruolo degli organi di controllo – 5. La c.d. allerta esterna – 6. Allerta e legislazione di emergenza.

1. Le misure di allerta

Uno dei principali obiettivi che si prefigge il d.lgs.14 del 2019 (di seguito: Codice) è dichiaratamente quello di dare attuazione in Italia alle indicazioni rinvenienti dalla raccomandazione n. 2014/135/UE, ossia consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire l'attività[\[1\]](#).

Si legge nella relazione illustrativa che: *“l’importanza di questo obiettivo è molto evidente poiché le possibilità di salvaguardare i valori di un’impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell’intervento risanatore, mentre il ritardo nel percepire i segnali di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile”*.

Nel perseguire questo proposito viene operata una precisa scelta ideologica, quella secondo cui è necessario rilevare precocemente l'eventuale stato di crisi dell'impresa per poter procedere con tempestività alla sua eliminazione e consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa. Scelta che si contrappone ad altra impostazione dogmatica, secondo cui l'ordinamento deve limitarsi a garantire che l'impresa insolvente esca dal mercato e non, invece, positivamente adoperarsi per il superamento della crisi^[2].

La scelta del legislatore italiano è in linea con quella del legislatore europeo che da anni si propone l'obiettivo di una rilevazione tempestiva della crisi, nella prospettiva del mantenimento della continuità aziendale per il perseguimento del triplice fine: consentire all'imprenditore di superare lo stato di crisi e di proseguire l'attività imprenditoriale; garantire ai creditori l'ottenimento di un (seppur spesso parziale) soddisfacimento del proprio credito; evitare alla collettività le esternalità negative connesse alla fuoriuscita dal mercato di un'impresa, segnatamente in termini di perdita di posti di lavoro.

Nel codice si trova quindi, innanzitutto, per la prima volta la definizione di: "crisi", ossia quello: "*stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*"^[3].

L'ambizioso fine di consentire all'imprenditore di individuare tempestivamente l'insorgere di uno stato di crisi per enucleare una soluzione che gli consenta di superarla è stato, poi, attuato tramite un'articolata serie di strumenti che vanno: dall'individuazione di indici rivelatori della crisi, all'imposizione di precisi obblighi in capo all'organo amministrativo e all'organo di controllo di rilevare suddetti indici, alla delineazione di un modello operativo che conduce –in caso di rilevazione degli indici della crisi- o all'individuazione di una soluzione adeguata alla ragione della crisi nell'ambito delle dinamiche interne all'impresa ovvero all'attivazione di un procedimento innanzi a soggetto esterno all'impresa (OCRI) che dovrebbe favorire l'individuazione di tale soluzione^[4]. Obblighi di rilevamento e di segnalazione (cd. allerta esterna) sono stati poi posti a carico anche di soggetti pubblici cd. qualificati (Agenzia delle entrate, Inps e Agente per la riscossione).

In attuazione del principio fissato dall'art.14 co.1 lett.a) della legge delega n.155/2017, il sistema dell'allerta trova applicazione a tutti gli imprenditori commerciali costituiti in forma societaria, con l'esclusione di categorie di soggetti che svolgono particolari attività in relazione a cui già esistono specifici regimi di vigilanza^[5].

2. La c.d. *allerta interna*: gli indici della crisi

Per perseguire il proposito di indurre il sistema economico a rilevare tempestivamente la crisi dell'impresa, il legislatore ha dovuto cimentarsi con l'individuazione degli indicatori della crisi, compito non semplice tenuto conto della difficoltà di fissare con definizioni normative -per vocazione destinate all'applicazione nei confronti di tutti i consociati in maniera indiscriminata- caratteristiche per loro natura mutevoli e articolate -quali sono le peculiarità dell'attività d'impresa[6].

Proprio nella prospettiva del mantenimento dell'impresa sul mercato, il legislatore individua gli indici della crisi in quei dati che -in via prospettica- precludono la continuità aziendale[7], ossia quell'attitudine: *“dell'impresa a generare flussi economico-finanziari idonei a dare compimento al ciclo produttivo e, dunque, a far fronte regolarmente alle obbligazioni aziendali in un arco temporale di almeno dodici mesi dalla chiusura dell'esercizio”*[8].

La non facile missione del legislatore delegato sul punto è stata accompagnata da diverse riflessioni degli aziendalisti che, nel corso dell'*iter legis*, non hanno mancato di rimarcare le criticità connesse ai diversi criteri di volta in volta individuati, partendo dall'indicazione della legge delega (in cui si venivano in rilievo quali indici: il rapporto fra i mezzi propri e mezzi di terzi, l'indice di rotazione dei crediti, l'indice di rotazione del magazzino e l'indice di liquidità, art.4 lett. h l.155/2017)[9], passando dallo schema di decreto legislativo presentato dal Governo (rapporto fra flusso di cassa e attivo, tra patrimonio netto e passivo, tra oneri finanziari e ricavi, art.13)[10], sino all'attuale formulazione che recepisce le osservazioni della commissione giustizia della Camera volte a: *“sostituire il riferimento esplicito ad indicatori specifici con l'indicazione di aree di verifica più rilevanti, alle quali possono ascriversi i rapporti indicati”* [11].

