

***Le recenti evoluzioni normative
ed i segnali di allarme***

Antonio Acquaroli

Finalità Direttiva CE 2019/1023

Il legislatore europeo con la Direttiva si pone l'obiettivo di rafforzare la
CULTURA DEL RECUPERO DELL'IMPRESA IN CRISI

Come previsto nel Considerando 1 da una parte si intende assicurare
«alle imprese ed agli imprenditori sani che sono in difficoltà
finanziarie la possibilità di ACCEDERE a quadri nazionali efficaci in
materia di ristrutturazione preventiva che consentono loro di
continuare ad operare» e dall'altra si vuole che ***«gli imprenditori***
onesti ed insolventi o sovraindebitati» BENEFICINO ***«di una***
seconda opportunità mediante l'esdebitazione dopo un ragionevole
periodo di tempo».

Evoluzione normativa

Il rapporto tra la tutela dell'interesse dei creditori e la salvaguardia dei valori aziendali costituisce uno dei punti fondamentali della disciplina della crisi d'impresa.

Per il Legislatore del '42 l'imprenditore insolvente doveva essere espulso dal mercato ed il concetto di «valore-impresa» era sconosciuto [liquidazione dei singoli beni]

L'istituto della «revocatoria» aveva l'obiettivo di istituire un «cordone sanitario» per indurre i partner commerciali a non fornire più «risorse» che consentissero la prosecuzione dell'attività.

Evoluzione normativa

*Alla fine degli anni '70 l'impostazione liquidatoria della legge fallimentare iniziò a **mostrare i suoi limiti.***

La prima modifica in discontinuità è stata la previsione dell'Amministrazione straordinaria delle grandi imprese.

*Con tale intervento legislativo **cessava** l'idea che il patrimonio produttivo di un'impresa insolvente **debba essere considerato in modo statico** [liquidazione] e veniva introdotta una visione **dinamica** che considera «**quel complesso di beni**» per la sua destinazione alla produzione.*

*Da questo momento prende corpo il concetto di «**RISANAMENTO**» e di «**RISANABILITÀ**» delle imprese.*

Evoluzione normativa

*Con la riforma della «legge fallimentare» del 2005/2007 lo Stato ha mutato l'approccio nella gestione della crisi da «**sanzione**» ad «**aiuto**»*

*Viene stabilito che la **liquidazione dei beni** è **DISPOSTA** quando la **vendita del complesso aziendale non consente una maggiore soddisfazione dei creditori**. Sono stati introdotti nella «legge fallimentare» gli istituti della cessione d'azienda e dell'affitto d'azienda.*

*I **nuovi strumenti** introdotti per la soluzione della crisi sono:*

il piano di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d), L.F.

l'accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F.

il concordato preventivo in continuità

il concordato preventivo ex art. 161, comma 6, L.F.

Evoluzione normativa

*L'obiettivo del legislatore di favorire il «risanamento» delle imprese in crisi attraverso gli **STRUMENTI** introdotti negli ultimi 15 anni **non ha avuto successo.***

*La motivazione non risiede nell'inadeguatezza degli strumenti disponibili ma nel **RITARDO** nel farvi ricorso.*

*La **scarsa capacità** delle imprese italiane di **promuovere autonomamente tempestivi processi di ristrutturazione** (assenza di adeguati strumenti di monitoraggio e di pianificazione anche a breve termine) ha **portato** il legislatore, anche a seguito di raccomandazioni della UE, ad introdurre nel «Codice della crisi» gli «Strumenti di allerta» e la «Composizione assistita».*

Evoluzione normativa

Gli stati di crisi spesso si manifestano non perché siano inevitabili, ma perché le imprese **non RIESCONO** a comprendere i segnali di allarme, non sono in grado di monitorare le minacce per anticiparle e di conseguenza non sono in grado di contenere gli effetti.

In questo contesto ha origine l'istituzione degli «**ADEGUATI ASSETTI ORGANIZZATIVI**» e delle «**PROCEDURE DI ALLERTA**» con l'obiettivo di **SUPPORTARE** l'organo amministrativo ed eventualmente anche l'organo di controllo nell'individuare i primi segnali di crisi.

