

GIURISPRUDENZA COMMERCIALE

Anno XL Fasc. 1 - 2013

ISSN 0390-2269

Andrea Vicari

**I DOVERI DEGLI ORGANI
SOCIALI E DEI REVISORI IN
SITUAZIONI DI CRISI DI IMPRESA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'amministratore esecutivo. — 2.1. La diligenza e la *business judgment rule* in caso di perdita del capitale, di crisi e di insolvenza. — 2.2. Doveri specifici in situazioni di crisi e di insolvenza. — 3. L'amministratore non esecutivo. — 3.1. Il dovere di agire informato. — 3.2. Le informazioni rilevanti. — 3.3. La valutazione degli assetti. — 4. Il sindaco. — 4.1. La diligenza. — 4.2. La vigilanza sugli assetti. — 5. Il revisore. — 5.1. L'intervento in sede di redazione del bilancio. — 5.2. La corretta rilevazione dei fatti di gestione.

1. *Premessa.* — L'argomento della mia relazione è un tema classico, che va, però, rivisitato all'esito delle recenti modifiche del diritto societario e fallimentare (1); talune di queste modifiche sono vistose (la soppressione del dovere di vigilanza per gli amministratori, l'imposizione agli stessi del dovere di costruire e valutare gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, l'attribuzione del controllo contabile alle società di revisione, la formalizzazione del concetto di "crisi", ecc.); altre lo sono meno (si pensi

(*) Lo scritto riproduce, con l'aggiunta delle note, la relazione presentata al Convegno S.I.S.CO. tenutosi a Milano il 26 novembre 2011 su "Le azioni risarcitorie del curatore nel fallimento".

(1) Cfr. in argomento spec. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società. Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, Giappichelli, 2010, 813 ss.; MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in RDS, 2011, 820 ss.; MIOLA, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza*, in AA.VV., *Studi in onore di U. Belviso*, v. I, Bari, Cacucci, 2011, 609 ss.; TOMBARI, *Crisi di impresa e doveri di "corretta gestione societaria e imprenditoriale" della società capogruppo. Prime considerazioni*, in Riv. dir. comm., 2011, I, 631 ss.; v. anche NIGRO, *La responsabilità degli amministratori nel fallimento delle società*, in RDS, 2008, 758 ss.; ABRIANI, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli organi della società fallita*, in Riv. dir. impr., 2008, 371 ss.; BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in Riv. dir. comm., 2008, I, 1027 ss.; RORDORF, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. per operazioni successive alla perdita del capitale*, in Società, 2009, 277 ss.; GUIZZI, *Responsabilità degli amministratori e insolvenza: spunti per una comparazione tra esperienza giuridica italiana e spagnola*, in AA.VV., *Studi in onore di U. Belviso*, v. II, cit., 1235 ss.; CATERINO, *La funzione del collegio sindacale delle società quotate, tra "prevenzione" e "allerta" della crisi di impresa*, ivi, v. I, 347 ss.; STANGHELLINI, *Directors' duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the "recapitalize or liquidate" rule*, in AA.VV., *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, Torino, Utet, 2011, 731 ss.; nonché le relazioni di FORTUNATO, DENOZZA, SACCHI, RORDORF, GAMBINO, in AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi di impresa*, a cura di Jorio, Milano, Giuffrè, 2012, 173 ss.

all'introduzione nella disciplina delle nozioni di "sovraindebitamento", di "rischio di liquidità", ecc.).

L'esigenza di identificare con precisione i doveri degli amministratori, dei sindaci e dei revisori assume importanza anche per individuare, oltre all'*an* della responsabilità, anche il *quantum*, alla luce della tendenza giurisprudenziale per cui nel giudizio di responsabilità la quantificazione del danno deve avvenire valutando il pregiudizio "eziologicamente imputabile alle singole e specifiche condotte" degli organi sociali o dei revisori (2).

Per chiarezza espositiva procederò distinguendo la posizione degli amministratori esecutivi, degli amministratori non esecutivi, dei sindaci e dei revisori.

2. L'amministratore esecutivo.

2.1. *La diligenza e la business judgment rule in caso di perdita del capitale, di crisi e di insolvenza.* — In condizioni ordinarie l'amministratore deve perseguire il massimo profitto a vantaggio di tutti i soci, entro i limiti posti dall'ordinamento a tutela degli interessi di terzi.

Il sindacato dell'autorità giudiziaria sulla diligenza dell'amministratore è limitato ai casi in cui il comportamento sia in conflitto di interessi, fondato su informazioni inadeguate o manifestamente irrazionale; negli altri casi la decisione adottata non è sindacabile dal tribunale (c.d. *business judgment rule*) (3). La diligenza viene, dunque, a coincidere con l'assunzione da parte degli amministratori di condotte qualificabili — secondo un giudizio *ex ante* — come informate, razionali e non arbitrarie.

Prima della riforma introdotta con il d.lgs. 6/2003 la disciplina prevedeva una netta cesura tra il momento in cui la società era *in bonis* e il momento in cui la società entrava in una situazione di crisi, intesa questa nell'unica nozione avente rilevanza giuridico-formale, e cioè di perdita integrale del capitale. Nel primo caso l'amministratore aveva, appunto, un dovere di perseguire la massimizzazione del profitto, entro i limiti segnati dalla *business judgment rule*; quando, tuttavia, il capitale era perduto maturava per l'amministratore il "divieto" di compiere nuove operazioni (art. 2449, vecchio testo, c.c.).

In questo secondo caso non si poteva far questione di maggiore o minore razionalità nelle scelte gestionali, ma semplicemente di adempi-

(2) Cfr. Cass., 4 aprile 2011, n. 7606, reperibile su <http://dejure.it>; Cass., 22 aprile 2009, n. 9619, in *RDS*, 2011, 84 ss.; nella giurisprudenza di merito v. Trib. Milano, 18 gennaio 2011, ad es. in *Fall.*, 2011, 588 ss.; con riferimento ai sindaci v. ad es. App. Torino, 12 gennaio 2009, *ivi*, 2010, 35 ss.

(3) Cfr. già Trib. Milano, 2 marzo 1995, in *Società*, 1996, 57 ss.; da ultimo Trib. Milano, 24 agosto 2011, *ivi*, 2012, 493 ss.

mento da parte dell'amministratore di un dovere di cessare ogni attività e di operare in una prospettiva rigorosamente liquidatoria. Molto diffuse erano anche le teorie che qualificavano la responsabilità degli amministratori che avevano continuato la gestione come responsabilità patrimoniale anziché da illecito (4).

Allo stesso modo si riteneva — sia pure (probabilmente) con minore consapevolezza — che gli amministratori dovessero orientare la propria condotta alla liquidazione ed alla tutela esclusiva dell'interesse dei creditori al verificarsi (non della perdita del capitale, ma) dell'insolvenza.

In sostanza nel vigore della disciplina previgente si verificavano due scenari: la situazione della società *in bonis*, con applicazione della *business judgment rule*, e la situazione della società che aveva perduto il capitale e/o era divenuta insolvente, con disapplicazione della *business judgment rule*.

Il panorama normativo è ora decisamente cambiato, per effetto di alcune rilevanti novità legislative.

In primo luogo si è eliminato, con il nuovo testo dell'art. 2486 c.c. (e dell'art. 2449 c.c.), il "divieto" di nuove operazioni e si è stabilito il dovere/potere degli amministratori di agire, anche in presenza di una perdita del capitale, con l'obiettivo di "gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale" (5).

