

Modelli organizzativi

I modelli organizzativi per prevenire la crisi d'impresa

Prof. Claudio Sottoriva

Dottore commercialista e revisore legale dei conti

Convegno “Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza”

Le novità per le imprese e per i professionisti

Como, 7 giugno 2019

Lo stato di crisi e l'adeguatezza dell'assetto organizzativo

Il D.Lgs. 14/2019 pubblicato sul S.O. 6/L della Gazzetta Ufficiale n. 38 del 14 febbraio 2019 riforma la disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Tra gli elementi di novità, si segnalano, tra l'altro, le modifiche agli assetti di governance aziendale nell'ambito delle società per azioni e nell'ambito delle società a responsabilità limitata, finalizzate alla rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale.

Lo **stato di crisi aziendale** (ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. 14/2019) è lo stato di **difficoltà economico-finanziaria che si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni**.

L'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del Codice Civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e della perdita della continuità aziendale nonché ai fini dell'assunzione di idonee iniziative.

L'obbligo di istituzione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili

Il D.Lgs. 14/2019 ha modificato l'art. 2086 del Codice Civile prevedendo, al secondo comma, che ***“L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”***.

Sempre in tema di adeguati assetti organizzativi, il D.Lgs. 14/2019 ha modificato l'art. 2257 del Codice Civile e l'art. 2380-bis del Codice Civile, per coordinarli con le nuove previsioni di cui all'art. 2086, secondo comma, del Codice Civile.

ASSETTI ORGANIZZATIVI

L'obbligo di istituzione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili

In tema di adeguati assetti organizzativi, i Modelli Organizzativi ex D.Lgs. 231/2001 sono ormai ascritti sistematicamente a quelle norme del diritto societario (ed in particolare al terzo ed al quinto comma dell'art. 2381 c.c. ed all'art. 2403 c.c.) che sanciscono il principio di **“adeguatezza nel governo societario”**.

Anche gli enti la cui attività non sia ancora espressamente vincolata alla conformazione alla norma, possono trovare stimolanti motivazioni nelle pronunce della giurisprudenza di merito, la quale ha già avuto modo di esprimersi ritenendo la sussistenza di uno specifico dovere in capo all'organo amministrativo alla attivazione di quanto disposto dal D.Lgs. 231/2001.

Gestione dell'impresa

“La gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori”

“i quali (amministratori) compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale”

Gestire in via esclusiva l'impresa significa:

- i. compiere a propria discrezione (nei limiti della c.d. discrezionalità tecnica) le scelte strategiche per il perseguimento dell'interesse sociale;
- ii. dotare la società di un adeguato **assetto organizzativo, amministrativo e contabile**;
- iii. adempiere a tutti gli obblighi di legge e di statuto;
- iv. informarsi sull'operato degli altri amministratori.

Limiti alla competenza gestionale

La generale ed esclusiva competenza degli amministratori per la gestione dell'impresa determina che gli amministratori:

- possono respingere ogni ingerenza dell'assemblea;
- possono disattendere ogni direttiva e/o istruzione dell'assemblea.

Limiti alla competenza gestionale esclusiva degli amministratori:

ex lege:

1. proposizione, rinuncia e transazione dell'azione sociale di responsabilità (2393 c.c.);
2. accesso a procedure concorsuali;
3. destinazione degli utili/aumenti riduzioni di capitale;
4. acquisti da soci fondatori, promotori, acquisto di azioni proprie, acquisto di azioni della controllante.

ex statuto:

Lo statuto può richiedere per il compimento di alcuni atti il parere dell'assemblea ordinaria dei soci.

Buon funzionamento del CdA

L'art. 2381 c.c. chiarifica che il Presidente del Consiglio di Amministrazione non ha poteri gestionali bensì ha il compito di far funzionare il Consiglio d'Amministrazione in modo efficiente.

Cosa significa assicurare il **buon funzionamento del Consiglio di Amministrazione**?

