

IPSOA

Le Società

Mensile di diritto e pratica commerciale
societaria e fiscale

ISSN 1591-2094 - ANNO XXXVIII - Direzione e redazione - Via dei Missaglia 97 - 20142 Milano

12/2019

► edicolaprofessionale.com/lesocieta

Azioni e quote riscattabili

Clausole di covendita

Polizze *unit linked*

**Concordato preventivo
e azioni di responsabilità**

DIREZIONE SCIENTIFICA

Diritto societario

Angelo Busani
Marco Lamandini
Renato Rordorf
Vincenzo Salafia
Alberto Toffoletto

Diritto dei mercati finanziari

Paolo Giudici

Valutazioni e bilancio

Mauro Bini

Diritto penale commerciale

Carlo Enrico Paliero

Processo, arbitrato e mediazione

Ilaria Pagni

TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANESPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



Wolters Kluwer

Crisi di impresa

Assetto Or.Am.Co. strumento di gestione dell'impresa e non solo premonitore della crisi

di Giuseppe Verna

L'art. 2086 c.c., nell'imporre all'imprenditore l'adozione e l'attuazione degli strumenti di tecnica organizzativa e contabile previsti dall'ordinamento, si è riferito, con riguardo all'imprenditore-società di capitali, agli strumenti di previsione e programmazione economica e finanziaria già indicati all'art. 2381, tra i quali sono preminenti, nell'interpretazione suggerita dall'economica aziendale, il budget e il piano prospettico dei flussi di cassa, da elaborare con cadenza almeno semestrale.

L'assetto Or.Am.Co delineato dall'art. 2381 c.c.

Come è noto, l'art. 2086, comma 2, c.c., obbliga le società ad introdurre nella loro attività un assetto organizzativo, amministrativo e contabile, detto comunemente Or.Am.Co. Tale assetto può identificarsi in un complesso di regole che non solo definiscono a monte (a livello di *governance*) l'organizzazione societaria e i processi decisionali (ovvero chi decide, chi dichiara e chi controlla le decisioni assunte/dichiarate), ma che, altresì, individuano a valle (a livello operativo) le funzioni aziendali, le procedure ed i processi che consentono l'esecuzione delle decisioni, in modo da realizzare compiutamente e correttamente l'oggetto dell'iniziativa societaria (1). Più in particolare l'assetto organizzativo comporta la necessità di istituire un organigramma che definisca funzioni, poteri e deleghe nelle decisioni; l'assetto amministrativo identifica l'insieme delle procedure dirette a garantire l'ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle singole fasi nelle quali le stesse si articolano, mentre l'assetto contabile si riferisce al sistema di rilevazione e classificazione dei fatti di gestione (2). La portata del cambiamento prodotto dall'art. 2086, comma 2, c.c., da alcuni definito epocale, alle norme

sull'organizzazione dell'attività esercitata dall'imprenditore in forma non individuale, prevalentemente nelle piccole e medie imprese, va valutata tenendo presente quanto avevano già disposto, a partire dal 1° gennaio 2004, gli artt. 2381 e 2403 dello stesso codice.

L'art. 2381 è la norma che per la prima volta menziona l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile delle società per azioni.

Il quinto comma attribuisce agli organi delegati - ovvero al comitato esecutivo e agli amministratori delegati - un obbligo di comportamento e un obbligo di relazione. Il primo è quello di curare che tale assetto sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa; il secondo obbligo consiste nel riferire al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo.

In forza del terzo comma il consiglio di amministrazione, sulla base delle informazioni ricevute dagli organi delegati, ha il compito di valutare l'adeguatezza dell'assetto Or.Am.Co.; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.

(1) M. De Mari, *Gli assetti organizzativi societari*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, diretto da Irrera, Bologna, 2016, 26.

(2) S. Verna, *Le modifiche al codice delle società (artt. 375-384)*, in AA.VV., *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di studio verna società professionale, Santarcangelo di Romagna, 2019, 182.