In secondo luogo è stato regolato uno scenario che può porsi tra il momento in cui la società è *in bonis* e quello in cui la società ha definitivamente perduto il capitale o è divenuta insolvente: la situazione di "crisi". La nozione di crisi ex art. 160 l. fall. viene comunemente intesa come una situazione di tensione finanziaria, caratterizzata da segnali di difficoltà, aggravamento degli indici di rischio, di sovraindebitamento; in sintesi, come una situazione di pre-insolvenza reversibile (6).

In un contesto di crisi non si ravvisano ragioni normative per derogare alla disciplina ordinaria che considera diligente la ricerca del profitto e per imporre, invece, agli amministratori di agire in un'ottica puramente conservativa.

(4) Cfr. ad es. Cass., 16 febbraio 2007, n. 3694, in *Foro it.*, 2008, I, 1269 ss.: "nessun rilievo ai fini probatori assume l'accertamento del danno né, sotto il profilo soggettivo, quello del dolo o della colpa, essendo sufficiente la consapevolezza da parte degli amministratori dell'evento comportante lo scioglimento della società". Il passaggio descritto nel testo è messo in luce spec. da ABRIANI, (nt. 1), 375 ss.

(5) Cfr. ad es. Trib. Milano, 1 aprile 2011, in *Società*, 2011, 730 s., ove la massima, che ha statuito che, ai fini dell'affermazione della responsabilità degli amministratori ai sensi dell'art. 2486 c.c., "è necessario dimostrare che la condotta gestoria [...] è stata illecita, provando che si è trattato di un'attività non orientata alla conservazione del valore del patrimonio sociale, bensì orientata al proseguimento dell'attività tipica con conseguente assunzione di nuovo rischio di impresa".

(6) La crisi può, peraltro, coincidere, con la perdita del capitale e/o con la stessa insolvenza (art. 160, comma 3, l. fall.). In questo lavoro mi riferirò, tuttavia, per esigenze di semplicità, alla nozione di crisi come situazione diversa tanto da quella di perdita del capitale quanto da quella di insolvenza.

Tanto in caso di perdita del capitale e di crisi non vi è, inoltre, nemmeno motivo di disapplicare la *business judgment rule* nel valutare come gli amministratori abbiano reagito allo stato di difficoltà: di fronte alle scelte imprenditoriali operate (rispettivamente, conservative e di massimizzazione) si dovrà accertare, secondo un giudizio di prognosi postuma, se sia stato razionale effettuare una o l'altra scelta diretta a conservare l'integrità e il valore del patrimonio oppure presentare un piano attestato *ex art. 67 l. fall.*, un ricorso *ex art. 182-bis l. fall.* o per il concordato *ex art. 160 l. fall.* oppure, ancora, aver proceduto con scelte diverse (7).

Non solo, ma, a rigore, non dovrebbe potersi nemmeno escludere che la condotta degli amministratori vada sindacata secondo il parametro della *business judgment rule* anche in presenza di una situazione di insolvenza (ferma restando, comunque, l'eventuale sussistenza di un dovere specifico di avviare tempestivamente l'apertura del fallimento, su cui si veda il prossimo paragrafo).

Il problema si pone in realtà, in questo caso, in termini più complessi (che possono essere solo accennati in questa sede), tanto per l'assenza di un indice come quello ricavabile dall'art. 2486 c.c. (che attribuisce espressamente il potere agli amministratori di "gestire la società", con conseguente esigenza di continuare a circoscrivere il sindacato giudiziale sulle scelte imprenditoriali degli amministratori), quanto, soprattutto, a fronte delle note teorie (principalmente di matrice anglossassone) che affermano

(7) Conformi MIOLA, (nt. 1), 631, che giudica in tale circostanza solo "ridotta" l'operatività dello *standard of review* della *business judgment rule* (in presenza di un contestuale innalzamento dello *standard of conduct* conseguente all'individuazione, in capo agli amministratori, di doveri specifici di diligenza; SACCHI, (nt. 1), 195; v. anche GUIZZI, (nt. 1), 245, e BRIZZI, *La mala gestio degli amministratori in prossimità dello stato di insolvenza e la quantificazione del danno risarcibile*, in *Giust. civ.*, 2009, 2453 (propenso, però, a reputare gli amministratori tenuti a considerare, già in fase di pre-insolvenza, anche gli interessi dei creditori); più problematiche, invece, le posizioni di MONTALENTI, (nt. 1), 827 (secondo il quale, in tale ipotesi, alla "discrezionalità insindacabile dell'imprenditore" subentra una "discrezionalità tecnica assistita dalla valutazione qualificata de[i] professionist[i]"); MAZZONI, (nt. 1), 831, e RORDORF, in *AA.VV.*, *Le soluzioni*, (nt. 1), 205. Nel senso del testo si vedano soprattutto le considerazioni di DENOZZA, (nt. 1), proprio sulla base della modifica dell'art. 2486 c.c., diretta ad attenuare la rigidità del precedente sistema; l'A. (aderendo alla scelta operata dal legislatore) ritiene che, per giungere a conclusioni diverse da quelle illustrate nel testo "occorrerebbe una scelta [legislativa] più netta": "o si toglie ogni potere agli amministratori, sia procedendo a più precise definizioni della situazione che deve determinare la cessazione (con il conseguente rischio di *over-inclusiveness* e la conseguente spedizione in liquidazione di imprese salvabili) sia imponendo per esempio loro di sottoporre al giudizio di esperti indipendenti ogni pur lieve sintomo di difficoltà (soluzione non priva di rilevanti costi), oppure si riconosce che essi hanno un potere che presenta un certo livello di discrezionalità"; "fuori dai casi di palese irragionevolezza, il potere discrezionale degli amministratori deve restare intatto, salva la possibilità di valutarne l'esercizio sotto il profilo dello sviamento della direzione suggerita dagli interessi oggetto di tutela" (con la precisazione, peraltro, che, per quanto oggetto di tutela, in caso di perdita del capitale o di fallimento, dovrebbe essere pure l'interesse dei creditori, anche tale conclusione presenta, comunque, margini di opinabilità, soprattutto se esaminata, tra l'altro, in un'ottica più ampia e di analisi economica del diritto: v. spec. 185 ss.).

che, in caso di insolvenza, verrebbe meno il rapporto tra l'*agent* (gli amministratori) e il *principal* (i soci), rapporto che solo legittimerebbe l'applicazione della *business judgment rule*, con conseguente assunzione da parte degli amministratori in caso di insolvenza di doveri esclusivi nei confronti dei creditori, così come delle teorie che, considerando la *business judgment rule* una regola diretta a incoraggiare la propensione al rischio, ritengono che la stessa si giustifichi solo in un contesto in cui il dovere degli amministratori è quello della massimizzazione del profitto a vantaggio degli azionisti (senza considerazione dell'interesse dei creditori).

A questi orientamenti si tende, peraltro, a replicare, da un lato, che non è corretto ritenere che lo scopo della *business judgment rule* sia quello di incoraggiare la propensione al rischio unicamente in situazioni positive di bilancio (e che invece le norme che regolano lo scenario dell'insolvenza siano esclusivamente destinate a prevenirlo) e, dall'altro (soprattutto) che il principio per cui non è opportuno che un tribunale sindachi, con un giudizio di prognosi postuma, la decisione razionale di un amministratore onesto e informato che si sia rivelata sbagliata va applicato in ogni fase dell'attività di impresa condotta in forma societaria (solvenza, perdita del capitale, crisi, insolvenza) (8).