Attualmente, quindi, il primo comma dell'articolo sugli indicatori della crisi impone una valutazione circa la possibilità dell'impresa di onorare regolarmente i propri debiti su un termine di medio-breve periodo di sei mesi e nella prospettiva della continuità aziendale, tenuto anche conto: da un lato, dalla sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare; dall'altro dall'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi[12].

Pur a fronte dello sforzo profuso nell'enucleare in via normativa degli indici della crisi aziendale, il legislatore delegato ha, tuttavia, previsto che sia il Consiglio dell'ordine dei dottori commercialisti a individuare -con cadenza triennale- in ragione delle peculiarità delle diverse tipologia di attività imprenditoriale, quali siano gli indici -fra quelli di cui al comma 1- che in

concreto consentano di presumere lo stato di crisi[\[13\]](#).

La scelta è stata, quindi, quella di affidare a soggetto diverso dall'organo legislativo -sebbene istituzionale- il compito di individuare gli indici che siano atti a disvelare lo stato di crisi e ciò sulla scorta della comprensibile preoccupazione degli operatori circa la difficoltà di individuare in maniera: "standardizzata" indici effettivamente sintomatici dello stato di crisi, considerate le (anche rilevanti) differenze che possono caratterizzare l'attività d'impresa, vuoi per le sue dimensioni, vuoi per il settore merceologico, vuoi ancora per la zona geografica ove l'attività è sita[\[14\]](#).

La medesima preoccupazione ha, poi, condotto alla formulazione del terzo comma dell'art.13 cci, ossia la possibilità per l'imprenditore di stimare l'inadeguatezza degli indici come sopra individuati in relazione alle caratteristica della propria attività e di indicare quelli che -di contro- considera adeguati, dandone conto nella nota integrativa e previa attestazione da parte di professionista qualificato[\[15\]](#).

Accanto a questo meccanismo di rilevazione degli indici della crisi di carattere più prettamente aziendale, sono poi fissati come indicatori della crisi i ritardi reiterati e significativi nei pagamenti, anche sulla base dell'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni e dell'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni, per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti.

Come già osservato, sarà importante verificare come -in concreto- si atteggeranno gli operatori del diritto nell'interpretazione del rapporto fra queste due tipologie di indici di allerta di natura, all'evidenza, non omogenea[\[16\]](#).

3. (segue): il ruolo degli amministratori

Lo strumento dell'allerta interna -ossia l'individuazione dei segnali della crisi all'interno dell'assetto organizzativo dell'impresa- è stato attuato dal legislatore della riforma tramite un duplice canale: da un lato, con la previsione dell'obbligo -in capo all'organo amministrativo- di approntare strutture organizzative in grado di rilevare tempestivamente gli indici della crisi, attivandosi -in caso di rilevazione di tali indici- per il loro superamento[\[17\]](#); dall'altro, con l'introduzione di obblighi -in capo agli organi di controllo e di revisione delle società- di monitoraggio e di attivazione di un procedimento in prima battuta interno, volto al superamento della situazione di crisi eventualmente rilevata.

Raccogliendo anche spunti di carattere sovranazionale[\[18\]](#), il primo dei citati propositi è stato realizzato con l'introduzione di obblighi organizzativi a carico dell'imprenditore[\[19\]](#).

È stato quindi formulato il secondo comma all'art.2086 cc ai termini del quale: *“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”*[\[20\]](#).

Il medesimo obbligo è stato espressamente esteso alle società di persone (modifica dell'art.2257 cc), alle s.p.a. (modifica degli artt.2380 bis c.c. e 2409 novies cc) e alle s.r.l. (modifica dell'art. 2475 c.c.)[\[21\]](#). Stante il rimando generale di cui all'art.2519 cc, deve considerarsi sussistente anche in capo alle società cooperative.

L'organo amministrativo dovrà quindi dotare la struttura imprenditoriale di strumenti atti a rilevare l'esistenza di indici della crisi[\[22\]](#) e, ovviamente, la tipologia e le modalità operative di tali strumenti varieranno a seconda della minore o maggiore complessità dell'organizzazione aziendale[\[23\]](#).

Una volta intercettati sintomi di crisi, l'imprenditore deve –inoltre- attivarsi tempestivamente per la sua rimozione con l'adozione di: *“uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”*, immaginandosi che –a seconda della gravità della crisi rilevata- venga alternativamente adottato un rimedio di carattere interno –nelle ipotesi meno gravi- ovvero l'attivazione del procedimento innanzi all'OCRI ai sensi degli artt.18 e ss. c.c.[\[24\]](#).

