

Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Genova GESTIONE DELLA CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

Gli adeguati assetti amministrativi: uno strumento (obbligatorio) di prevenzione della crisi e un'opportunità di buon governo dell'azienda

29 novembre 2022

Avv. Giovanni Bravo

L'antesignano storico: l'art. 2381 c.c.

- Il «nuovo» articolo 2381 c.c. in materia di spa (D. Lgs. 6/2003): dalla semplice possibilità di delegare (ora c. 2 e 4) ai «primi» adeguati assetti
- Il comma 3: Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.
- Il comma 5: Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono 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, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate.

(L'art. 2403 c.c.: i sindaci vigilano sull'adeguatezza degli assetti e il loro concreto funzionamento)



Il nuovo articolo 2086, comma 2, c.c. (1)

- Con il Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza (CCII) di cui al D. Lgs. 14/2019 entra (subito) in vigore il nuovo articolo 2086 c.c. (s. I, t. II, l. V c.c.), la cui rubrica passa da «*Direzione e Gerarchia nella impresa*» a «*Gestione dell'Impresa*», con l'introduzione di un inedito comma 2.
- Il comma 2 dell'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.



Il nuovo articolo 2086, comma 2, c.c. (2)

- La forma: societaria o collettiva, ma non individuale (rinvio).
- La tipologia degli assetti: (i) <u>organizzativi</u> (corporate governance e governance aziendale); (ii) <u>amministrativi</u> (raccogliere, gestire e capire i dati storici e generare dati previsionali affidabili); e (iii) <u>contabili</u> (la rappresentazione contabile degli eventi dell'impresa come elemento cardine per accedere e sfruttare gli strumenti di regolazione della crisi).
- La nozione di adeguatezza: la natura e le dimensioni dell'impresa.
- Il primo pilastro del «nuovo» sistema: <u>la rilevazione tempestiva della crisi</u> <u>dell'impresa (e della perdita della continuità aziendale)</u>: v. Guiotto, *La nuova* allerta nella declinazione degli assetti organizzativi, in Fallimento, 2022, 10.



Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili

Il nuovo articolo 2086, comma 2, c.c. (3)

- La nozione di crisi (art. 2, comma 1, lett. a) del CCII): la <u>probabilità di insolvenza</u> (v. art. 2, comma 1, lett. b) del CCII, che conferma la definizione tradizionale), che si manifesta con *la inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a fare fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi* (anziché «pianificate»: v. D. Lgs. 83/2022).
- Il fondamentale dovere di <u>attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi</u> (e il recupero della continuità aziendale): l'immediato ricorso alla composizione negoziata della crisi (Titolo II del CCII) o, direttamente o per il suo tramite (come si vedrà oltre), a uno strumento di regolazione della crisi di impresa (Titolo IV), dagli «Accordi» (Capo I), al PRO (Capo Ibis), al concordato (Capo III) [ovvero ancora alla composizione del sovraindebitamento o al concordato minore per i debitori di cui all'art. 2, comma 1, lett. c) del CCII: consumatore (no concordato), professionista, imprenditore minore, imprenditore agricolo e start-up]



Le altre modifiche al c.c. introdotte dal CCII

- Le modifiche introdotte dall'art. 375 del CCII per le **società** (t. V c.c.):
 - La modifica dell'articolo 2257 c.c. (ss, nonché snc e sas);
 - La modifica dell'articolo 2380bis c.c. (spa, nonché sapa);
 - La modifica dell'articolo 2409 novies c.c. (sistema duale; e il monistico?);
 - ➤ Le (due) modifiche dell'articolo 2475 c.c. (srl art. 2381 c.c. in quanto applicabile).
- La gestione spetta esclusivamente agli amministratori, ivi inclusa la responsabilità per gli adeguati assetti (fermo l'art. 2381 c.c., ove applicabile), con espresso richiamo dell'articolo 2086, comma 2, c.c..
- L'art. 378 del CCII: la modifica degli articoli 2476 e 2486 c.c..