Aderendo a questa seconda prospettiva — che personalmente condivido — è, dunque, possibile applicare la stessa *business judgment rule*

(8) Sostentrici di questa linea di pensiero è, nel diritto statunitense, ad esempio la *Delaware Court of Chancery*, secondo cui "if the board of an insolvent corporation, acting with due diligence and in good faith, pursues a business strategy that it believes will increase the corporation's value, but also involves the incurrence of additional debt, it does not become a guarantor of that strategy's success. That the strategy results in continued insolvency and an even more insolvent entity does not in itself give rise to a cause of action"; "the business judgment rule protects the directors of solvent, barely solvent, and insolvent corporations and [...] the creditors of an insolvent firm have no greater risk to challenge a disinterested, good faith business decision than the stockholder of a solvent firm" [caso *Trenwick America Litigation Trust v. Ernst & Young LLP*, 906 A.2d 168 (Del. 2006), estensore Strine], commentata positivamente ad esempio, da RIBSTEIN-ALCES, *Directors' duties in failing firms*, *J. Bus. & Tech. L.*, 2007, 1529 ss. (i quali citano altre decisioni giurisprudenziali conformi); nello stesso senso v. ad es. BAINBRIDGE, *Much ado about little? Directors' fiduciary duties in the vicinity of insolvency*, *ivi*, 1 ss.; PATRONE, *Directors' fiduciary duties in the zone of insolvency and actual insolvency: to whom, what and when?*, maggio 2011, reperibile su *ssrn.com*. Sulla stessa falsariga si colloca il (diverso) orientamento che ritiene la condotta degli amministratori sindacabile alla stregua della *business judgment rule* anche in caso di insolvenza, ma ritiene la stessa regola non più applicabile ove risulti dimostrato che gli amministratori non hanno proceduto a richiedere il fallimento "in a timely manner" (c.d. "deepening insolvency theory": cfr. per tutti HARRELL, *Pandora's bankruptcy tort: the potential for circumvention of the business judgment rule through the tort theory of deepening insolvency*, *Cumb. L. Rev.*, 2005/2006, 36151 ss., ove riferimenti giurisprudenziali); ciò equivale, di fatto, da un lato, a ritenere gli amministratori assoggettati alla *business judgment rule* anche in caso di insolvenza e, dall'altro, a reputare gli stessi tenuti ad un "dovere specifico" di richiesta tempestiva di autofallimento al fine di evitare di aggravare il dissesto (c v. in proposito il prossimo paragrafo); descrive correttamente questo orientamento DENOZZA, (nt. 1), 184, come un'impostazione che lascia "agli amministratori il potere di decidere, cercando tuttavia di stringere le maglie della regolazione e di aumentare la sanzione".

prevista per la società *in bonis*, oltre che alla società in liquidazione o in stato di crisi, anche alla società in stato di insolvenza, con la differenza che il giudizio di razionalità andrà riferito in tutti questi casi, anziché ad uno *standard* di diligenza parametrato al massimo profitto, alla diligenza richiesta in una situazione in cui gli amministratori devono agire per conservare, nell'interesse dei soci e dei creditori, l'integrità ed il valore del patrimonio sociale e/o devono superare l'insolvenza ⁽⁹⁾.

2.2. *Doveri specifici in situazioni di crisi e di insolvenza.* — Il tema centrale della *business judgment rule* è quello della valutazione della "razionalità *ex ante*" delle scelte compiute dall'amministratore nell'adempimento dei propri doveri. Tale giudizio diviene tanto più facilitato (e, conseguentemente, i margini di discrezionalità degli amministratori risultano — come può essere opportuno in caso di situazioni di difficoltà aziendale — tanto più circoscritti) quanto più ci si trovi in presenza (anziché del generico dovere di diligenza) di doveri specifici degli amministratori.

Alcuni di questi doveri specifici sono espressamente regolati. Si pensi al dovere di convocare l'assemblea *ex art.* 2447 c.c. al verificarsi dello scioglimento e di redigere una situazione patrimoniale aggiornata: in tal caso sussistono precisi obblighi di rilevazione contabile, che riferiscono il giudizio di razionalità al corretto impiego dei criteri codicistici (e della prassi contabile) che disciplinano l'accertamento dello stato patrimoniale ed economico della società. Se è vero, infatti, che la *business judgment rule* opera anche nel campo delle valutazioni delle poste di bilancio e il giudice può sindacare tali valutazioni solo se le stesse appaiano arbitrarie, è anche vero che tale potere discrezionale diviene in questo caso assai più limitato, risultando già individuato, dalla legge o dalla prassi contabile, con relativa chiarezza, il parametro della razionalità ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Conseguentemente, ove anche sia cambiato, per scelta legislativa o ricostruzione interpretativa, lo *standard of conduct*, ovvero il parametro della diligenza (da riferire, in caso di crisi o di insolvenza, alla conservazione ed alla valorizzazione del patrimonio ed al superamento della difficoltà, nell'interesse anche dei creditori, argomentando *ex art.* 2394 c.c. e alle regole di buona fede e correttezza tra società e creditori), non dovrebbero sussistere ragioni per applicare, da parte del giudice, alla valutazione circa l'operato degli amministratori un diverso *standard of review*. In caso di insolvenza, peraltro, i doveri degli amministratori verso i soci non vengono necessariamente meno, posto che non solo gli azionisti mantengono una precisa posizione di *residual claimants* dopo il pagamento dei creditori, ma ben possono verificarsi dei casi [non solo teorici: v. ad es. nel diritto statunitense *Omnicare, Inc. v. NCS Healthcare Inc.*, 818 A2d 914 (Del. 2003), citata anche da PATRONE, (nt. 8), 5] in cui, a causa di un'insolvenza meramente finanziaria, all'esito del fallimento sussiste un attivo da distribuire agli azionisti (il che vale a dimostrare che anche in caso di insolvenza il rapporto *agent-principal* mantiene la sua valenza); per questa ragione dovrebbe concludersi che "it is no more appropriate for courts to interfere with directors' judgment in the insolvency scenario than at other times" [COSÌ RIBSTEIN-ALCES, (nt. 8), 531].

⁽¹⁰⁾ Si consideri il caso ricorrente dell'appostazione (o mancata appostazione) di un fondo rischi per perdite su crediti. A tale proposito sono previste, come noto, tanto una specifica norma del codice civile (l'art. 2424-bis, comma 3), per cui gli accantonamenti per

In altri casi doveri specifici degli amministratori in situazioni di crisi o di insolvenza non sono regolati, ma possono essere ricostruiti in via interpretativa ⁽¹¹⁾.

Si consideri, in particolare per una società in crisi, l'importanza del dovere di preservare la liquidità, che potrebbe reputarsi sussistente argomentando specialmente dall'art. 2428, n. 6, c.c., che richiama il "rischio di liquidità" (nonché dall'art. 2358 c.c., che si riferisce al medesimo rischio, sia pure con stretto riferimento ad un caso particolare di finanziamenti): la concessione, ad esempio, di un credito ad un tasso di mercato ad un'altra società (per ipotesi, alla controllante, anche se erogato a fronte di un vantaggio compensativo, e dunque su basi legittime) potrebbe essere giudicato *ex post* come non razionale, appunto, in quanto effettuato in violazione di un dovere specifico che imponeva di tenere puntualmente conto delle conseguenze dell'operazione sotto il profilo del rischio descritto ⁽¹²⁾.