Il codice della crisi estende poi agli amministratori di s.r.l. –nei limiti della compatibilità- gli obblighi già previsti dall'art.2381 cc nell'ambito delle società per azioni e, segnatamente, l'obbligo di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile in relazione alla natura e alle dimensioni dell'impresa e quello di relazionare con periodicità almeno semestrale sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione[\[25\]](#)

In altre parole, le società di capitali debbono ora dotarsi di strutture la cui adeguatezza non sarà più valutabile in relazione a parametri quantitativi o qualitativi, bensì (anche) in ragione del dato finalistico costituito dalla loro capacità di rilevare i sintomi della crisi e di attivare meccanismi per il recupero della continuità[\[26\]](#).

Pur con quelle che saranno le inevitabili diversità dovute alle caratteristiche dimensionali, strutturali e dell'attività espletata da ciascun imprenditore, le modifiche del codice civile appaiono inesorabilmente destinate a incidere sul modo in cui –tradizionalmente– è stato considerato il cd. “merito imprenditoriale”[\[27\]](#).

Le scelte della strategia d'impresa sono, infatti, tendenzialmente considerate sottratte a censure (anche) in sede giurisdizionale e ciò in estrinsecazione della dedotta insindacabilità del *business judgement rule*[\[28\]](#). La responsabilità dell'amministratore per i danni cagionati nell'ambito dell'attività d'impresa viene, infatti, usualmente individuata in condotte di *mala gestio* consistenti non in scelte imprenditoriali, bensì in violazioni di disposizioni di legge ovvero nell'adozione di scelte paleamente e clamorosamente irragionevoli. Viene ora introdotto un nuovo obbligo che apre un potenziale fronte sconosciuto di sindacato delle scelte operate dall'imprenditore in relazione all'adeguatezza dell'assetto organizzativo approntato[\[29\]](#).

Se alla superiore constatazione si aggiunge che il codice della crisi ha anche introdotto: tanto l'obbligo per l'imprenditore di assumere tempestivamente le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori, oltre che di gestire il patrimonio o l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori[\[30\]](#); quanto un'espressa previsione di responsabilità degli amministratori nei confronti dei creditori di conservazione dell'integrità del patrimonio sociale [\[31\]](#), non appare più dubitabile il recepimento nel nostro ordinamento di quelle che sono le riflessioni della dottrina aziendale anglosassone secondo cui, in coincidenza con la *twilight zone* (ossia coll'insorgenza di sintomi della crisi), la libertà che connota l'attività d'impresa usualmente orientata al perseguitamento del massimo profitto nell'interesse dell'imprenditore, deve essere –invece– improntata al diverso fine di tutela dell'aspettativa dei creditori di ottenere il soddisfacimento dei propri crediti[\[32\]](#).

La conseguenza che si intravede è che mentre sinora nell'ambito delle azioni di responsabilità è stata prestata scarsa attenzione all'operato dell'imprenditore (o del suo organo gestorio) quanto al comportamento tenuto nella *twilight zone* ravvisandosi sul tema scarna riflessione dogmatica e altrettanto rara giurisprudenza appuntandosi gli addebiti al più sull'esecuzione di comportamenti pregiudizievoli di carattere commissivo (quali ad esempio rimborso finanziamenti in violazione dell'art.2467 cc ovvero prosecuzione dell'attività d'impresa in situazioni di liquidazione di fatto che imporrebbero la ricapitalizzazione ovvero una gestione conservativa), d'ora innanzi suddetto operato sarà soggetto a vaglio critico *a posteriori* e ciò, si ritiene, non soltanto con riferimento all'*an* dell'attivarsi dell'imprenditore quanto (soprattutto) al

quomodo e, quindi, all'adeguatezza della scelta in concreto operata e delle attività compiute[33].

Quasi a contrappeso delle accresciute responsabilità, il legislatore delegante aveva dettato fra i criteri direttivi quello relativo alla previsione di misure premiali per i soggetti che attivano tempestivamente i meccanismi di allerta innanzi illustrati[34].

Ne è conseguita l'introduzione di misure premiali di natura civile che attengono –in via generale– alla riduzione di interessi e sanzioni su tributi nel corso dell'espletamento della procedura innanzi all'OCRI ovvero di agevolazioni in caso di opzione per lo strumento del concordato preventivo quale modalità di superamento della crisi[35].

Sempre in favore dell'imprenditore in caso di accesso alla procedura innanzi all'OCRI sono poi previste cause di non punibilità per le ipotesi in cui i reati connessi all'esercizio dell'attività d'impresa abbiano cagionato un danno di particolare tenuità ovvero attenuanti ad effetto speciale, con riduzione della pena sino alla metà[36].