Il buon funzionamento del Consiglio di Amministrazione si sostanzia nel:

- ✓ fornire adeguata informazione a tutti i consiglieri sulle materie all'ordine del giorno;
- ✓ fissare gli argomenti che saranno trattati all'ordine del giorno.

Ne consegue che il **Presidente del Consiglio di Amministrazione**:

- ✓ deve stabilire con quale anticipo devono essere rese le informazioni sulle materie da trattare;
- ✓ deve, nel fissare l'ordine del giorno, coordinarsi con gli amministratori delegati e richiedere le informazioni necessarie per l'assunzione delle delibere.

Amministratori Delegati e Amministratori privi di delega

I doveri degli **Amministratori Delegati**:

- esercitare la delega ricevuta nei limiti in cui è stata ricevuta;
- curare un'efficiente organizzazione dell'impresa (sistema di controllo interno, organizzazione dei flussi informativi da parte delle controllate, modelli ex D.Lgs. 231/2001);
- riferire al CdA ed al Collegio sindacale almeno ogni 180 giorni, in particolare la prevedibile evoluzione e le operazioni più rilevanti compiute della società e dalle controllate.

I doveri degli **Amministratori senza delega**:

- valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società;
- valutare sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione;
- agire in modo informato esercitando il diritto di chiedere informazioni agli organi delegati.

Obbligo di diligenza degli Amministratori

Gli Amministratori sono responsabili verso la società solo se non adempiono con diligenza agli obblighi ad essi imposti dalla legge, dallo statuto e dall'oggetto sociale. Ne consegue che:

- la responsabilità degli amministratori è una responsabilità da inadempimento di una loro obbligazione;
- alla predetta responsabilità si applicano i principi generali che regolano gli inadempimenti contrattuali;
- gli amministratori non possono essere ritenuti responsabili per il mancato raggiungimento dei risultati (economici) sperati con l'esercizio dell'attività societaria se hanno tenuto una condotta diligente (obbligazione degli amministratori non è un'obbligazione di risultato).

Obbligo di diligenza degli Amministratori (segue)

Il **dovere di diligenza** impone di:

- ✓ tenere conto della natura dell'incarico;
- ✓ agire in modo informato;
- ✓ tener conto delle competenze specifiche dell'amministratore;
- ✓ tener conto della natura dell'incarico in termini di:
 - dimensione oggettiva;
 - articolazione organizzativa;
 - settore in cui opera la società.

Sussiste un principio di proporzionalità tra **complessità** e **dimensioni** dell'impresa amministrata.

Inadempimento degli Amministratori

Quali sono gli obblighi che determinano inadempimento:

- (i) quelli **general**i di diligenza e di perseguimento dell'interesse sociale;
- (ii) quelli **speciali** imposti dalla legge o disciplinati nello statuto;

Occorre tenere sempre distinto il profilo della responsabilità degli amministratori, che trova fondamento nella violazione di uno dei predetti obblighi (2392-2395 c.c.), dalla violazione del generico dovere di “neminem laedere” (2043 c.c.), principio generale che opera a prescindere dal collegamento alla società dal rapporto di amministrazione.

Agire informato e competenze specifiche

Agire in modo informato: gli amministratori sono inadempienti se effettuano scelte di gestione con **colpevole improvvisazione**, **senza informarsi** e senza soppesare i vantaggi e gli svantaggi che l'operazione può presentare per la società.

Competenze specifiche dell'amministratore (livello di professionalità dell'amministratore): chi è fornito di maggiori competenze è tenuto a prestare un livello di diligenza più elevato (dovere di competenza).

ASSETTI ORGANIZZATIVI

Assetto organizzativo = Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi (SCIGR)

Il Consiglio di Amministrazione e il *management* devono valutare l'assetto societario e organizzativo (unità operative, legal entity, distribuzione geografica, servizi in outsourcing) più adeguato per il raggiungimento degli obiettivi aziendali.

Il Consiglio di Amministrazione deve esaminare e presidiare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile con particolare riferimento al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi (SCIGR).

