

COMMENTO A NORME DI COMPORTAMENTO COLLEGIO SINDACALE DA 9 A 11 IN PUBBLICA CONSULTAZIONE FINO AL 31 MAGGIO 2011

*(Elaborato della Commissione di Studio Società e Bilancio – Coordinatore dott. V.Rocchetti  
Estensore dott. F. Diomeda)*

Il CNDCEC ha pubblicato per consultazione un documento contenente nuove norme di comportamento del Collegio Sindacale, dalla n. 9 alla n. 11 che ha scopo integrativo delle norme generali di comportamento già approvate e tuttora in uso.

Con il presente documento si intende proporre alcuni commenti alle norme proposte ed in particolare alla norma n. 11 intitolata Attività del Collegio Sindacale nella Crisi di impresa per la sua implicita rilevanza nonché per le conseguenze della sua effettiva applicazione e sulle aspettative dei terzi.

La norma 11 è articolata in

- 11.1 Prevenzione ed emersione della crisi
- 11.2 Segnalazione all'assemblea e denuncia al Tribunale
- 11.3 Vigilanza del collegio sindacale in caso di adozione di un piano volto al risanamento ex art. 67, comma terzo, lett. d), l.f.
- 11.4 Vigilanza del collegio sindacale in caso di accordo di ristrutturazione dei debiti ex art.182bis l.f.
- 11.5 Vigilanza del collegio sindacale in caso di concordato preventivo ex art. 160 l.f.
- 11.6 Ruolo del collegio sindacale durante il fallimento

E' interessante notare innanzitutto come il commento di carattere generale presente nella norma n. 11.1 proponga all'attenzione del lettore la circostanza per cui attualmente "non esistono disposizioni che fungendo da raccordo fra diritto societario e disciplina della crisi di impresa individuino i comportamenti specifici che l'organo è tenuto ad adottare nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza".

La conseguenza “naturale” della individuazione da parte della professione (in termini di self-regulation) di principi di indirizzo che colmino il vuoto appare pertanto, da un lato, la soddisfazione di un bisogno, dall’altro un fenomeno che crea un set di aspettative da parte dei terzi, il cui raccordo deve essere attentamente vagliato al fine di non generare situazioni in cui il Collegio Sindacale, nel momento delicato della crisi di impresa, si trovi ad essere oggetto richiesto di attività e compiti “fuori misura” la cui valutazione ex post (quando cioè la crisi non si risolve) possa essere utilizzata contro il Collegio stesso.

Il set di regole, quindi, rappresenta un “ideale perimetro” che possa fare presumere, in mancanza di osservanza non giustificata o giustificabile, quando vi sia stata carenza di vigilanza.

Occorre innanzitutto chiarire che la norma 11 così come proposta non contiene “in sé” elementi oggettivamente pericolosi al fine di un misunderstanding da parte dei terzi. Tutti i principi appaiono sostanzialmente “ovvi” perché rientrano nella naturale attività di vigilanza del Collegio e sono elementi di azione che fanno parte del bagaglio di competenze richieste a tale attività di vigilanza. In tal senso va detto che nessuna delle indicazioni di principio appare come una “novità”.

Tuttavia gli elementi di potenziale criticità conseguono alla interpretazione che terzi possono dare in via estensiva ai principi (ovvero standards) che la professione si dà in forma di “self-regulation” laddove essa tenda (proprio come citato in premessa) a colmare vuoti normativi. Potrebbe cioè ingenerarsi la tentazione di attribuire, nella fase della gestione della crisi di impresa, al Collegio Sindacale un compito che vada ben al di là della mera vigilanza (sia pure una vigilanza attiva, come deve essere) e pretenda, ex post, di identificare ambiti paragestionali e valutativi che, in caso di default “avrebbero evitato la crisi e le sue conseguenze negative”.

Per esempio: nel commento al principio 11.1 si legge il seguente paragrafo “Al ricorrere di questa seconda ipotesi, è opportuno che il collegio sindacale indichi all’organo di amministrazione la possibilità di ricorrere anche ad uno degli istituti di composizione negoziale della crisi di impresa, concedendogli un congruo periodo di tempo, da valutarsi con riferimento al caso specifico.”

Per quale motivo dovrebbe essere responsabilità del Collegio “concedere un congruo periodo di tempo” (ovvero fissare un termine e valutare ex ante il tempo plausibilmente necessario per l’attuazione della raccomandazione dell’organo di vigilanza).?

In tal caso i terzi potrebbero arguire che una durata della crisi seguita da un esito sfavorevole sia responsabilità del fatto che il Collegio abbia mal misurato i tempi “concessi” (si veda infra una breve esemplificazione delle difficoltà della crisi). Tale “self – regulation” è potenzialmente dannosa pur essendo evidentemente proposta con tutt’altro spirito. Si ritiene, pertanto, che il principio 11.1 debba essere meglio precisato e semmai indicare che il Collegio sindacale deve valutare la ragionevolezza della tempistica che l’organo amministrativo ritiene necessaria per scegliere e avviare “uno degli istituti di composizione negoziale della crisi di impresa”.

Occorre, infatti, ben chiarire che la professione non teme la sfida derivante dall’esercizio della propria competenza, né di un elevato grado di “professional judgement”, quanto l’arbitrio che terzi possono esercitare sull’interpretazione dei propri compiti allo scopo di scaricare tensioni anche di carattere giudiziario sull’organo di vigilanza.