4. (segue): il ruolo degli organi di controllo

Come accennato, il secondo dei menzionati propositi è stato realizzato introducendo nuovi oneri di vigilanza in capo agli organi di controllo societari, al revisore contabile e alla società di revisione, già nella fase fisiologica dell'attività d'impresa[37], a integrazione di quelli esistenti [38].

Un siffatto controllo deve immaginarsi possibile anche grazie allo scambio di informazioni *ex art.2409 septies cc* ed è agevolato dall'introduzione di un obbligo di segnalazione anche all'organo di controllo societario delle eventuali variazioni di variazioni, revisioni o revoche di affidamenti da parte degli istituti di credito[39].

Ancor prima che nell'ambito di un eventuale contezioso civile, l'adeguatezza delle scelte imprenditoriali volte alla rilevazione degli indici della crisi sarà quindi oggetto di vaglio da parte dell'organo di controllo, con quella che è stata stigmatizzata come una profonda innovazione del ruolo di quest'ultimo che -sinora tendenzialmente confinato in un ruolo di verifica di legittimità formale *a posteriori* dell'operato dell'organo amministrativo- ne diventa un necessario interlocutore nella fase di definizione degli accorgimenti volti all'individuazione dei segnali di crisi[40].

La verifica dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo durante tutto il corso dell'attività d'impresa si accompagna poi all'introduzione di un preciso obbligo di attivazione a carico dei medesimi soggetti nell'ipotesi di rilevazione di: “*fondati indizi di crisi*”.

Anche a prescindere da approfondimenti in questa sede circa l'esatta portata di questa locuzione, ciò nondimeno non può non rilevarsi come, anche in questa ipotesi, il ruolo degli organi di controllo si atteggia quale vero e proprio complemento dell'agire dell'amministratore, sopperendo alla sua eventuale inerzia e attivando il procedimento introdotto dall'art.14 co.2 cci che prevede in prima battuta la sollecitazione all'organo amministrativo di adozione di soluzioni adeguate al superamento della crisi, contempla poi un potere di valutazione dell'adeguatezza delle misure adottate e, in caso di insuccesso, ne disciplina la segnalazione della situazione all'OCRI[\[41\]](#).

La portata innovativa di queste disposizioni è amplificata da ulteriori modifiche al codice civile volte ad ampliare il novero delle società tenute a dotarsi di collegio sindacale[\[42\]](#). Si tratta di disposizioni le cui ricadute concrete non sono ancora state vagliate stante il differimento al bilancio di esercizio 2021 dell'obbligo di nomina e adeguamento degli statuti societari[\[43\]](#), con la particolarità che la legge ha espressamente indicato nel Conservatore del registro delle imprese quale soggetto tenuto alla segnalazione al Tribunale dell'omesso adeguamento da parte delle società[\[44\]](#).

Proiezioni sulla scorta dei dati disponibili hanno già denunciato un aumento importante del numero di società a responsabilità limitata che saranno tenute a dotarsi collegio sindacale che dovrebbero passare dall'attuale 3% circa a una percentuale variabile fra il 28,5% al 35%[\[45\]](#), e ciò segnatamente in ragione dell'introduzione del (nuovo) parametro relativo al numero dei dipendenti, dato che –secondo i primi interpreti che si sono occupati del tema- potrebbe comportare ripercussioni sul versante occupazionale per l'assunto anelito delle società a rimanere sottratte all'obbligo di dotarsi di collegio sindacale[\[46\]](#).

Così come per l'organo amministrativo, anche per l'organo di controllo le modifiche apportate al codice civile dal codice della crisi paiono in grado di impattare in maniera significativa e sistematica sul ruolo tradizionalmente riconosciutogli dal diritto societario, non solo durante l'eventuale fase dell'insorgenza e della gestione della crisi, ma –più in radice- sull'ordinario assetto dei rapporti fra soggetti che partecipano alla realtà dell'impresa.

In primo luogo, infatti, la circostanza che gli organi di controllo siano chiamati a verificare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo approntato dall'organo gestorio ai fini della rilevazione tempestiva dei segnali di crisi comporterà inevitabilmente –a monte- un confronto fra i due organi che sarà necessario mantenere tale e non trasformarlo in un'opera di supplenza dei primi rispetto all'eventuale inerzia o incapacità del secondo[\[47\]](#).

In secondo luogo, già da più parti è stato palesato il timore che questo nuovo ruolo degli organi di controllo possa condurre a situazioni di tensione, vuoi con la proprietà vuoi con l'organo gestorio, tensione per il rischio che i primi indulgano in un eccesso di cautela nelle segnalazioni all'OCRI per beneficiare delle esenzioni da responsabilità connesse alle misure premiali[\[48\]](#), rivelando in via eccessivamente anticipata i profili di crisi aziendale.