In secondo luogo ci si deve porre la domanda se sugli amministratori gravi un dovere di prevedere l'insorgere dell'insolvenza, nel qual caso si potrebbe configurare una loro responsabilità (non per non aver impedito l'"aggravarsi" di un insolvenza conclamata, ma) per non aver "evitato" l'insolvenza ⁽¹³⁾.

Il dovere si concretizzerebbe nell'obbligo anzitutto di "riconoscere" tempestivamente la situazione di crisi e poi di adottare le iniziative utili, tra cui l'esecuzione di operazioni straordinarie oppure l'avvio di procedure di composizione negoziale della crisi (accordi stragiudiziali, redazione di piani attestati *ex art. 67 l. fall.*, accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis l. fall.*), procedendo, ove opportuno (o necessario in relazione all'iniziativa da assumere), a convocare l'assemblea e ad informare tempestivamente i soci sulle varie opzioni possibili ⁽¹⁴⁾.

rischi e oneri sono destinati soltanto a coprire perdite o debiti di natura determinata, di esistenza certa o probabile, dei quali tuttavia alla chiusura dell'esercizio sono indeterminati o l'ammontare o la data di sopravvenienza, quanto un principio contabile (il Documento n. 19 della Commissione per la Statuizione dei Principi Contabili del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e del Consiglio Nazionale di Ragionieri), secondo cui i fondi rischi connessi a passività potenziali vanno iscritti tenuto conto del grado di realizzazione dell'evento, escludendosi l'obbligo di indicazione degli eventi meramente possibili.

⁽¹¹⁾ Cfr. in argomento specialmente il lavoro di MIOLA, (nt. 1), 615 ss.

⁽¹²⁾ Nella Repubblica Federale Tedesca è stato recentemente introdotto un preciso dovere degli amministratori di tutela della liquidità dell'impresa, con particolare attenzione al caso della concessione di finanziamenti, soprattutto infragruppo: v. il § 92, *Abs. 2, Satz 3, AktG* (cfr. per tutti CAHN, *Das Zahlungsverbot nach § 92 Abs. 2 Satz 3 AktG - aktien un konzernrechtlichen Aspekte des neuen Liquiditätsschutzes*, in *Der Konzern*, 2009, 7 ss.).

⁽¹³⁾ E v. puntualmente in proposito MIOLA, (nt. 1), 614 s., 623 ss.

⁽¹⁴⁾ Per analoghe conclusioni, nella dottrina tedesca, v. sullo specifico tema, in luogo di molti, BORK, *Pflichte der Geschäftsführung in Krise und Sanierung*, in *ZIP*, 2011, 101 ss.: "ergeben sich Krisensignale, hat [der Geschäftsführer] eine Sanierungsprüfung durchzuführen. Sind die für Sanierung Massnahmen erforderlich, die in die Entscheidungskompetenz der Gesellschafter fallen, ist eine Gesellschafterversammlung einzuberufen. Die Gesellschafter

Tale dovere può, a mio avviso, essere ravvisato (oltre che quale espressione del generale obbligo di diligenza *ex art. 2392 c.c.*) sulla base dell'art. 2428, comma 3, n. 6, c.c., che richiede agli amministratori di descrivere nella relazione di bilancio "l'evoluzione prevedibile della gestione"; tale norma può venire interpretata nel senso che sugli amministratori incombe anche il dovere di valutare tale evoluzione e di assumere gli accorgimenti necessari ove lo scenario prevedibile sia negativo.

Parimenti indici in tal senso parrebbero ricavarsi dall'art. 2423-*bis*, comma 1, n. 1, c.c., che, in tema di bilancio, dispone che la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività e dal principio IAS 1, che richiede all'organo direttivo di valutare la capacità dell'impresa di continuare ad operare come entità in funzionamento, comprendendo un periodo di almeno dodici mesi dalla data di approvazione del bilancio.

L'obiezione che potrebbe muoversi a questa ricostruzione è che tale valutazione sulla continuità aziendale va operata in sede di redazione del bilancio. In senso contrario, tuttavia, può affermarsi che il dovere degli amministratori di agire in modo informato *ex art. 2381 c.c.* implica l'effettuazione di questa valutazione su basi continuative (senz'altro per gli amministratori esecutivi e, ove adeguatamente informati, anche per i non esecutivi) ⁽¹⁵⁾.

Sempre in questa prospettiva (ricostruzione in via interpretativa di doveri "specifici") una questione molto delicata riguarda la sussistenza di un obbligo degli amministratori di presentare la richiesta di autofallimento della società al manifestarsi di una situazione di insolvenza. Tale dovere è — come noto — espressamente regolato da alcuni ordinamenti stranieri (ad esempio nella Repubblica Federale Tedesca la disciplina impone agli amministratori di presentare la richiesta di autofallimento entro tre settimane dal verificarsi dell'insolvenza, ove, tra l'altro, per insolvenza si intende anche la situazione di sovraindebitamento) ⁽¹⁶⁾.

Nel nostro Paese non è chiaro se sussista un simile dovere. Ove riscontrato, infatti, si potrebbero verificare dei casi peculiari di responsa-

sind im Rahmen der Versammlung anhand eines asugearbeiteten Sanierungskonzepts über Mögliche Sanierungsmaßnahmen zu informieren" (l'A. riporta poi l'opinione, prevalente nella letteratura tedesca, per cui il sindacato dell'autorità giudiziaria è circoscritto, anche in caso di crisi e di insolvenza, dalla *business judgment rule*: v. 102). Mi pare importante segnalare i distinti doveri, sottolineati dalla dottrina, di *Krisenfrüherkennung* (riconoscimento tempestivo) e di *Krisenbewältigung* (adozione delle misure opportune).

⁽¹⁵⁾ Il tema della rilevazione costante della continuità aziendale è poi puntualmente previsto dalle recenti Norme di Comportamento del Collegio Sindacale (emanate dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, su cui v. *infra* il § 4) e può essere, a rigore, rinvenuto anche nel principio della "corretta amministrazione" espresso, in particolare, dall'art. 2497, comma 1, c.c. e dall'art. 2403, comma 1, c.c.

⁽¹⁶⁾ Il richiamo è al § 15a *InsO*, su cui si veda, per tutti, nella letteratura italiana, MIOLA, (nt. 1), 618, ove riferimenti alla letteratura e giurisprudenza tedesche.

bilità degli amministratori: il caso della società non in perdita, ma in stato di insolvenza, per la quale potrebbe apparire “razionale” l’apertura della procedura, e il caso della società in perdita e insolvente, per la quale non sussisterebbe solo l’obbligo degli amministratori di agire per conservare l’integrità e il valore del patrimonio, ma anche di portare a breve i libri in tribunale.

Nella giurisprudenza italiana le decisioni che hanno riconosciuto tale dovere sono molto limitate⁽¹⁷⁾; in dottrina vi è, tuttavia, una crescente opinione interpretativa orientata in tal senso, argomentando, principalmente, dall’art. 217, comma 1, n. 4, l. fall.⁽¹⁸⁾.

Alternativamente il fondamento del dovere potrebbe essere ravvisato nell’obbligo di diligenza e di valutare la prevedibile evoluzione della gestione (artt. 2392 e 2428, comma 3, n. 6, c.c.).