Per assetto organizzativo si intende il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenza e responsabilità.

Assetto organizzativo = Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi (SCIGR)

Il sistema organizzativo, pur declinato secondo la dimensione, la complessità e le altre caratteristiche dell'impresa, deve essere sufficientemente chiaro riguardo:

- all'attribuzione delle **responsabilità**;
- alle linee di **dipendenza gerarchica**;
- alla descrizione dei compiti e la rappresentazione del **processo aziendale** di formazione e **attuazione delle decisioni**;
- al **processo di informativa finanziaria**;
- alla definizione e alla concreta operatività dei diversi livelli di controllo.

Vigilanza del Collegio sindacale

L'adozione di un adeguato **assetto organizzativo** da parte della società consente di mantenere la **coerenza dei comportamenti** al fine di conferire ordine all'operatività aziendale e accrescere la capacità di coordinamento e, quindi, l'efficienza delle diverse strutture funzionali.

Il Collegio sindacale deve vigilare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo rispetto alle dimensioni, alla complessità e alle altre caratteristiche specifiche della società, ponendo particolare attenzione:

- i. alla completezza delle funzioni aziendali esistenti;
- ii. alla separazione e alla contrapposizione di responsabilità nei compiti e nelle funzioni;
- iii. alla chiara definizione delle deleghe o dei poteri di ciascuna funzione.

Vigilanza del Collegio sindacale (segue)

Il Collegio sindacale svolge l'attività di vigilanza sull'adeguatezza del complessivo sistema organizzativo da una posizione **apicale**: esso vigila, secondo un approccio basato sull'analisi dei rischi, sull'efficacia e sull'efficienza degli effettivi sistemi organizzativi posti in essere, in relazione alla dimensione, alla complessità e alla realtà dell'impresa.

L'attività di vigilanza del Collegio sindacale sull'assetto organizzativo viene, pertanto, a realizzarsi sulla base della valutazione delle informazioni richieste e pervenute allo stesso Collegio da parte dei soggetti preposti ai diversi ambiti operativi, nonché sulla base delle informazioni e notizie autonomamente acquisiti dal Collegio sindacale mediante atti di ispezione e di controllo.

Adeguatezza assetto organizzativo

In via generale, un assetto organizzativo può definirsi adeguato quando presenta i seguenti requisiti, in relazione alle dimensioni e alla complessità della società, alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale, nonché alle altre caratteristiche della società:

- redazione di un organigramma aziendale con chiara identificazione delle funzioni, dei compiti e delle linee di responsabilità;
- esercizio dell'attività decisionale e dell'attività direttiva della società da parte dei soggetti ai quali sono attribuiti i relativi poteri;
- sussistenza di procedure che assicurino l'efficienza e l'efficacia del sistema di controllo interno e della gestione dei rischi (SCIGR) nonché la completezza, la tempestività, l'attendibilità e l'efficacia dei flussi informativi generati (**contabilità generale e contabilità analitica**) anche con riferimento alle eventuali società controllate;
- esistenza di procedure che assicurino la presenza di personale con adeguata competenza a svolgere le funzioni assegnate;
- presenza di direttive e di procedure aziendali, loro aggiornamento ed effettiva diffusione.

Verifica adeguatezza assetto organizzativo

Laddove si evidenziassero significativi **rischi di inadeguatezza degli assetti organizzativi**, il **Collegio sindacale** deve richiedere all'amministratore delegato, informando il Presidente del Consiglio di Amministrazione (se le due figure non coincidono), l'adozione di un piano di azioni correttive e ne deve monitorare la realizzazione nel corso dell'incarico.

Nel caso in cui il Collegio sindacale rilevi il permanere delle criticità, ne deve informare il Consiglio di Amministrazione. Se non vengono poste in essere azioni correttive ovvero se le stesse sono ritenute dal Collegio sindacale insufficienti, ovvero in casi di urgenza, di particolare gravità, di avvenuto riscontro di violazioni, il Collegio deve adottare le iniziative ritenute più opportune per la rimozione delle violazioni riscontrate.