Per garantire che –pur con gli inevitabili assestamenti dovuti alla nuova disciplina- gli assetti societari mantengano il loro equilibrio, le segnalazioni degli organi di controllo dovranno quindi essere gestite con estrema cautela e professionalità, tenuto anche conto che –in sede di segnalazione all'OCRI- la legge li esonerà espressamente dal dovere di segretezza *ex art.2407 cc* sui fatti conosciuti per le ragioni del loro ufficio[\[49\]](#).

5. La c.d. allerta esterna

Un fronte del tutto originale aperto dal codice della crisi e dell'insolvenza è poi quello della cd. allerta esterna.

Sempre al deliberato fine di sollecitare l'imprenditore a prendere consapevolezza del proprio stato di crisi il legislatore italiano ha previsto che determinati enti pubblici qualificati (Agenzia delle entrate, INPS e Agente per la riscossione) segnalino al debitore il superamento di determinate soglie di indebitamento[\[50\]](#), diversamente individuate in ragione del soggetto segnalante[\[51\]](#).

La disposizione appare solo parzialmente ispirata alle prescrizioni della direttiva (UE) 2019/1023 (cd. direttiva *Insolvency*) che immagina –quale strumento di allerta- la rilevazione dell'indebitamento da parte di soggetti qualificati, ma ciò nella prospettiva della sola segnalazione di tale circostanza all'imprenditore[\[52\]](#). Nello scenario previsto dal legislatore italiano, invece, l'eventuale mancato riscontro da parte del debitore –nella forma di prova: vuoi dell'estinzione del debito, vuoi della presentazione di istanza di composizione assistita della crisi o di domanda per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza- comporta l'onere per i soggetti pubblici qualificati di procedere con la segnalazione all'OCRI perché venga attivato il procedimento di cui agli artt.17 e ss. cci[\[53\]](#).

Su altro versante, verosimilmente consapevole dell'usuale inerzia o comunque ritardo con cui i creditori pubblici qualificati tutelano in sede giurisdizionale il proprio credito -come attestato: da un lato, dagli importi milionari dei crediti per i quali questi si insinuano nei passivi dei fallimenti; dall'altro, dalla (quasi) assenza di istanze di fallimento proposte da tali soggetti che pur hanno tutti gli strumenti per rilevare il crescere del debito e l'avviarsi verso lo stato di crisi

dell'imprenditore- il legislatore ha introdotto misure sanzionatorie ove i suddetti enti non si attivino nei termini imposti dalla legge, consistenti per gli enti impositori nella perdita del privilegio e per l'agente per la riscossione nella perdita dei diritti per l'attività di riscossione [54].

La previsione appare un sicuro deterrente per il protrarsi di simili comportamenti da parte dei creditori qualificati, stante la notoria tendenziale incipienza degli attivi fallimentari rispetto ai crediti chirografari.

6. Allerta e legislazione di emergenza

A causa del dilagare della pandemia del COVID19, l'entrata in vigore dell'intero codice della crisi è stata posticipata al 21 settembre 2021 [55].

Pur nella consapevolezza della quantità di profili problematici che la legislazione dell'emergenza pone contemporaneamente su una pluralità di fronti (dal diritto societario al diritto fallimentare, passando da questioni di natura contabile e aziendale, con ineludibili problematiche di natura civilistica) ci si permette di chiudere la presente riflessione sull'allerta societaria con due considerazioni su come l'allerta sia non solo non accantonabile, ma anche -forse- possa essere uno strumento per traghettare le imprese in crisi (non solo) da COVID19 verso un rinnovato recupero della continuità aziendale.

In primo luogo, deve rimarcarsi che se è vero che gli obblighi di segnalazione all'OCCRI di cui agli artt.14 e 15 cci e il conseguente procedimento (ossia la parte più innovativa del codice per via del coinvolgimento di un soggetto esterno all'impresa nell'individuazione di una soluzione alla crisi) saranno legge a partire dal prossimo autunno, comunque è rimasta e rimane vigente la disposizione che impone all'imprenditore collettivo l'adozione di assetti organizzativi adeguati e di attivarsi senza indugio per l'adozione degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e per il recupero della continuità aziendale.

Non pare potersi affermare che tali obblighi siano venuti meno per via delle disposizioni della legislazione emergenziale che ha -fra le altre cose- sospeso gli obblighi di ricapitalizzazione [56] e fissato una presunzione di continuità aziendale nella redazione del bilancio di esercizio 2020 [57] trattandosi di disposizioni volte a sospendere con una *fictio iuris* l'automaticità di alcune previsioni di legge a fronte di situazioni sintomatiche ed emblematiche di una situazione di crisi [58], che non sembrano -tuttavia- esonerare l'imprenditore dal potere (se non dovere) di attivarsi per ricercare una soluzione alla crisi insorgente [59], disvelata dalla perdita di continuità aziendale: "di fatto".