Evoluzione normativa

Le principali novità del Codice della Crisi sono:

gli adeguati assetti organizzativi – nuovo art. 2086 c.c. ***(norma entrata in vigore nel marzo 2019)***

gli indicatori ed indici della crisi (norma non entrata in vigore)

i sistemi di allerta (norma non entrata in vigore)

la composizione assistita (norma non entrata in vigore)

Adeguati assetti organizzativi

*L'art. 375 CCII ha introdotto il comma 2 all'art. 2086 c.c.: «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**».*

Adeguati assetti organizzativi

Dalla nuova disposizione discendono due assunti:

- *la **CRISI** rappresenta un **FATTO FISIOLOGICO** della vita dell'impresa e **non la sua fase terminale**;*
- *la **CRISI** dell'impresa è tanto più **GESTIBILE** e **SUPERABILE** quanto più si **INTERVIENE TEMPESTIVAMENTE**.*

Adeguati assetti organizzativi

*Un concetto analogo a quello degli «**assetti organizzativi**» è stato introdotto nel nostro ordinamento giuridico all'art. 149 del TUF (in merito ai doveri del collegio sindacale delle società quotate) e poi nel diritto societario negli artt. 2381 e 2403 c.c.*

*L'art. 2381, comma 3, c.c. **ASSEGNA** al consiglio di amministrazione il compito di valutare «**l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società**» ed al comma 5 **INCARICA** gli amministratori delegati di occuparsi che «**l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa**» attraverso la predisposizione di un rapporto semestrale.*

Adeguati assetti organizzativi

L'art. 2403 comma 1, c.c. ONERA il collegio sindacale della vigilanza «sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento».

Le norme di comportamento del collegio sindacale affrontano la tematica e forniscono le «linee guida» da seguire nell'attività di vigilanza.

Adeguati assetti organizzativi

*Il concetto di «**assetti organizzativi**» inizialmente è rimasto privo di contenuti e di una precisa definizione delle finalità cui devono mirare le misure e gli assetti per poter rispettare il disposto dell'art. 2086, comma 2, c.c.*

*Con la «composizione negoziata» (D.L. 118/2021) vengono introdotti **STRUMENTI OPERATIVI** di natura tecnico-contabile che indicano i requisiti organizzativi minimi per accedere alla procedura.*

Adeguati assetti organizzativi

*Il decreto dirigenziale, in particolare alla Sezione II, indica i «punti» che consentono di dare attuazione pratica ai «**concetti generali ed astratti**» di cui all'art. 2086 c.c.*

*Gli «**assetti organizzativi**» **POTRANNO RITENERSI ADEGUATI**, con riferimento alla tempestiva emersione della crisi e della perdita di continuità aziendale, **SOLO SE SONO IN GRADO DI PRODURRE I FLUSSI INFORMATIVI QUALI-QUANTITATIVI PREVISTI NELLA CHECK-LIST.***

L'organo di controllo può proporre ricorso ex art. 2409 c.c. in caso di mancata adozione di adeguati assetti organizzativi.

Massima sentenza Tribunale di Milano del 18/10/2019

Il Tribunale ha ritenuto che gli interventi predisposti dall'amministratore, in assenza di un piano industriale o di ristrutturazione del debito, configurano «mere possibilità» di superamento della crisi e denotano «condotte di per sé non in linea con i doveri gestori oggi predicati dall'art. 2086 c.c.».

Il corretto adempimento di tali obblighi presuppone, invece, accanto alla diagnosi della crisi, una pianificazione degli interventi e delle operazioni necessarie a ripristinare le condizioni di equilibrio economico – patrimoniale, che trova espressione nel piano di risanamento.

Massima sentenza Tribunale di Roma del 24/9/2020

È responsabile l'amministratore che ometta del tutto di approntare una qualsivoglia struttura organizzativa, rimanendo inerte di fronte ai segnali indicatori di una crisi o pre-crisi.