3. *L’amministratore non esecutivo.*

3.1. *Il dovere di agire informato.* — La riforma ha sostituito il “dovere di vigilanza” degli amministratori non esecutivi con il dovere di “agire informati”. La modifica è stata salutata come una forte apertura alle istanze di deresponsabilizzazione per gli amministratori non esecutivi.

Va detto, però, che se la nuova disciplina sopprime la menzione della vigilanza sul generale andamento della gestione nell’art. 2392 c.c., per converso l’art. 2381, comma 3, c.c. assegna al consiglio la valutazione del generale andamento della gestione (sia pure “sulla base della relazione degli organi delegati”), l’art. 2381, comma 5, c.c. dispone che gli amministratori esecutivi riferiscono al consiglio e al collegio sindacale sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione, nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate e l’art. 2381, comma 6, c.c.

⁽¹⁷⁾ Ricordo la sentenza della Cassazione del 27 febbraio 2002, n. 2906, in *Fall.*, 2003, 369 ss., con commento di GAFFURI-SPINETTI, *Responsabilità degli amministratori per ritardata richiesta del fallimento*. Qualificano incidentalmente il ritardo o la mancata presentazione dell’istanza di fallimento in proprio come una condotta contraria ad obblighi di legge anche, ad esempio, Trib. Napoli, 24 aprile 2003, in *Fall.*, 2004, 1215 ss. (ivi a 1225); Trib. Milano, 18 ottobre 2007, in *Società*, 2008, 1521 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr. spec. MAZZONI, (nt. 1), 839; SACCHI, (nt. 1), 192 s.; NIGRO, (nt. 1), 765; GALLETTI, *Brevi note sulla prova del danno nelle azioni di responsabilità*, in *Giur. mer.*, 2010, 2508; RONDINONE, *La responsabilità per l’incauta gestione dell’impresa in crisi tra vecchio e nuovo diritto societario*, in *Fall.*, 2005, 51 s.; con precisazioni GUZZI, (nt. 1), 245; v. anche BRIZZI, (nt. 1), 1094 e MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, 1278, n. 285. Il nuovo art. 218, comma 1, l. fall. distingue tra “dissesto” e “insolvenza”, rendendo probabilmente meno agevole l’individuazione del fondamento del dovere civilistico di autofallimento in caso di insolvenza sulla base di una norma che, a rigore, non riguarda propriamente l’insolvenza ma il dissesto.

attribuisce a ciascun amministratore il potere (che è anche un dovere) di chiedere informazioni relative alla gestione della società (19).

Il complesso delle norme descritte solleva, per gli amministratori non esecutivi (specialmente in caso di crisi), alcuni problemi.

Anzitutto il terzo comma dell'art. 2381 c.c. (richiamando solo la "valutazione del generale andamento della gestione") non ricomprende nella valutazione del c.d.a. la "prevedibile evoluzione" del generale andamento della gestione (e le operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate, su cui i delegati devono riferire). Non è certo, dunque, se la valutazione degli amministratori non esecutivi vada riferita anche a tali prospettive future. Al riguardo l'opinione prevalente ritiene che la circostanza che per questi profili non sia prevista esplicitamente la valutazione del consiglio non può esonerare da responsabilità gli amministratori che abbiano omesso di attivarsi a tutela dell'interesse della società (20).

Un secondo aspetto rilevante riguarda le questioni gestionali su cui deve concentrarsi l'attenzione degli amministratori non esecutivi. Se, infatti, da un lato la norma stabilisce che gli amministratori non esecutivi valutano l'andamento della gestione sulla base della relazione degli amministratori esecutivi (con la conseguenza che i primi dovrebbero dirsi esenti da responsabilità ove i profili di problematicità non siano riferibili ai fatti emergenti dalla relazione dei secondi), dall'altro alcuni autori ritengono che, comunque, gli amministratori non esecutivi possano e debbano porre in consiglio richieste relative a qualsiasi altra notizia relativa alla gestione (21).

L'opinione dominante, pertanto, (anche al fine di evitare di reintrodurre, sia pure limitato alla sede consiliare, l'obbligo di vigilanza) appare propensa a ritenere che il contenuto del dovere di informazione degli amministratori non esecutivi risulti individuato, da un lato, dalle circostanze che emergono dalle informazioni rese dagli amministratori esecutivi ai sensi dell'art. 2381, comma 5, c.c., e, dall'altro, dall'esigenza di assumere le informazioni necessarie all'adeguata ponderazione delle questioni

(19) Cfr. in proposito spec. ABBADESSA, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, v. II, Torino, Utet, 2006, 491 ss.; MONTALENTI, *Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni*, ivi, 835 ss.; SACCHI, *Amministratori deleganti e dovere di agire in modo informato*, in questa *Rivista*, 2008, II, 369 ss.; GIANNELLI, *Sui poteri di controllo degli amministratori non esecutivi*, in AA.VV., *Studi in onore di U. Belviso*, (nt. 1), 507 ss.

(20) Cfr. ABBADESSA, (nt. 19), 503; RORDORF, *La responsabilità civile degli amministratori di s.p.a. sotto la lente della giurisprudenza*, in AA.VV., *Studi per Franco di Sabato*, v. IV, t. II, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 230.

(21) Così ad es. MORANDI, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società. Commento sistematico al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, aggiornato al d.lgs. 28 dicembre 2004, n. 310*, a cura di Maffei Alberti, v. I, Padova, Cedam, 2004, 679.

su cui il consiglio è chiamato ad esprimersi (anche ove le stesse non siano contenute nella relazione degli amministratori esecutivi), ferma restando la facoltà (e non l'obbligo) per gli amministratori non esecutivi, comunque, di richiedere in consiglio qualsivoglia altra informazione relativa alla gestione (22).

3.2. *Le informazioni rilevanti.* — Gli amministratori non esecutivi devono, pertanto, decidere sulla base esclusivamente delle informazioni loro fornite e di quelle necessarie a raggiungere un'adeguata ponderazione sulle questioni oggetto di decisione; in presenza di indici che suggeriscono la richiesta di un supplemento di informazione essi devono, tuttavia, procedere con tale richiesta.

A tale ultimo riguardo si ritiene che tale potere/dovere di richiedere un supplemento informativo sorga in presenza di lacune, contraddizioni o, più in generale, dell'individuazione di profili meritevoli di maggior approfondimento nelle informazioni fornite dagli organi delegati (23).

Ricordo, infine, che per la tesi prevalente (argomentando dall'art. 2381, commi 3 e 6, c.c.) i singoli amministratori non esecutivi non possono chiedere informazioni direttamente ai dirigenti e non possono compiere atti individuali di ispezione e controllo presso le strutture aziendali, essendo questi poteri riservati al consiglio, che può esercitarli direttamente oppure delegando il loro esercizio ad uno o più suoi componenti o a comitati costituiti nel suo ambito (24).

3.3. *La valutazione degli assetti.* — La crisi della società può essere determinata, oltre che da fatti più o meno episodici, da carenze organizzative. Al fine di contenere, in generale, tali carenze, la riforma del diritto delle società di capitali ha imposto alle società per azioni di dotarsi di

(22) Cfr. in proposito spec. ABBADESSA, (nt. 19), 505; CALVOSA, *Sui poteri individuali dell'amministratore nel consiglio di amministrazione di società per azioni*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo*, (nt. 1), 361; GIANNELLI, (nt. 19), 513 s. (in tutti i lavori altri riferimenti).