In altri termini, pur a fronte della difficoltà di individuare una scelta strategica atta a consentire il superamento della crisi stante l'aleatorietà dei dati economici che rendono difficoltosa l'elaborazione di un piano industriale di ampio respiro, non pare che sia venuto meno l'obbligo per l'amministratore di individuare e monitorare tutti gli elementi che –a valle della causa di tutta la legislazione emergenziale, ossia la diffusione della pandemia da COVID19- costituiscono *de facto* la ragione della crisi (es. arresto dei flussi di cassa per via dell'obbligo di tenere chiuso l'esercizio commerciale ovvero per via del mancato pagamento da parte dei debitori, arresto della produzione per via della mancata ricezione delle forniture dall'estero, ecc...).

Così come non pare che la sospensione degli obblighi civilistici indicati esoneri dall'obbligo di ricerca di una soluzione della crisi, pur a fronte dell'assenza di strumenti *ad hoc* che tengano conto delle peculiarità delle ragioni della crisi, segnatamente con riferimento alla problematica relativa alla difficoltà di effettuare previsioni economiche di medio respiro, con le conseguenti ripercussioni in ordine alla difficoltà di immaginare e attestare piani di risanamento o di ristrutturazione aziendali.

La seconda riflessione –strettamente legata a quella che precede, ma non a questa perfettamente sovrapponibile- attiene all'attività degli amministratori durante il periodo della sospensione degli obblighi civilistici indicati, se si considera la mancata introduzione di un'esenzione dalle azioni revocatorie o da responsabilità penali in capo all'amministratore^[60].

Questo significa che –a maggior ragione- può essere importante per l'imprenditore disporre di un assetto organizzativo che gli consenta di operare scelte razionali e consapevoli che –anche in mancanza di un piano di ristrutturazione- possa fornire una giustificazione e una spiegazione alle scelte operate sia in termini civilistici, che penalistici.

***Relazione di sintesi dell'intervento svolto al corso “Doveri e responsabilità dell'imprenditore nella gestione dell'impresa in forma collettiva, alla luce dell'art. 2086 c.c. riformato”, organizzato, da remoto, dal 11 al 13 novembre 2020, dalla Scuola Superiore della Magistratura, in collaborazione con la formazione decentrata di Perugia**

[1] La relazione illustrativa al codice osserva peraltro che: “*la necessità dell'ingresso anticipato in procedura dell'imprenditore in crisi è principio riconosciuto da tutti gli ordinamenti e fa parte dei principi elaborati dall'UNCITRAL e dalla Banca Mondiale per la corretta gestione della crisi d'impresa*”, Parte prima. Titolo II. Capi I, II, III e IV

[2] Si tratta della medesima scelta ideologica che si pone alla base della normativa comunitaria, segnatamente della Raccomandazione della Commissione europea del 12 marzo 2014 (2014/135/UE) e della Proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio, Strasburgo, 22.11.2016, COM (2016) 723 Final in cui viene dato grande risalto anche agli effetti positivi che la continuità aziendale garantisce al sistema bancario (cui viene consentito il recupero di, almeno parte, dei crediti –altrimenti- deteriorati) e alla libera circolazione delle imprese (che non saranno impediti dall'avvio di rapporti economici con imprese di altri paesi né si asterranno dall'avviare attività economiche negli altri paesi in ragione del timore di non poter ottenere utili certi).

[3] Art.2, co.1 lett.a Codice della crisi e dell'insolvenza. Secondo la scienza aziendalistica la crisi dell'impresa si articola, usualmente, su cinque fasi: Fase 1 - Incubazione della crisi e allerta interna “informale”; Fase 2 - Maturazione della crisi e allerta interna “formale”; Fase 3 - Crisi conclamata reversibile, allerta interna “verso l'esterno” e allerta esterna; Fase 4 - Insolvenza reversibile e ricorso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza; Fase 5 - Insolvenza conclamata e istanza di liquidazione giudiziaria (cfr. sul punto: A. Danovi, P. Riva, *Le cinque fasi della crisi e dell'allerta*, in www.ilfallimentarista.it). Gli Autori rilevano anche come: *“Nel suo normale ciclo di vita, l'impresa può incorrere in periodi di crisi. Individuare per tempo quelli che possono esserne i segnali è una necessità: se la crisi è monitorata tempestivamente e con gli opportuni provvedimenti può essere risolta e, a volte, rappresentare anche una opportunità di crescita. Il concetto di crisi, per gli imprenditori, è complesso da affrontare; molti di essi mostrano un atteggiamento di rigetto nei confronti di questa eventualità e hanno una sostanziale difficoltà ad ammettere il declino, almeno fintanto che non assuma una rilevanza tale che la crisi non può più essere occultata. Le crisi, infatti, sono in genere precedute da fasi di declino che, se tempestivamente diagnosticate ed affrontate, consentono di fermare il processo degenerativo ed innescare una inversione di rotta (turnaround). Spesso le crisi si manifestano non perché siano inevitabili, ma perché le imprese non riescono a cogliere i segnali di allarme, non sono in grado di limitare gli effetti dannosi e soprattutto di monitorare le minacce per prevenirle”*.