Non potrà, invece, ritenersi responsabile l'amministratore che abbia predisposto delle misure organizzative che, con una **valutazione ex ante, erano adeguate**, secondo le sue conoscenze e secondo gli elementi a sua disposizione, a **verificare tempestivamente la perdita della continuità aziendale** (limite alla sindacabilità delle scelte degli amministratori)

Massima sentenza Tribunale di Roma del 24/9/2020

Non potrà ritenersi responsabile l'amministratore che, pur avendo tempestivamente rilevato (grazie alla struttura organizzativa predisposta) il venir meno della continuità aziendale, ponga in essere degli interventi che, successivamente si rivelino inutili ad evitare la degenerazione della crisi qualora tali interventi, sempre sulla base di una valutazione ex ante, non risultino manifestamente irrazionali ed ingiustificati.

Massima sentenza Tribunale di Cagliari del 19/1/2022

La mancata ADOZIONE degli «adeguati assetti» COSTITUISCE GRAVE IRREGOLARITÀ dell'organo gestorio non tanto quando l'impresa versa in una situazione di crisi BENSÌ quando la stessa PRESENTA ancora un equilibrio economico, finanziario e patrimoniale.

Una volta MANIFESTATASI la crisi viene meno la gravità dell'adozione degli «adeguati assetti» ma assume rilievo la MANCATA ADOZIONE di uno degli STRUMENTI previsti dall'ordinamento per FRONTEGGIARLA.

Massima sentenza Tribunale di Cagliari del 19/1/2022

Nell'ambito del procedimento ex art. 2409 c.c. il Tribunale adito **PUÒ ORDINARE** all'impresa di **adottare**, sotto il controllo di un amministratore giudiziario, **adeguati assetti organizzativi in ragione della natura e delle dimensioni della medesima e nel rispetto della discrezionalità** dell'organo gestorio nella adozione delle misure di gestione ritenute opportune.

Adeguati assetti organizzativi – schema decreto correttivo

*Lo schema di decreto legislativo correttivo del CCII, riscrivendo l'art. 3, **definisce con PRECISIONE le FINALITÀ** cui devono mirare le **MISURE** e gli **ASSETTI** per poter rispettare il disposto dell'art. 2086 c.c. e **ritenersi adeguati alla rilevazione tempestiva della crisi** ed i **SEGNALI DI ALLARME** rilevanti in rapporto agli stessi.*

*L'art. 3, comma 3, **stabilisce che ai fini della rilevazione tempestiva della crisi le misure per gli imprenditori individuali e gli assetti ritenuti idonei ex art. 2086 c.c. dovranno consentire di:***

Adeguati assetti organizzativi – schema decreto correttivo

- a) RILEVARE*** eventuali ***squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario***, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;
- b) VERIFICARE*** la non ***sostenibilità dei debiti*** e l'***assenza di prospettive di continuità aziendale*** per i 12 mesi successivi e i segnali di allarme identificati dal successivo quarto comma dell'articolo;
- c) RICAIVARE*** le ***informazioni necessarie*** a seguire la lista di controllo particolareggiata e a ***effettuare il test pratico*** per la ***verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento*** per l'avvio della ***Composizione negoziata della crisi***

Adeguati assetti organizzativi – schema decreto correttivo

Costituiscono **SEGNALI DI ALLARME** per gli effetti di cui al comma 3:

- a) l'esistenza di DEBITI PER RETRIBUZIONI scaduti da almeno 30 giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;***
- b) l'esistenza di DEBITI VERSO FORNITORI scaduti da almeno 90 giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;***

Adeguati assetti organizzativi – schema decreto correttivo

- c) l'esistenza di ESPOSIZIONI NEI CONFRONTI DELLE BANCHE E DEGLI ALTRI INTERMEDIARI FINANZIARI che siano scadute da più di 60 giorni o che abbiano superato da almeno 60 giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purchè rappresentino complessivamente almeno il 5% DEL TOTALE DELLE ESPOSIZIONI;***
- d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'art. 25-novies, comma 1***

Composizione negoziata della crisi

È stata introdotta nel nostro ordinamento con il D.L. 118/2021.