Infine l'art. 2403, comma 1, c.c., stabilisce che è dovere del collegio sindacale vigilare in particolare sull'adeguatezza dell'assetto Or.Am.Co. adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento (3). Le richiamate disposizioni tracciano un percorso logico di estrema chiarezza. Nelle S.p.a. il comitato esecutivo o gli amministratori delegati curano che l'assetto Or.Am.Co. sia adeguato alla natura e dimensioni dell'impresa e presentano, almeno ogni sei mesi, una relazione al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, avente per oggetto - per dirla con parole semplici - come la gestione si è svolta e come prevedibilmente si svolgerà. Il consiglio di amministrazione valuta la relazione degli organi delegati e quindi anche l'adeguatezza dell'assetto Or.Am.Co., mentre il collegio sindacale vigila attraverso un controllo periodico, non in astratto, ma in concreto (4). Pur ribadendo la chiarezza di un percorso logico che vede investiti tre entità, che, in sintesi, rispettivamente curano, valutano e controllano, dall'art. 2381 emergono incertezze, alcune delle quali hanno trovato soluzioni il cui convincimento ed attuazione non sono stati diffusamente condivisi ed altre sono state invece dissolte con l'introduzione dell'art. 2086. Innanzi tutto l'adeguatezza dell'assetto Or.Am.Co. è stabilita in relazione ad un parametro astratto: la natura e le dimensioni dell'impresa. Il parametro è indicato anche nell'art. 2214, comma 2, c.c., in tema di scritture contabili obbligatorie ed è riferito all'imprenditore in generale (5). Manca una definizione, per cui non resta che fare ricorso a criteri astratti, quali i principi di ragionevolezza e di proporzionalità nonché al rapporto costi-benefici, criteri rispettivamente che derivano dalla Costituzione, dalla giurisprudenza comunitaria e dai principi contabili internazionali. A mio avviso la residua indeterminazione del parametro è stata opportunamente lasciata dal legislatore al *business judgment rule* (6).

In secondo luogo un'interpretazione asfittica dell'art. 2381 porterebbe ad applicare la norma solo là dove esistano consiglio di amministrazione ed amministratori delegati. Invero, poiché l'art. 2381, ai commi 3 e 5, impone regole di condotta e la redazione di determinati documenti, che guidano l'operato dell'organo amministrativo e di quello di controllo, sarebbe irragionevole ritenere, là dove l'organo amministrativo non fosse collegiale, che essi non dovrebbero nemmeno essere redatti, non potendo circolare fra una pluralità di persone. L'interesse perseguito dalla norma, infatti, è quello di tutelare la buona amministrazione, prescindendo, entro certi limiti, dalla circostanza che essa debba essere affidata ad uno o più amministratori (7); il bene tutelato dal legislatore non è solo la normalizzazione dei rapporti intercorrenti fra gli amministratori e il loro diritto ad agire informati, ma anche e soprattutto la diligente e tecnicamente corretta gestione dell'impresa che coinvolge interessi diffusi. Oltretutto non avrebbe senso obbligare l'organo di controllo a vigilare, "in particolare", sull'assetto Or.Am.Co. e sul suo concreto funzionamento *ex art. 2403* ove l'organo amministrativo non dovesse istituire tale assetto e valutarne l'adeguatezza.

Una terza possibile osservazione limitava l'applicazione dell'art. 2381 alle S.p.a., escludendo quindi le S.r.l., anche quelle dotate di un organo amministrativo collegiale e di un organo di controllo. L'art. 2381 persegue tuttavia un livello oggettivo di organizzazione aziendale - misurato dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa - per cui l'estensione alle S.r.l. poggiava su un'interpretazione orientata al principio costituzionale di uguaglianza e di ragionevolezza (8). Orbene le suesposte incertezze sono state dissipate dall'art. 2086. L'uso del termine "imprenditore, capo dell'impresa, che operi in forma societaria" pone

(3) E di tale attività di vigilanza riferire all'assemblea nella relazione al bilancio (art. 2429, comma 2, c.c.).

(4) Sul controllo sindacale sugli aspetti organizzativi, avente natura di sostanziale legittimità, supportato dall'operato del revisore contabile, vedasi P. Valensise, *Organi di controllo nelle procedure di allerta*, in *Dir. fall.*, I, 2019, 590-594, nonché CNDCEC, *Principi di comportamento del collegio sindacale*, norma 11.1, *Prevenzione ed emersione della crisi*.

(5) Richiamato nella disciplina delle S.p.a. e delle S.r.l. (artt. 2421, comma 1 e 2476, comma 1) ed interpretato in senso estensivo in modo da comprendervi non solo le schede contabili e il bilancio, ma anche conti, prospetti, schemi di derivazione contabile, quali il *budget*, lo scadenzario di crediti e debiti, gli indici contabili.