(23) Cfr. MONTALENTI, (nt. 19), 853; SACCHI, (nt. 19), 373. Questo A. segnala anche, con riguardo al tema della ripartizione dell'onere della prova, che, al fine di evitare un'indiscriminata estensione di responsabilità ai deleganti, dovrebbe essere posto a carico di chi contesta la violazione del potere/dovere di chiedere informazioni supplementari l'onere di dimostrare l'esistenza di indici di allarme che impongano la richiesta di ulteriori informazioni; conseguentemente ne dovrebbe derivare "un onere probatorio maggiore per il curatore, il quale deve dimostrare che si era in presenza di indici per cui un amministratore diligente avrebbe dovuto chiedere un supplemento di istruttoria, [in particolare] pretendere la redazione del bilancio ex artt. 2447 [c.c.], dal quale sarebbe emersa la perdita che avrebbe portato alla liquidazione della società" [v. anche nello stesso senso ABRIANI, (nt. 1), 381].

(24) Come il comitato per il controllo interno previsto dal codice di autodisciplina del Comitato per la *Corporate Governance* di Borsa Italiana s.p.a.; cfr. ABBADESSA, (nt. 19), 505 s., ove riferimenti.

assetti organizzativi, amministrativi e contabili (art. 2381, commi 3 e 5, c.c.).

Rispetto al corretto funzionamento di tali assetti (anche per l'importanza che questi rivestono nel favorire la conoscenza della situazione di crisi) particolarmente delicato è il ruolo degli amministratori non esecutivi.

L'art. 2381 c.c. (dopo aver previsto al comma 5 che compete agli amministratori esecutivi "curare" la predisposizione degli assetti), assegna (al comma 3) al consiglio la "valutazione" di tali assetti. Per quanto la norma nel suo tenore letterale non ricomprenda nella "valutazione" del c.d.a. il funzionamento nel tempo degli assetti, una volta che questi sono stati predisposti, la dottrina prevalente ritiene che la diligenza degli amministratori si estenda anche a tale concreto funzionamento, sulla base delle informazioni rese in consiglio dagli amministratori esecutivi ⁽²⁵⁾.

Diviene, dunque, importante approfondire il tema dei limiti entro i quali i giudici possono sindacare l'adempimento da parte degli amministratori non esecutivi di tale dovere di "valutazione" anche su basi continuative del corretto funzionamento degli assetti.

In proposito si registrano in dottrina essenzialmente due tesi: per la prima il sindacato giudiziale incontra i limiti derivanti dalla *business judgment rule*; per la seconda i giudici possono sindacare nel merito l'osservanza da parte degli amministratori del canone dell'adeguatezza degli assetti e delle procedure.

La tesi della disapplicazione della *business judgment rule* può essere sostenuta (e viene sostenuta) sulla base di diverse argomentazioni. La principale è quella per cui nel caso di specie il legislatore avrebbe già identificato con precisione l'obbligo di legge (costruzione e valutazione degli assetti), circoscrivendo nettamente la discrezionalità degli amministratori. La *business judgment rule* si applicherebbe solamente dove vi sia effettivo spazio per una "scelta imprenditoriale" e in questo caso questo margine di discrezionalità imprenditoriale non sussisterebbe ⁽²⁶⁾.

Questa tesi è, però, a mio avviso opinabile, posto che la *business judgment rule* si applica anche agli obblighi specifici (ad esempio, come si è visto, la redazione del bilancio, la decisione di convocare l'assemblea ex art. 2447 c.c., ecc.) ⁽²⁷⁾; resta, poi, anche da comprendere sino a che punto

⁽²⁵⁾ Cfr. SACCHI, (nt. 19), 371; IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2005, 266; il Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana s.p.a. prevede espressamente che spetta al c.d.a. di valutare, con cadenza almeno annuale, l'efficacia del sistema dei controlli interni.

⁽²⁶⁾ Cfr. in questa direzione MONTALENTI, (nt. 1), 828; nonché MOZZARELLI, *Appunti in tema di rischi organizzativo e proceduralizzazione dell'attività imprenditoriale*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo*, (nt. 1), 739 ss., sulla scia di ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 675 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. in proposito ad esempio Cass., 23 giugno 2009, n. 17033, in *Fall.*, 2009, 565 ss., che, in tema di responsabilità degli amministratori per perdite conseguenti allo sciogli-

l'obbligo di predisporre e valutare gli assetti sia veramente da intendersi come "specifico e dettagliato".

La *business judgment rule* non dovrebbe, a mio avviso, venire disapplicata in caso di violazione di "doveri specifici", ma piuttosto in caso di violazione del dovere di agire informati e/o di "omissioni" di portata tale da poter essere qualificate come espressione di un comportamento non razionale. Ogni qualvolta ci si trovi, infatti, in presenza di un effettivo processo di *directorial decisionmaking* effettuato su basi informate e razionali, la *business judgment rule* dovrebbe trovare applicazione.

A questo punto si pone, però, il quesito se le omissioni nella valutazione degli assetti da parte degli amministratori non esecutivi (all'inizio e nel corso del mandato) siano equiparabili ad un'omissione tale da determinare la disapplicazione della *business judgment rule*.

La risposta non è univoca. Una totale omissione potrà riscontrarsi nel caso in cui una valutazione non venga effettuata integralmente. Ove, invece, essa venga realizzata, la condotta degli amministratori può sollevare un tema di decisione disinformata (con conseguente applicazione di un sindacato giudiziale pieno), oppure di una valutazione da reputarsi comunque informata ed assunta su basi razionali (come tale assoggettata alla *business judgment rule*) (28).

4. *Il sindaco.* — Limite le mie considerazioni sui doveri dell'organo di vigilanza al collegio sindacale, dato che il consiglio di sorveglianza non svolge solo funzioni di controllo (a maggior ragione se viene utilizzata l'opzione statutaria prevista dall'art. 2409-terdecies, comma 1, lett. f-bis, c.c.) il controllo nel sistema monistico risulta connotato da forti specificità.

mento della società ex art. 2447 c.c., si è puntualmente richiamata, per giudicare delle appostazioni di bilancio compiute dagli amministratori (rilevanti ai fini della scelta se convocare o meno l'assemblea), alla discrezionalità degli amministratori da sindacare secondo "principi di razionalità" (caratteristici, appunto, della regola del giudizio imprenditoriale).

(28) Conforme KUTUFA, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in AA.VV., *Amministrazione e controllo*, (nt. 1), 725; v. anche IRRERA, (nt. 25), 87 ss. Pur disquisendosi in questo paragrafo dei doveri degli amministratori non esecutivi, per completezza accenno anche al (correlato) dovere degli amministratori esecutivi di "costruire" gli assetti. In caso di omissione totale di costruzione dovrebbe porsi un tema (non di decisione errata, ma) di "mancata decisione", con conseguente disapplicazione della *business judgment rule*. In caso di costruzione di modelli inadeguati, invece, ci si dovrebbe reputare in presenza, comunque, di una decisione da vagliare sulla base della regola citata. La predisposizione non corretta degli assetti non necessariamente implica, infatti, un'omissione, ma può rappresentare anche una scelta (imprenditoriale), tale da potere essere in taluni casi ricostruita — in base ad un giudizio *ex ante*, secondo una prognosi postuma — come razionale e, dunque legittima: v. sempre KUTUFA, *op. cit.*, 725 ss.; in questo senso, nel diritto statunitense, la *Delaware Supreme Court* [caso *Stone v. Ritter*, A.2d 362 (Del. 2006)] ha individuato quali "necessary conditions for director oversight liability" le seguenti: "(a) the directors utterly failed to implement any reporting or information system or controls; or (b) having implemented such a system or controls, consciously failed to monitor or oversee its operation thus disabling themselves from being informed of risks or problems requiring attention".