*È un istituto negoziale di tipo **VOLONTARIO** con la **finalità di agevolare il risanamento delle imprese in squilibrio**, anche tramite la **cessione di aziende** o di suoi rami (continuità diretta – continuità indiretta).*

I presupposti di accesso sono:

***squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che renda probabile la crisi o l'insolvenza** (la situazione di crisi deve essere reversibile)*

***ragionevole prospettiva di risanamento aziendale** (anche di tipo indiretto – cessione di azienda – continuità oggettiva)*

Composizione negoziata della crisi

Non è una procedura concorsuale (nessuna apertura del procedimento di regolazione della crisi, nessuna nomina di organi della procedura, nessun previsione di ordine di distribuzione di somme, nessun blocco dei crediti e debiti).

Il Tribunale è coinvolto soltanto in alcuni casi (richiesta di misure protettive, autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili e cessione di azienda)

Azionabile tramite una Piattaforma unica nazionale

Non vi sono requisiti dimensionali di accesso (sono ammesse anche le imprese agricole e quelle sotto-soglia)

Composizione negoziata della crisi

*È prevista la **nomina obbligatoria** di un **ESPERTO**, terzo ed indipendente, che **assiste** l'imprenditore durante le **trattive** e **faciliti** il buon esito della Composizione negoziata (può rilasciare pareri nel caso in cui è previsto l'intervento del Tribunale)*

*L'imprenditore può **chiedere** al Tribunale l'**accesso** a **misure protettive e cautelari***

***Non si ha alcun spossessamento** da parte dell'imprenditore (obiettivo è la precoce emersione della crisi ed incoraggiamento a chiedere la ristrutturazione preventiva) – (differenza con concordato preventivo artt. 161, comma 7 e 167 L.F.)*

Composizione negoziata della crisi

*Nel corso delle trattative l'imprenditore **conserva la gestione ordinaria e straordinaria** dell'impresa (la valutazione dell'operazione è in funzione della situazione in cui si trova l'impresa – cass. 14713/19)*

*L'imprenditore **informa** preventivamente l'esperto del **compimento di atti di straordinaria amministrazione e di pagamenti non coerenti con rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento.***

*L'esperto deve **iscrivere il dissenso** al registro delle imprese quando **l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori** (la facoltà di esprimere il dissenso è il contrappeso alla libertà di gestione dell'imprenditore).*

Composizione negoziata della crisi

La scelta del legislatore permette un bilanciamento fra l'esigenza di consentire il mantenimento dell'attività d'impresa e la necessità di evitare condotte potenzialmente lesive per i creditori

L'imprenditore può chiedere al Tribunale l'autorizzazione al compimento di alcuni atti, i quali (se autorizzati) CONSERVANO gli effetti anche in caso di successivo utilizzo di altri strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (elenco art. 10, D.L. 118/21 è tassativo)

Composizione negoziata della crisi

Si applica la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione e della causa di scioglimento per perdita del capitale

Permette la riduzione della percentuale di accesso all'Accordo di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa

Prevede il riconoscimento di misure premiali fiscali

Prevede l'esonero da revocatoria e da alcuni reati fallimentari per gli atti compiuti in coerenza con le trattative e con le prospettive di risanamento (valutazione ex-post – valutazione soggettiva per stabilire se gli atti sono posti in essere in coerenza con l'andamento delle trattative e con le prospettive di risanamento)

Composizione negoziata della crisi

La composizione negoziata della crisi può avere diversi sbocchi:

Soluzioni di tipo privatistico-negoziali

Utilizzo degli strumenti disciplinati dalla legge fallimentare

Concordato preventivo «semplificato»

Allerta interna e composizione negoziata

Nell'ALLERTA INTERNA un ruolo CRUCIALE è svolto dall'ORGANO DI CONTROLLO.

La norma prevista dall'art. 15 D.L. 118/21 attribuisce all'organo di controllo il compito di SEGNALARE tempestivamente il RILEVAMENTO di una condizione di «criticità» [crisi o pre-crisi] che può integrare gli estremi dei presupposti per la nomina dell'esperto.

L'organo di controllo in via preliminare deve valutare l'adeguatezza degli assetti amministrativi, organizzativi e contabili e, poi, ove necessario stimolare l'organo amministrativo ad attivare i rimedi per evitare il degenerare della crisi.