[4] L'art.12 cci co.1: *“costituiscono strumenti di allerta gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15, finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione”*.

[5] Art.12 co.4 e 5: *“4. Gli strumenti di allerta si applicano ai debitori che svolgono attività imprenditoriale, esclusi le grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione, le società*

con azioni quotate in mercati regolamentati, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri stabiliti dal Regolamento della Commissione Nazionale per le società e la borsa - CONSOB concernente la disciplina degli emittenti. 5. Sono altresì escluse dall'applicazione degli strumenti di allerta: a) le banche, le società capogruppo di banche e le società componenti il gruppo bancario; b) gli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n.385; c) gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento; d) le società di intermediazione mobiliare, le società di gestione del risparmio, le società di investimento a capitale variabile e fisso, le società capogruppo di società di intermediazione mobiliare e le società componenti il gruppo; e) i fondi comuni di investimento, le succursali di imprese di investimento e di gestori esteri di fondi di investimento alternativi; i depositari centrali; f) le fondazioni bancarie di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153; g) la Cassa depositi e prestiti di cui al decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2003, n.326; h) i fondi pensione; i) le imprese di assicurazione e riassicurazione di cui al codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209. l) le società fiduciarie di cui all'articolo 199 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; le società fiduciarie, le società fiduciarie e di revisione e gli enti di gestione fiduciaria disciplinati dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966; le società di cui all'articolo 2 del decreto legge 5 giugno 1986, n. 233, convertito, con modificazioni, dalla legge 1 agosto 1986, n. 430; le società fiduciarie di cui all'articolo 60, comma 4, del decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 412”.

[6] Secondo gli aziendalisti: “la crisi rappresenta una fase di squilibrio economico – finanziario, che è in grado, se non affrontata, di mettere a repentaglio la continuità aziendale. Le tre condizioni di equilibrio aziendale: i) economica, ii) finanziaria e iii) patrimoniale, vanno tenute nella massima considerazione da parte degli organi di governance e di controllo, i quali dovranno considerare l'unitarietà delle oscillazioni, come se fossero aggregate in un unico contenitore. La perdita di marginalità che origina il disequilibrio economico nel tempo, falcidia il capitale netto ed intacca la solidità patrimoniale dell'azienda. Inizia in tal modo a disgregarsi l'equilibrio patrimoniale, con un conseguente incremento dell'indebitamento. Il disequilibrio finanziario e patrimoniale, originato solitamente dal disequilibrio economico, provoca indirettamente un ulteriore aggravamento del conto economico, mediante l'incremento degli oneri finanziari. La patologia è rappresentata dai seguenti valori apicali negativi: i) il patrimonio netto azzerato ii) il cash flow azzerato. Insomma per definirla semplicemente, per i giuristi, è l'insolvenza prospettica o futura” (A. Ferri, *La procedura di allerta tra il D.L. n. 83/2015, la legge delega di riforma e le bozze di decreti attuativi, in www.ilfallimentarista.it*).

[7] Sul nuovo ruolo del concetto di continuità aziendale nell'ambito della sfera gestoria dell'impresa e non più meramente contabile cfr., da ultimo: F. Foglietta, *La continuità aziendale nel nuovo CCII tra scansione temporale e obblighi degli amministratori*, in *Le società*, 8-9/2020, 821 e ss.

[8] L. GAMBÌ, *Continuità aziendale e responsabilità degli amministratori*, www.ilfallimentarista.it.

[9] Cfr. per un commento alle criticità insite in questi indici: R. Ranalli, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità*, in www.ilfallimentarista.it.

[10] R. Ranalli, *Il codice della crisi gli “indicatori significativi”: la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, in www.ilcaso.it in cui si stigmatizza il rischio che tali indici comporti il verificarsi di: “falsi positivi”.

[11] Cfr. commento all'art.13 della relazione illustrativa. Per alcune di queste riflessioni: Cfr. R. Ranalli, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie e opportunità*, in www.ilfallimentarista.it; P. Bastia, *Soluzioni per l'accertamento precoce della crisi*, in www.osservatorio-oci.org.

[12] Art.13: “1. Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24”.