(6) Negli Stati Uniti la rigorosa definizione della suddetta regola porta a presumere che, nello svolgimento dei propri compiti, gli amministratori agiscano in modo informato, in buona fede e

nell'interesse della società. Per l'elaborazione del concetto di *business judgment rule* nella giurisprudenza nazionale vedansi: Cass. 22 giugno 2017, n. 15470, soprattutto punto 11.6; Cass. 4 luglio 2018, n. 17494; Trib. Napoli 7 giugno 2018, *retro*, 2019, 510; Trib. Catanzaro, Sez. Impr., 16 novembre 2018, con nota critica di P. Pototschnig, *Responsabilità degli amministratori e questioni ricorrenti alle prime luci del Codice della crisi d'impresa*, *retro*, 2019, 745.

(7) Così nel mio *L'assetto Or.Am.Co. e l'art. 2381 cod. civ.: doveri di amministratori e sindaci*, in *Contr. nelle soc. e negli enti*, 2014, 6.

(8) L. Calvosa, *Gestione dell'impresa e della società alla luce dei nuovi artt. 2086 e 2475 c.c.*, *retro*, 802, osserva che "la nuova disciplina della crisi segna una netta presa di posizione" per una *governance* della S.r.l. simile a quella della S.p.a., con particolare riferimento alla competenza gestoria dei soci.

indiscutibilmente a carico di ogni tipo di società, con organo gestorio monocratico o collegiale, l'obbligo di dotarsi di un assetto Or.Am.Co. adeguato alla natura e dimensioni dell'impresa.

La novella, in sostanza, ha imposto in generale all'imprenditore di istituire nella propria azienda, a partire dal 16 marzo 2019, l'assetto Or.Am.Co. e di graduarlo in relazione alla natura e alle dimensioni dell'impresa. In particolare nelle imprese costituite in forma societaria, indipendentemente dall'essere amministrate da un organo monocratico o collegiale e dall'esistenza o inesistenza di deleghe nell'ambito dell'organo collegiale, il legislatore ha imposto periodicamente a tale organo, una volta istituito un assetto adeguato, una valutazione di adeguatezza e un intervento di mantenimento.

L'intervento di completamento operato dall'art. 2086

Rimanevano due incertezze. La prima è legata al fatto che l'art. 2086 richiede, per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale, l'adozione ed attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento giuridico; la seconda nasce dalla locuzione temporale contenuta nell'art. 2381, comma 3, "quando elaborati", che condiziona letteralmente l'esame dei piani strategici, industriali e finanziari della società, sebbene alcuni autori abbiano rilevato che l'elaborazione di tali piani non possa essere rimessa *ad libitum* degli amministratori, ma debba dipendere solo dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa (9).

Si assiste qui ad un congegno non frequente nel nostro ordinamento: l'influsso di una norma generale nei confronti di una disposizione particolare preesistente allorché la prima consente di dipanare incertezze esegetiche e dischiude un più valido tessuto normativo.

L'art. 2381 - *jus singulare* preesistente - indica che è essenziale rilevare il generale andamento della gestione e la sua prevedibile evoluzione,

occorrendo attraverso piani strategici, industriali e finanziari della società, quindi elaborando progetti o programma di sviluppo di fattura contabile. Su tale tessuto normativo interviene l'art. 2086, comma 2 - *jus generale* - che obbliga l'imprenditore a dotarsi di procedure non solo dirette a garantire l'ordinato svolgimento delle attività aziendali e delle sue singole fasi in misura adeguata alla natura e alle dimensioni dell'impresa, ma anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale. Rilevare il generale andamento della gestione e la sua prevedibile evoluzione ed elaborare piani strategici, industriali e finanziari, la cui obbligatorietà e generale applicazione a tutte le società erano prima posti in dubbio, diventano a partire dal 16 marzo 2019 compito indefettibile dell'imprenditore, soggetto solo ad uno scrutinio che poggia sulla natura e dimensioni dell'impresa.

Ne consegue che, quando l'art. 2086 impone di adottare ed attuare gli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale, funzione specifica ma non certo esclusiva dell'assetto Or.Am.Co. (10), il riferimento va fatto non solo agli strumenti di allerta e agli indicatori della crisi, di cui agli artt. 12 ss., D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, che saranno introdotti a partire dal 16 agosto 2020, ma anche agli strumenti indicati nell'art. 2381 c.c. Pertanto l'art. 2086 diventa norma di immediata e soprattutto di concreta applicazione senza dovere attendere l'introduzione dei su menzionati strumenti di allerta.