Allerta interna e composizione negoziata

*L'organo di controllo, ove rileva la sussistenza dei presupposti per la nomina dell'esperto, **EFFETTUA** una **COMUNICAZIONE MOTIVATA** all'organo amministrativo che deve **contenere un termine** [non superiore a 30 giorni] entro il quale deve fornire indicazioni per fronteggiare la situazione di crisi.*

*La **comunicazione**, a differenza di quanto previsto nella versione originaria del Codice della crisi, **HA VALENZA SOLO INTERNA.***

Allerta esterna e composizione negoziata

*L'art. 30-sexies D.L. 118/2021, introdotto dal D.L. 152/2021 ha **previsto la SEGNALAZIONE dei creditori pubblici qualificati finalizzata ad incentivare l'accesso alla composizione negoziata da parte dell'impresa.***

L'INPS, l'INAIL, l'Agenzia delle Entrate e l'Agenzia delle Entrate Riscossione SEGNALANO all'imprenditore e, ove esistente, all'organo di controllo, nella persona del presidente del collegio sindacale in caso di organo collegiale, a **mezzo di pec** o, in mancanza, **mediante raccomandata AR** inviata all'indirizzo risultate dall'anagrafe tributaria, il **RITARDO** nel versamento delle imposte e contributi.

Allerta esterna e composizione negoziata

Per l'INPS il ritardo di oltre 90 giorni nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore:

- 1) per le imprese con lavoratori subordinati e parasubordinati, al **30%** di quelli dovuti nell'anno precedente e all'importo di euro **15.000**;**
- 2) per le imprese senza lavoratori subordinati e parasubordinati, all'importo di euro **5.000**.**

La segnalazione è inviata entro 60 giorni decorrenti dal verificarsi delle condizioni o dal superamento degli importi.

La disposizione si applica con riferimento ai debiti accertati con decorrenza dal 1/1/2022.

Allerta esterna e composizione negoziata

Per l'INAIL l'esistenza di un debito per premi assicurativi scaduto da oltre 90 giorni e non versato superiore all'importo di euro 5.000.

La segnalazione è inviata entro 60 giorni decorrenti dal verificarsi delle condizioni o dal superamento degli importi.

La disposizione si applica con riferimento ai debiti accertati con decorrenza dal 1/1/2022.

Allerta esterna e composizione negoziata

Per l' Agenzia delle Entrate, l'esistenza di un debito scaduto e non versato relativo all'IVA, risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche di cui all'art. 21-bis D.L. 78/2010, convertito con modificazioni dalla L. 122/20210, superiore all'importo di euro 5.000.

La segnalazione è inviata entro 60 giorni dal termine di presentazione delle comunicazioni di cui all'art. 21-bis D.L. 78/2010.

La disposizione si applica con riferimento ai debiti risultanti dalle comunicazioni relative al primo trimestre 2022.

Allerta esterna e composizione negoziata

Per l'Agenzia delle Entrate Riscossione, l'esistenza di crediti affidati per la riscossione, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre 90 giorni, superiori per le imprese individuali all'importo di euro 100.000, per le società di persone, all'importo di euro 200.000 e, per le altre società all'importo di euro 500.000.

La segnalazione è inviata entro 60 giorni dal termine di presentazione delle comunicazioni di cui all'art. 21-bis D.L. 78/2010.

La disposizione si applica con riferimento ai carichi affidati all'agente della riscossione a decorrere dal 1° luglio 2022.

Conclusioni

L'obiettivo principale delle novità normative in esame è l'emersione tempestiva della crisi

È opportuno evitare l'immediata applicazione del nuovo art. 3 CCII tenuto conto della attuale situazione delle imprese (post-pandemia – guerra)

L'organo di controllo ricopre un ruolo centrale – Ricorso all'art. 2409 c.c.

I nuovi limiti di attivazione dell'«allerta esterna» sono troppo bassi (soprattutto per l'IVA)

È necessario rivedere le «norme penali fallimentari» tenuto conto dell'evoluzione della normativa sulla gestione della crisi d'impresa