[13] Art.13: “2. Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, tenuto conto delle migliori prassi nazionali ed internazionali, elabora con cadenza almeno triennale, in riferimento ad ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni I.S.T.A.T., gli indici di cui al comma 1 che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa. Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili elabora indici specifici con riferimento alle start-up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n.179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n.221, alle PMI innovative di cui al decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2015, n. 33, alle

società in liquidazione, alle imprese costituite da meno di due anni. Gli indici elaborati sono approvati con decreto del Ministero dello Sviluppo economico". La prima elaborazione di: "Crisi d'impresa. Gli indici dell'allerta" è stato pubblicato il 20 ottobre 2019 ed è reperibile su: [https://commercialisti.it/documents/20182/1236821/codice+crisi_definizioni+indici+\(ott+2019\).pdf/2072f9522a2-41e1-bd2f-7e7c7153ed84](https://commercialisti.it/documents/20182/1236821/codice+crisi_definizioni+indici+(ott+2019).pdf/2072f9522a2-41e1-bd2f-7e7c7153ed84).

[14] Cfr. per uno dei primi commenti alla disposizione: C. Sottoriva – A. Cerri, *Sulle modalità di conteggio del requisito dimensionale dei dieci dipendenti: Le modifiche alla disciplina civilistica in tema di governance nel nuovo Codice della crisi*, in www.ilsocietario.it.

[15] Art.13: "3. L'impresa che non ritenga adeguati, in considerazione delle proprie caratteristiche, gli indici elaborati a norma del comma 2 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. Un professionista indipendente attesta l'adeguatezza di tali indici in rapporto alla specificità dell'impresa. L'attestazione è allegata alla nota integrativa al bilancio di esercizio e ne costituisce parte integrante. La dichiarazione, attestata in conformità al secondo periodo, produce effetti per l'esercizio successivo". Il Decreto legislativo del 26 ottobre 2020, n. 147: "Disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155" (di seguito: decreto correttivo) chiarisce che gli effetti si producono: "a partire dall'esercizio successivo" e non: "per l'esercizio successivo".

[16] Stigmatizza il rischio che si venga così a creare: "uno scenario in cui la crisi diviene definita come tale al verificarsi almeno di una delle tre condizioni per godere delle misure premiali e quindi l'imprenditore non misura più tanto la propria crisi con la costante rilevazione della inadeguatezza dei flussi di cassa, quanto invece con l'osservazione dei tre indici di tempestività", di F. Diomeda, *Continuità aziendale: capitale di funzionamento e procedure di allerta*, in www.ilsocietario.it.

[17] Art.14 lett.b della legge delega n.155/2017 aveva disposto che venisse introdotto sia a carico dell'imprenditore che degli organi amministrativi l'obbligo di: a) di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale; b) di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale

[18] Considerando 16 della proposta di direttiva: "Tra i possibili meccanismi di allerta dovrebbero figurare obblighi di contabilità e monitoraggio in capo al debitore o ai dirigenti del debitore e

obblighi di segnalazione nell'ambito dei contratti di prestito".

[19] La relazione di accompagnamento ai decreti legislativi presentati dalla cd. Commissione Rordorf indica gli obblighi organizzativi quali misure di allerta, così come l'art.12 del Codice chiarisce che: *"Costituiscono strumenti di allerta gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli artt.14 e 15, finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione".*

[20] Art.375 cci, disposizione entrata in vigore il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione del d.lgs.14/2019 in Gazzetta ufficiale (art.389 co.2 cci), avvenuta il 14 febbraio 2019.

[21] Art.377 co.1-4 cci.

[22] A riguardo, vale la pena segnalare che al fine di fugare i dubbi sollevati in relazione all'apparente contraddizione tra le disposizioni del codice civile che consentono di affidare ai soci competenza gestorie (es. art.2479 cc) ovvero particolari diritti riguardanti l'amministrazione delle società (es. art.2468 co.3 cc) il decreto correttivo è nuovamente intervenuto sul codice civile precisando che –ferme restando le regole generali sulle competenze gestorie- l'istituzione degli assetti organizzativi spetta in via esclusiva agli amministratori (cfr. art.40 decreto correttivo cit. e relativa relazione illustrativa).

[23] Stigmatizza le difficoltà di immaginare modelli unitari di rilevazione dello stato di crisi in ragione delle crescenti dimensioni dell'organizzazione imprenditoriale: P. Bastia, *Soluzioni*, cit.

[24] Per un'illustrazione dei diversi strumenti cui può ricorrere l'amministratore per fronteggiare l'insorgenza della crisi: A. Nigro – D. Vattermoli, *Disciplina delle crisi dell'impresa societaria, doveri degli amministratori e strumenti di pianificazione: l'esperienza italiana*, in www.ilcaso.it.

[25] Art.377 co.5 cci: *"5. All'articolo 2475 del codice civile, dopo il quinto comma è aggiunto il seguente: "Si applica, in quanto compatibile, l'articolo 2381."*

[26] Cfr. in tema: V. De Sensi, *Adeguati assetti organizzativi e continuità aziendale: profili di responsabilità gestoria*, in *Rivista delle società*, 2017, 311 e ss.

[27] Sottolinea la necessità di tenere distinti la responsabilità per difetto di istituzione di adeguati assetti organizzativi e la responsabilità per mancata t