4.1. *La diligenza.* — Ai sensi dell'art. 2403, comma 1, c.c. (e 149, comma 1, t.u.f.), il controllo sindacale è finalizzato alla verifica dell'osservanza della legge e dell'atto costitutivo e non può estendersi anche all'esame dell'opportunità e della convenienza delle scelte gestionali.

I sindaci incontrano il limite derivante dalla *business judgment rule* nel loro monitoraggio sulle iniziative assunte dagli amministratori ⁽²⁹⁾ anche in una situazione di crisi; tale principio è stato recepito dalla norma 3.3. delle recenti Norme di Comportamento del Collegio Sindacale, per cui il collegio “vigila sul rispetto dei principi di corretta amministrazione”; “la vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione consiste nella verifica della conformità delle scelte di gestione ai generali criteri di razionalità economica” (nei “criteri applicativi” si precisa che i sindaci devono “accertare, sulla base delle informazioni ricevute, che gli amministratori non compiano operazioni manifestamente imprudenti o azzardate”).

L'art. 2403-bis, comma 2, c.c. (e l'art. 151, comma 1, t.u.f.) attribuiscono al collegio sindacale (e la norma sulle società quotate al singolo sindaco) rilevanti poteri informativi, che si traducono in altrettanti doveri di ottenere dagli amministratori notizie relative “all'andamento delle operazioni sociali o di determinati affari” su base tendenzialmente continuativa (configurandosi tale flusso informativo — come è stato osservato — in termini più ampi rispetto a quelli regolati dall'art. 2381 c.c.) ⁽³⁰⁾.

Ai sensi dell'art. 2406, comma 1, c.c. (e dell'art. 151, comma 2, t.u.f.), i sindaci devono poi convocare l'assemblea nei casi di omissione da parte degli amministratori (ad esempio, in ipotesi di mancata convocazione ex art. 2447 c.c.), mentre in base al secondo comma dell'art. 2406 c.c. essi devono procedere a tale convocazione ove ravvisino la sussistenza di “fatti

⁽²⁹⁾ Per una ricostruzione generale v. RIGOTTI, in AA.Vv., *Collegio sindacale. Controllo contabile*, a cura di Ghezzi, nel *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti, Bianchi e Notari, Milano, Egea, 2005, 171 s.; BERTOLOTTI, in AA.Vv., *Le nuove s.p.a.*, a cura di Cagnasso e Panzani, Bologna-Roma, Zanichelli 2010, 901 s.; CATERINO, (nt. 1), 349 ss.; v. anche MONTALENTI, *I controlli societari: recenti riforme, antichi problemi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, 539, che ricorda puntualmente che “il merito della gestione, e cioè il contenuto delle scelte manageriali, è assistito [...] dalla c.d. *business judgment rule*: le operazioni gestorie degli amministratori non sono sindacabili [oltre che dal giudice] dal collegio sindacale”.

⁽³⁰⁾ Cfr. MAGNANI, in AA.Vv., *Collegio sindacale. Controllo contabile*, (nt. 29), 220 s.: “se si considera che l'obbligo di riferire al collegio sindacale da parte degli amministratori delegati ha ad oggetto il generale andamento della gestione e la sua prevedibile evoluzione, nonché le operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate, il potere del collegio sindacale di chiedere informazioni potrà allora riguardare, ad esempio, i processi di valutazione che hanno condotto gli amministratori ad intraprendere determinate decisioni, le informazioni assunte dagli amministratori prima del compimento delle operazioni, le cautele prese e così via. In definitiva il collegio sindacale può esercitare il potere di richiesta di informazioni con riferimento ad ogni aspetto sul quale ritenga di dovere essere informato al fine di vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione”.

censurabili” (in tal caso devono prima conferire con gli amministratori e poi convocare).

Al riguardo si pone il tema dell’identificazione del novero dei fatti censurabili: tale è senz’altro l’insolvenza, ma anche, probabilmente, la mancanza di prevedibile continuità aziendale (equiparabile al pericolo di insolvenza: un accenno al rischio di “compromissione della situazione economica, finanziaria e patrimoniale” si riscontrava già nella norma 7.2 delle Norme di Comportamento del Collegio Sindacale del 2004; ora la norma 11.1 delle Nuove Norme di Comportamento del Collegio Sindacale dispone che “il collegio sindacale, nello svolgimento dei compiti assegnati dalla legge, è tenuto a monitorare la continuità aziendale e a comunicare agli amministratori la sussistenza di fatti idonei a pregiudicare la continuità dell’impresa con l’invito a porvi rimedio [...] [a]l ricorrere dei presupposti richiesti dalla legge, il collegio sindacale deve sollecitare gli opportuni provvedimenti, finanche l’adozione di uno degli istituti di composizione negoziale della crisi di impresa [...] [a] tal fine il collegio sindacale suggerisce all’organo di amministrazione di individuare e, se del caso, di adottare tempestivamente lo strumento maggiormente idoneo”).

Anche a non ammettere, dunque, che il “pericolo di insolvenza” imponga obblighi specifici agli amministratori (ma v. sopra, in proposito, il § 2.2), si può ritenere che sui sindaci gravi, comunque, l’obbligo di invitare gli amministratori a porre rimedio alle problematiche di continuità aziendale per ragioni di buona amministrazione, di sollecitarli ad adottare le misure “opportune” (ad esempio, la redazione di un piano attestato o la proposta di un accordo di ristrutturazione) e di convocare l’assemblea per esporre la situazione (l’assemblea potrebbe poi decidere, ad esempio, la messa in liquidazione o la revoca degli amministratori) ⁽³¹⁾.

Ove gli strumenti endosocietari non siano sufficienti per favorire le iniziative opportune da parte dell’organo amministrativo e/o dell’assemblea, l’organo di controllo ha a disposizione due strumenti: la denuncia al tribunale ai sensi dell’art. 2409 c.c. (v. anche la norma 11.2) e, in presenza di un vero e proprio stato di insolvenza, la presentazione di un esposto al pubblico ministero affinché si attivi richiedendo il fallimento della società ai sensi dell’art. 6, comma 1, l. fall. ⁽³²⁾.

Ci si è chiesti se il potere-dovere dell’organo di controllo di attivare i due strumenti menzionati sussista anche nel caso in cui tutti i soci sono d’accordo sulle linee gestionali attuate dagli amministratori e ritengono che le iniziative da questi assunte non mettono in pericolo la continuità dell’impresa. Al riguardo si è evidenziata l’esigenza di tener conto delle indicazioni derivanti, da un lato, dalle norme in tema di scioglimento delle

⁽³¹⁾ Cfr. CATERINO, (nt. 1), 364.

⁽³²⁾ Cfr. SACCHI, (nt. 1), 193.

società di capitali (artt. 2485 ss. c.c.), dall'altro, dall'art. 217, comma 1, n. 4, l. fall., sulla base delle quali si è affermato che, in presenza di una causa di scioglimento della società, in caso di inerzia degli amministratori i sindaci possono e devono presentare istanza al tribunale perché accerti il verificarsi della causa di scioglimento e che, sussistendo il già citato dovere del debitore di non aggravare il proprio dissesto astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento, l'esposto da parte dei sindaci in caso di insolvenza diverrebbe necessario ⁽³³⁾.