L'articolo 3, commi 1 e 2, del CCII

- Il comma 1, l'imprenditore individuale: L'imprenditore individuale deve adottare <u>misure idonee</u> a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.
- Il comma 2, l'**imprenditore collettivo**: L'imprenditore collettivo deve adottare <u>un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086</u> del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.
- La prima norma ha un contenuto precettivo, la seconda funzione di collegamento: la limitata giustificazione della distinzione e i limiti intrinseci delle codificazioni «millenial», di cui il CCII è un esempio.



L'articolo 3, comma 3, del CCII

- Il comma 3 dell'art. 3 del CCII (introdotto con il D.L. 83/2022 al posto del vecchio art. 13, c. 1) stabilisce che al primario fine di prevedere (o almeno rilevare tempestivamente) la crisi, misure e assetti di cui ai due commi precedenti debbano:
 - consentire di rilevare squilibri di carattere patrimoniale o economicofinanziario (o, meglio, economico *e* finanziario), rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e della sua attività (dall'analisi «postuma» dei bilanci con lo Z-Score di Altmann al DSCR, che resta pur sempre un indicatore razionale);
 - Verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità per almeno 12 m (e non più 6 mesi) e rilevare i segnali di allarme (comma 4);
 - ricavare le informazioni per la lista di controllo particolareggiata e il test pratico della ragionevole perseguibilità del risanamento (art. 13, c. 2, del CCII).



I segnali di allarme (art. 3, c. 4, CCII)

- Debiti per retribuzioni scaduti da 30 giorni per più della metà del totale
- Debiti verso fornitori scaduti da 90 giorni che siano più dei non scaduti
- Scaduto o sconfino bancario da oltre 60 giorni per almeno il 5% della esposizione totale (l'importanza dell'analisi della centrale dei rischi e l'obbligo di segnalazione all'organo di controllo di cui all'art. 25 decies CCII per banche e veicoli 106 TUB)
- Esposizioni debitorie di cui all'art. 25*novies* CCIII (segnalazioni dei creditori pubblici qualificati *all'imprenditore e all'organo di controllo*: INPS, INAIL, ADE sopra certe soglie di importo e durata) [INPS 30% del dovuto e € 15.000 o € 5.000, INAIL € 5.000, per 90 giorni; IVA € 5.000; avvisi di riscossione per € 100/200/300.000, a seconda tipologia impresa; l'invito a presentare l'istanza ai sensi dell'art. 17 CCII se ne ricorrono i presupposti]



La nuova allerta interna ed esterna

- L'allerta interna è l'elemento cruciale del sistema del CCII: scomparso l'OCRI, <u>è l'imprenditore che rileva la crisi (come appena visto) e riceve le segnalazioni</u> dei creditori pubblici qualificati e dell'organo di controllo.
- L'organo di controllo: in Italia ci sono 4.000 spa e 1.700.000 srl, che devono nominare l'organo di controllo solo nei casi previsti dall'art. 2477 c.c. e cioè se redigono il consolidato, se controllano una società obbligata alla revisione legale o superano certi parametri (4M di attivo o di ricavi o 20 dipendenti per due anni, a partire dal bilancio 2022), *ma si può scegliere il revisore*.
- Ai sensi dell'art. 25 octies del CCII la segnalazione compete solo all'organo di controllo (così come la legittimazione 2409 c.c. e art. 37 CCII).
- Cruciale, quindi, soprattutto il pronto e autonomo ricorso alla <u>composizione</u> negoziata: ma accadrà? Vediamo perché potrebbe accadere e perché no.



La Composizione Negoziata della Crisi (1)

Le fonti normative

- Introdotta dal DL 118/2021 (24 agosto 2021)
- Il DM 28.9.2021 (la lista particolareggiata e il test pratico)
- La L. 147/2021 (21 ottobre 2021, con modifiche tra cui proroga organo di controllo)
- Il Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza (D. Lgs. 14/2019, modificato da ultimo dal D. Lgs. 83/2022): articoli 12-25 *undecies*

(Diventa il secondo pilastro del sistema con un esperto precocemente nominato in una prospettiva primariamente stragiudiziale)



La Composizione Negoziata della Crisi (2)