Il Collegio sindacale riassume le conclusioni dell'attività di vigilanza effettuata in un apposito paragrafo della relazione da proporre all'assemblea in occasione dell'approvazione del bilancio di esercizio.

Adeguatezza del governo societario

L'adeguatezza dell'assetto organizzativo si sostanzia anche nell'adeguatezza del sistema di *governance* dell'impresa in quanto tale (c.d. ***internal governance***; adeguatezza del governo societario).

L'adeguatezza del sistema di *governance* dell'impresa in quanto tale comprende l'adeguatezza della **composizione**, della **dimensione** e del **funzionamento** del Consiglio di Amministrazione e degli eventuali comitati interni, con particolare riguardo alla qualificazione dei membri del Consiglio di Amministrazione **non esecutivi** (in quanto sprovvisti di deleghe operative e/o di funzioni direttive in ambito aziendale) e **indipendenti** (da valutare alla luce delle definizioni contenute nella legge e nelle regole di governo societario adottate dalla società e alla luce della determinazione della remunerazione (specialmente relativamente alla componente variabile del compenso).

Strumenti applicativi

Al fine di garantire l'efficiacia del sistema di controllo interno e di gestione dei rischi (SCIGR), le organizzazioni potrebbero adottare i seguenti strumenti, a titolo esemplificativo e non esaustivo:

- definizione del ***risk appetite*** ovvero la propensione dell'organizzazione ad accettare e gestire i rischi;
- definizione di un modello integrato ***Enterprise Risk Management (ERM)***, ovvero di un modello volto a predisporre una metodologia di individuazione, valutazione e gestione integrata dei rischi;
- definizione, implementazione e aggiornamento del SCIGR, attraverso il quale l'azienda individui, valuti, monitori e misuri i rischi d'impresa, coerentemente con il livello di rischio scelto/accettato dal vertice aziendale;
- corpus procedurale (politiche, linee guida e procedure), in grado di definire l'integrazione e il funzionamento complessivo del SCIGR;

Strumenti applicativi (segue)

- monitoraggio dei *Key Risk Indicator* (KRI), ovvero un set di indicatori sintetici in grado di monitorare i rischi identificati in un preciso momento basandosi sull'elaborazione di dati quantitativi e comunicando lo stato di criticità del rischio identificato;
- analisi del contesto, attraverso strumenti quali la balanced scorecard, l'analisi della concorrenza allargata (Porter) e l'analisi Strengths, Weaknesses, Opportunities and Threats (SWOT), finalizzati alla valutazione dei punti di forza/debolezza e delle opportunità/minacce alla competitività aziendale;
- analisi quantitative, finalizzate alla stima della volatilità dei risultati di piano riconducibile ai rischi/opportunità identificati, calcolata attraverso modelli deterministici (base, worst, best analysis) ovvero stocastici;
- implementazione di strumenti di **Governance Risk e Compliance** (GRC), ovvero di tool informatici a supporto dei modelli di gestione dei rischi e controlli che facilitino la gestione integrata del modello nonché la produzione di reportistica affidabile, tempestiva e fruibile per il *management*;

Strumenti applicativi (segue)

- sistemi contabili e gestionali da cui utilizzare i dati generati dai processi aziendali a supporto delle attività di assessment e monitoraggio dei controlli interni;
- partecipazione delle funzioni di controllo ai management meeting ed ai comitati di direzione;
- reporting alle funzioni di controllo sull'andamento aziendale e sui dati di periodo (ad es. report sulla produzione, sulla qualità e sul personale);
- scambio di informazioni tra le funzioni di controllo al fine di assicurare maggiore efficienza nelle attività di monitoraggio e, al tempo stesso, una più ampia copertura dei rischi (***risk coverage***).

Art. 14 D.Lgs. 14/2019 (obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari)

Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative,

- i. se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato;
- ii. se sussiste l'equilibrio economico finanziario;
- iii. quale è il prevedibile andamento della gestione.

Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione devono segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi aziendale.

MODELLI 231/2001

D.Lgs. 231 e adeguatezza dell'assetto organizzativo

L'impianto normativo, nato sulla scia di una tendenza internazionale diretta alla prevenzione e repressione della c.d. corporate criminality, è teso a stimolare la creazione di una struttura di corporate governance e di meccanismi di controllo che consentano alle imprese di **mitigare il rischio di commissione degli illeciti previsti**. Gli enti, infatti, possono essere esonerati dalla responsabilità prevista dal D.Lgs. 231/2001 – evitando l'applicazione delle sanzioni – qualora dimostrino di aver adottato ed efficacemente attuato “**modelli di organizzazione e di gestione** idonei a prevenire la commissione di reati della stessa specie di quello verificatosi”.

La riforma del diritto societario del 2003 ha elevato i principi di corretta amministrazione a clausola generale di comportamento degli amministratori. Ne consegue:

- **obbligo specifico di vigilanza** sul rispetto di tali principi in capo al collegio sindacale (art.2403 c.c.) e al consiglio di sorveglianza (art.2409-terdecies. comma 1, lett. c, c.c.);
- format degli “**adeguati assetti organizzativi**” (artt. 2381 e 2403 c.c.) per l'organizzazione interna dell'impresa, sul piano gestionale – amministrativo – contabile.



ASSETTI ORGANIZZATIVI

**D.Lgs. 231 e adeguatezza dell'assetto organizzativo
(segue)**

Molte imprese hanno “vissuto” la conformità al D.Lgs. 231/2001 come un **aggravio di oneri** non associati ad alcun concreto beneficio, anche tenuto conto della sostanziale **inversione dell'onere** della prova prevista in alcune circostanze dal D.Lgs. 231/2001.

L'implementazione del Modello ex D.Lgs. 231/2001 associa elementi di carattere eminentemente **giuridico-penale** ad altri di natura **economico-aziendale**.

Un ulteriore profilo di criticità emerso nel corso degli anni riguarda l'**Organismo di Vigilanza**, in relazione alla sua composizione, ai requisiti da rispettare, ai rapporti con gli altri organi di controllo e alle ulteriori funzioni che, in base ad alcuni provvedimenti regolamentari, possono essergli assegnati.

ASSETTI ORGANIZZATIVI

D.Lgs. 231 e adeguatezza dell'assetto organizzativo (segue)

Traslare la prospettiva di analisi dai pericoli inerenti alla mera efficacia ed efficienza delle operations alla possibilità di commissione di uno dei reati contenuti nel catalogo definito dalla norma.



Individuare le possibilità di commissione di un eventuale illecito e, quindi, di integrare uno dei reati specificamente richiamati, commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente (sistema c.d. «*carrot-stick*»).

**Identificare:**

- le aree a rischio di potenziale commissione dei reati;
 - le fattispecie di reato astrattamente applicabili e le modalità di commissione relative alla specifica attività;
 - i controlli esistenti;
 - le eventuali aree di miglioramento;
 - i suggerimenti per il superamento delle aree di miglioramento identificate.
- 

Verificare:

- la commissione di un reato previsto dal D.Lgs. 231/2001;
- la commissione del reato da parte di un soggetto in posizione apicale o subordinata;
- l'interesse o vantaggio dell'ente derivante dalla commissione del reato.

L'ente **non risponde** se le “persone” (**soggetti apicali e subordinati**) hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

Claudio Sottoriva - Como, 7 giugno 2019

Nota bibliografica

AA.VV., diretto da M. Irrera, *Assetti adeguati e modelli organizzativi*, Zanichelli, 2016.

AA.VV., a cura di L. Nazzicone, *Codice delle società*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2018.

Chiappetta F., *Diritto del governo societario. La corporate governance delle società quotate*, CEDAM, 2017

De Nicola A., *Diritto dei controlli societari*, Giappichelli, 2017.

Zamperetti G. M., *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Giuffrè Editore, 2005.