4.2. *La vigilanza sugli assetti.* — Il collegio sindacale vigila non solo sull'adeguatezza dell'assetto amministrativo, organizzativo e contabile, ma anche sul suo concreto funzionamento (art. 2403, comma 1, c.c.; l'art. 149, comma 1, lett. c, t.u.f. impone al collegio sindacale di vigilare sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società per gli aspetti di competenza, del sistema di controllo interno e del sistema amministrativo-contabile, nonché sull'affidabilità di quest'ultimo nel rappresentare correttamente i fatti di gestione) ⁽³⁴⁾.

Al riguardo va evidenziato che, mentre gli amministratori non esecutivi sono tenuti a valutare l'adeguatezza degli assetti tendenzialmente sulla base delle informazioni rese in consiglio dagli amministratori esecutivi, i sindaci, oltre ad esaminare le medesime informazioni, sono tenuti a verificare direttamente gli assetti ed il loro concreto funzionamento, avvalendosi anche (a differenza degli amministratori non esecutivi) dei propri poteri ispettivi (potendo utilizzare dipendenti o ausiliari) ⁽³⁵⁾.

La risposta alla questione circa l'ampiezza del sindacato dell'autorità giudiziaria sul dovere di vigilanza dei sindaci è evidentemente connessa a quella che si intende dare all'analogo problema relativo al medesimo sindacato sui doveri degli amministratori (v. sopra il § 3.3).

5. *Il revisore.*

5.1. *L'intervento in sede di redazione del bilancio.* — Il revisore (o la società di revisione) intervengono, principalmente, in sede di redazione del bilancio (art. 14, comma 1, lett. a, d.lgs. 39/2010) ⁽³⁶⁾. Come ribadito dal principio di revisione Isa 570.6, il dovere del revisore è quello di "acquisire elementi probativi, sufficienti e appropriati, sul corretto utilizzo da parte della direzione del presupposto della continuità aziendale e di concludere

⁽³³⁾ Cfr. SACCHI, (nt. 1), 190 s.; sul possibile fondamento del dovere v., peraltro, più ampiamente sopra il § 2.2.

⁽³⁴⁾ Cfr. in proposito RIGOTTI, (nt. 29), 177 ss.; BERTOLOTTI, (nt. 29), 903 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr. sul punto RIGOTTI, (nt. 29), 190.

⁽³⁶⁾ Cfr. FORTUNATO, (nt. 1), 176 ss.; in generale, v., ad es. MAGGIOLINO, in AA.VV., *Collegio sindacale. Controllo contabile*, (nt. 29), 393 ss.

se vi sia un'incertezza significativa riguardo alla capacità dell'impresa di continuare ad operare come un'entità in funzionamento”.

In presenza di indici di incertezza, il revisore deve, da un lato, confrontarsi con gli amministratori in modo tempestivo e verificare la valutazione fatta da questi ultimi (accertando se essa sia stata estesa a tutte le notizie apprese dal revisore); dall'altro, valutare e discutere con gli amministratori i piani per le azioni future (ad es. progetti di cessione di beni, prestiti, ristrutturazioni dei debiti, riduzione o differimento delle spese, aumenti di capitale), giudicando della loro realistica possibilità di realizzazione.

Qualora il presupposto della continuità aziendale sia ritenuto “adeguato”, ma sussistano incertezze significative per eventi e circostanze che, presi singolarmente o nel loro complesso, possono far sorgere significativi dubbi al riguardo, gli amministratori devono predisporre un'adeguata informativa in bilancio in merito a tali incertezze ⁽³⁷⁾. Il revisore, ai fini dell'espressione del proprio giudizio sul bilancio, deve valutare tale informativa ed in particolare deve accertare se il bilancio descriva adeguatamente i principali eventi o circostanze che fanno sorgere dubbi significativi e i piani degli amministratori per far fronte a tali eventi o circostanze e se lo stesso bilancio evidenzia chiaramente che esiste un'incertezza significativa relativa a eventi o circostanze che possono far sorgere dubbi significativi sulla continuità aziendale.

5.2. *La corretta rilevazione dei fatti di gestione.* — In secondo luogo il revisore deve verificare nel corso dell'esercizio “la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili” (art. 14, comma 1, lett. b, d.lgs. 39/2010).

Tale compito consiste nella verifica costante della sussistenza delle condizioni per effettuare la contabilizzazione degli elementi patrimoniali in un'ottica di *going concern*. Ne deriva che la valutazione sulla continuità aziendale potrà (e dovrà) esser effettuata dal revisore anche in momenti diversi rispetto a quello della predisposizione del bilancio. In tal senso depongono i principi di revisione Isa 570.10 e 570.15, ai sensi dei quali “per tutta la durata della revisione il revisore deve prestare attenzione agli elementi probativi relativi a eventi o circostanze che possano far sorgere dei dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come un'entità in funzionamento” e “deve indagare presso la direzione circa gli eventi o le circostanze, di cui questa sia a conoscenza, successivi al periodo considerato nella valutazione, che possano far sorgere” analoghi

(³⁷) Si veda, al riguardo, l'esempio 2 riportato in Allegato 1 al Documento Banca d'Italia/CONSOB/ISVAP n. 2 del 5 febbraio 2009.

dubbi⁽³⁸⁾. Per quanto le norme non prevedano (come l'abrogato art. 2409-ter c.c.) una periodicità delle verifiche, si tende a ritenere che sia comunque obbligatoria una certa cadenza.

Il dovere del revisore di prestare attenzione agli "elementi probativi" che possono far sorgere dubbi sulla continuità aziendale e di svolgere indagini può rilevarsi particolarmente pregnante, posto che, ai sensi dell'art. 14, comma 6, d.lgs. 39/2010 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⁽³⁹⁾.

Il revisore deve anche operare un'analisi circa le valutazioni compiute dalla direzione aziendale in merito alla capacità dell'impresa di continuare ad operare come un'entità in funzionamento (principio Isa 570.12).

Il revisore non ha, tuttavia, l'obbligo di adottare specifiche iniziative, ma più limitatamente quello — comunque assai delicato — di trasmettere le notizie apprese nel corso delle proprie indagini ad altri (amministratori, sindaci) affinché costoro possano espletare correttamente le proprie funzioni.

ANDREA VICARI

Abstract

This article examines the duties of corporate directors and auditors in crisis situations as a result of the recent changes in corporate and bankruptcy law (the mitigation of the duty of supervision for non-executive directors, the introduction of the duty to build and assess the organizational, administrative and accounting structures, the formalization of the notion of crisis, the introduction of the concepts of indebtedness and liquidity risk, ecc.).

In particular I discuss the duty of care of corporate directors and the business judgment rule in case of loss of capital, pre-insolvency and insolvency.

⁽³⁸⁾ Cfr. sul punto anche FORTUNATO, (nt. 1), 177 s.

⁽³⁹⁾ D'altra parte, se vengono identificati eventi o circostanze che possano far sorgere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare come un'entità in funzionamento, il revisore deve acquisire elementi probativi sufficienti ed appropriati per stabilire se esista un'incertezza significativa mediante lo svolgimento di procedure di revisione aggiuntive, inclusa la considerazione dei fattori attenuanti. Tali procedure devono includere, tra l'altro, la valutazione dei piani d'azione futuri e la richiesta di attestazioni scritte alla direzione e, ove appropriato, ai responsabili delle attività di *governance*, relative ai piani d'azione futuri ed alla loro fattibilità (principio Isa 570.16).