Uno degli elementi di carenza nell’impianto di raccordo fra diritto societario e gestione della crisi di impresa di vitale importanza è la misurazione del tempo. Il principale ostacolo oggi esistente è la discrasia fra la tempestività e la urgenza richieste dal diritto societario nella difesa del patrimonio sociale (articoli 2446 e 2447 CC) e la evidente necessità che la gestione della crisi (dal momento della individuazione di elementi di compromesso della continuità aziendale al momento della soluzione definitiva della crisi stessa, sia essa in bonis o no) si svolga con il tempo necessario perché piani di risanamento di business siano studiati, proposti, accettati ed attuati, tenendo anche conto dello snodarsi di attività differenti che coinvolgono soggetti interni ed esterni all’azienda in crisi fra i quali deve crearsi e mantenersi un equilibrio che non comprometta una buona soluzione della crisi. Il ruolo del Collegio Sindacale è importante nella gestione dell’equilibrio, ma non ha carattere del tutto autonomo. Il Collegio, infatti, pur avendo obblighi di vigilanza non ha compiti di prevalenza! E deve esercitare il

proprio compito raccordandosi con i soggetti coinvolti nella crisi senza poterla/doverla gestire.

In tal senso ciò che forse manca alla norma n. 11 è la chiara indicazione che il Collegio Sindacale non può generalmente influire sui tempi di soluzione della crisi del business specialmente quando questa presenta caratteri di complessità, sia per le dimensioni dell'azienda, sia per la numerosità delle parti coinvolte e che il trascorrere del tempo di per sé non è elemento né positivo né negativo (ciò in linea con il precedente commento sul principio 11.1)

La prassi e l'esperienza professionale fanno quotidianamente vivere situazioni complesse in cui:

- Emergono segnali di crisi del business che l'imprenditore coglie ed il Collegio esamina in contraddittorio.
- Inizia una fase di approfondimento in cerca di soluzioni industriali e commerciali che non disperdano il know how aziendale.
- Si pone il problema della continuità aziendale con i riflessi sulle soglie di rilevanza ex art. 2446 e 2447 Codice Civile.
- Si rileva che la compromissione della continuità aziendale, se tradotta in esplicita informativa esterna, paradossalmente non facilita il rapporto con gli enti creditizi ed i più importanti fornitori.
- Si rileva che l'interesse dei finanziatori (banche o fornitori di rilievo) alla salvaguardia del business (postergazioni, nuova finanza) necessita di tempo per la costruzione di un piano efficace che spesso include anche richieste di rinnovo nel management aziendale (profili di responsabilità nei soggetti chiamati e criteri di ricerca).
- Si rileva che quando si costituisce un pool di banche (che per esempio è interessato ad un piano attestato ex art. 67 terzo comma l.f.) le banche che lo compongono deliberano secondo procedure singole (malgrado generalmente vi sia una banca "agente" incaricata di fare da capofila) con tempi diversi (spesso aspettando che gli altri partano per primi).

- Si rileva che nelle more della preparazione del piano, della formazione dei consensi, della gestione degli equilibri economici e “politici” si muovono e agiscono anche in modo, a volte contrapposto, gruppi di interesse che vanno gestiti e canalizzati verso un esito fruttuoso per tutti.
- Si rileva, in buona sostanza, che la gestione della crisi di impresa è una fase complessa ed articolata in cui il Collegio Sindacale (per i compiti che ha) di fatto gioca un ruolo meramente complementare che è ben bilanciato con tutti gli altri ruoli solo se il passare del tempo e l’evolversi degli interessi in gioco sono assai rapidi (caso piuttosto raro). Viceversa il suo ruolo (gravato dal rispetto dell’urgenza civilistica) confligge con i tempi (di business ed economici) della gestione della crisi se questi si dilatano.

La proposta esemplificazione di una crisi di impresa tende a segnalare che più sono complessi i rapporti economici e finanziari, più i tempi e le procedure si dilatano creando una situazione di “imbarazzo istituzionale” in cui tutti gli attori sanno che il tempo che passa serve per comporre la crisi ma non va “necessariamente” a beneficio della continuità aziendale, e nessuno può per primo salire sul podio e proclamare la fine dei giochi (è anche una forte parallela responsabilità che può provocare la morte del paziente anzitempo).

Pertanto, i principi di comportamento del Collegio sindacale dovrebbero divenire raccomandazione di salvaguardia in punto di “tempi e metodi”, se non altro per evitare che nei terzi si ingeneri l’aspettativa che a tempi lunghi della gestione della crisi corrisponda sempre un risultato utile, dal momento che, diversamente, il Collegio Sindacale avrebbe potuto intervenire per rimediare la situazione. Cosa che pacificamente (salvo casi di evidente inerzia) non può essere.

Sarebbe infine utile immaginare di proporre una modifica legislativa che colmi il segnalato vuoto normativo (oltre a quanto già avvenuto con l’introduzione dell’art. 217 bis l.fall.) e che per esempio apra un ombrello sulla crisi di impresa non solo con riferimento agli interessi dei terzi (mancata revocatoria, prededuzione di somme erogate, eccetera), ma anche con riferimento alle azioni degli organi di amministrazione e controllo che debbono poter serenamente gestire la crisi (come detto spesso molto complessa) senza lo spettro dell’urgenza (contraria di fatto alla gestione della crisi) e delle conseguenti responsabilità. Un modo per evitare che

“ex post” tutti indichino con il dito alzato cosa si sarebbe dovuto fare e chi lo avrebbe dovuto fare.

Genova, 05.05.2011

*La Commissione di Studio Società e Bilancio*

*Rocchetti Vittorio (Coordinatore)*

*Avegno Ilaria*

*Bolla Riccardo*

*Bubbi Luca*

*Calvi Alessandro*

*Cassinari Giorgio*

*Chiapussi Walter*

*Costaguta Roberto*

*Diomeda Federico (Estensore)*

*Gavuglio Guido*

*Lunardi Stefano*

*Mariani Federico*

*Ricci Stefano*

*Strada Giancarlo*

*Traverso Andrea Enrico*