La struttura dell'istituto

- Il debitore: imprenditore commerciale e agricolo (art. 12, c. 1, CCII), anche sotto soglia (art. 25quater CCII), ma non in procedura (art. 25quinquies CCII).
- I presupposti per l'accesso alla procedura (art. 12, c. 1, CCII): (i) lo squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rende probabile la crisi o l'insolvenza e (ii) *la ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa*, anche in relazione agli strumenti di cui all'art. 13, c. 2, del CCII (v. sopra).
- L'esperto (art. 2, c. 1, lett. *obis*, e 16, c. 1, CCII), la sua nomina (art. 12, c. 1, CCII) e il suo ruolo (art. 12, c. 2, CCII, ma anche art. 17, comma 5, CCII con in ogni momento la richiesta di archiviazione e art. 21 CCII su gestione interinale in pendenza trattative).



La Composizione Negoziata della Crisi (3)

Come si facilita l'emersione della crisi?

- Segnalazioni (di organo di controllo, creditori pubblici e banche: art. 25 octies, c. 1, 25 novies e 25 decies CCII), incentivi (revisione dei contratti, misure protettive e cautelari, sospensioni di obblighi, norme sui gruppi e misure premiali, tra cui concordato semplificato: art. 17, c. 5, 18, 19, 20, 25, 25 bis e 25 octies, c. 2, e 25 sexies CCII) e sanzioni (la responsabilità degli amministratori e dell'organo di controllo e gli articoli 323 e 330 CCII: l'astensione dal deposito di un'istanza di liquidazione).
- La (possibile) riservatezza (art. 12, c. 3, 13, c. 9, 16, c. 2 e 3, CCII), ma va considerato che l'accesso può essere meno facile rispetto a quello al pre-concordato (situazione patrimoniale aggiornata, certificati, relazione sull'attività, etc.).
- Le trattative: i doveri delle parti (art. 4 e 16, c. 4, 5 e 6, CCII) e l'altrettanto importante *moral suasion* dell'esperto (da verificare alla prova dei fatti).



La Composizione Negoziata della Crisi (4)

I possibili esiti

- La conclusione dell'incarico: l'archiviazione (art. 17 CCII) o la composizione della crisi (o dell'insolvenza) nei termini previsti dall'art. 23 del CCII.
- La conclusione delle trattative (art. 23 CCII):
 - il contratto con i creditori (c.1, lett. a));
 - la convenzione di moratoria (c.1, lett. b));
 - l'accordo senza attestazione (c.1, lett. c)); o, in alternativa,
 - l'accesso (c. 2) a: (i) piano attestato (art. 56 CCII); (ii) accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 57, 60 e 61 CCII); (iii) concordato semplificato (art. 25 sexies CCII); e (iv) altri strumenti di regolazione della crisi (PRO 64 bis CCII; concordato preventivo 84 CCII) e dell'insolvenza (liquidazione giudiziale 121 CCII) previsti dal CCII o dalla normativa speciale.



Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili

Conclusioni

- Gli adeguati assetti discendono da generali principi di corretta amministrazione e la loro adozione avrà un limitato impatto sulle imprese strutturate (*dove oggi crea effettivi problemi solo la pianificazione a 12 mesi*).
- Le relative scelte sono sindacabili? Primi orientamenti giurisprudenziali e il tema della prova diabolica (Trib. Milano 18 ottobre 2019, Trib. Roma 15 settembre 2020, Trib. Cagliari 18.1.2022 e le analogie con l'adozione dei modelli 231).
- Le difficoltà nelle aziende di minori dimensioni: la criticità degli effettivi incentivi all'investimento di risorse come problema culturale.
- Un altro e forse maggiore problema culturale: il conflitto tra la mentalità imprenditoriale e l'ammissione del proprio «fallimento» (comunque sia chiamato), in assenza di portatori di interessi divergenti (che siano dotati di sufficiente autonomia).



Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili

Grazie per l'attenzione

Avv. Giovanni Bravo

CBB – Cristoffanini Bravo Bottero & Associati

Salita di Santa Caterina 1/2 – Genova Via Santa Maria Segreta 6 – Milano

g.bravo@cbblaw.it www.cbblaw.it