Come ho recentemente sostenuto (11), gli strumenti informativi previsti dall'art. 2086 sono anche quelli indicati nel successivo art. 2381 per rappresentare l'andamento della gestione e la sua prevedibile evoluzione. Con l'ausilio dell'economia aziendale in funzione interpretativa - sul piano della tecnica - delle norme giuridiche, l'andamento della gestione trova puntuale espressione nel bilancio, la sua prevedibile evoluzione è dischiusa dal

(9) "Il *quando* che apre la disposizione indica una circostanza di tempo, non una condizione che potrebbe non realizzarsi (come nel caso di *se, qualora*) e sembra quindi che venga non solo ipotizzata ma anche chiesta l'elaborazione dei piani" (G. D. Mosco, in *Società di capitali*, a cura di Niccolini - Stagno d'Alcontres, Padova, 2004, III, 596, nt. 31). Lo stesso P. Abbadessa, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Abbadessa - Portale, Milano, 2007, 498-499, afferma che "sarebbe assolutamente inesatto concludere che la redazione dei piani in esame sia una semplice facoltà, rimessa comunque alla libera scelta degli amministratori, dovendo, all'opposto, ritenersi che essa divenga doverosa quando le dimensioni dell'impresa e/o le politiche gestionali

prescelte rendano opportuno, nell'interesse della società, l'istituzione di un processo programmatico formalizzato".

(10) Già nel mio *Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società*, retro, 2019, 930, osservavo che l'obbligo di istituire un adeguato assetto Or.Am.Co. è previsto dall'ordinamento giuridico non solo per cogliere i segni premonitori della crisi o addirittura dell'insolvenza, ma come regola di condotta di un amministratore che operi con la diligenza professionale richiesta dalla natura dell'incarico, derivando dall'inadempimento, alle condizioni ivi espresse, l'esercizio nei suoi confronti dell'azione di responsabilità.

(11) Il rinvio è ancora allo scritto citato nella nota precedente, pag. 933.

budget (12), mentre i flussi di cassa prospettici costituiscono un valido piano finanziario, anticipato rilevatore di tensioni e inadempimenti. Naturalmente detti strumenti devono essere redatti a seconda delle dimensioni e della natura dell'impresa e comunque con una periodicità almeno semestrale.

Merita far presente che la periodicità semestrale può essere congrua se riferita al *budget*, meno ai flussi di cassa prospettici (13). La pratica delle PMI insegna che è opportuno ed utile prevedere e programmare i risultati economici del prossimo esercizio verso la fine dell'anno (*budget*) e verso la fine del semestre (*revised budget*), facendo tesoro dei dati del periodo appena trascorso; le disponibilità finanziarie, influenzando più da vicino sull'operatività dell'impresa, richiedono spesso un più frequente monitoraggio. La variabilità delle disponibilità finanziarie è più marcata di quella relativa al risultato economico, dato che la prima è

influenzata da una sommatoria di fattori sia economici, antecedenti, sia finanziari, susseguenti. In pratica la natura e dimensione dell'impresa impongono spesso un'elaborazione del *cash flow* con frequenza ben superiore al semestre: l'imprenditore deve infatti conoscere tempestivamente la sostenibilità dei debiti che ha contratto e degli investimenti programmati per la continuazione e lo sviluppo dell'azienda.

L'elaborazione semestrale costituisce evidentemente un assetto minimo che comunque impegnerà gli imprenditori e i loro professionisti ad assumere una massiccia dose di cultura economico-aziendale a beneficio dell'impresa italiana, ma anche della categoria professionale che l'assiste. In particolare l'ordinamento richiederà all'imprenditore un più stretto e raffinato dialogo con i commercialisti nel cui ambito la specializzazione di aziendalista e non solo quella di fiscalista sarà maggiormente richiesta alle nuove generazioni.

(12) Dubito a proposito che, ove risultino dal *budget* o dal *revised budget* ulteriori perdite, data la formalizzazione di detti strumenti, si possano dilazionare all'esercizio successivo i provvedimenti di riduzione del capitale ex artt. 2446 e 2482 bis, c.c.

(13) Vasta ed antica la letteratura sul tema: v. tra gli altri P. Hunt - C. M. Williams - G. Donaldson, *Finanza per la direzione aziendale*, Milano, 1972, 154 ss.; F. Manca, *Controllo della liquidità nelle PMI*, Milano, 2016, 369 ss.