Le misure di allerta nel Codice della crisi d’impresa

Torino 22 maggio 2019

di ENRICO ASTUNI

Perché la tempestiva emersione della crisi ?

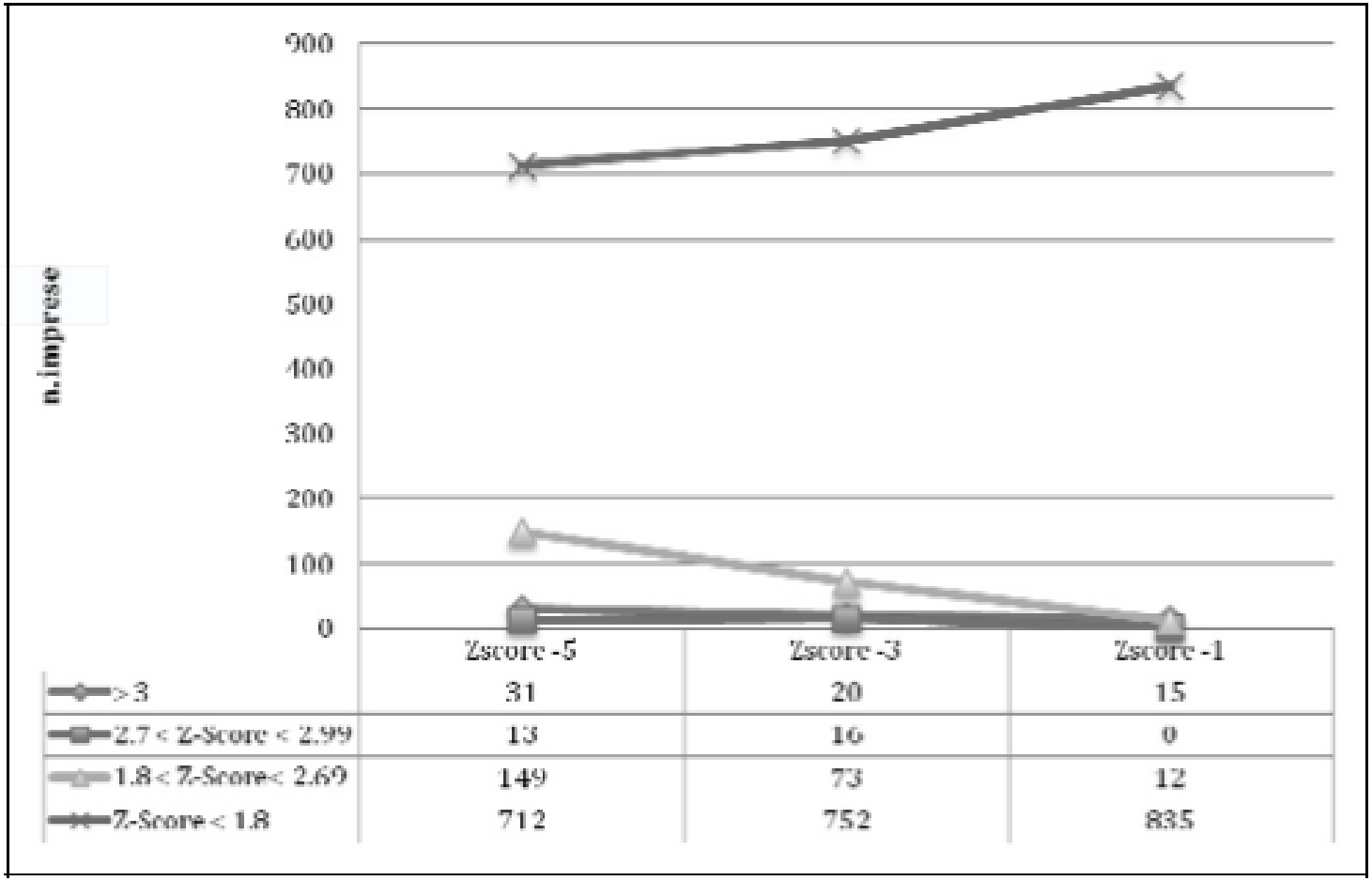
- Nella *law-in-books s*tato di insolvenza (art. 5 l.f.) e stato di crisi (art. 160 l.f.) sono diversi. Lo stato di crisi è condizione necessaria e sufficiente per l'accesso alla procedura di concordato. È possibile che imprenditore sia in stato di crisi senza essere insolvente e che utilizzi il concordato in funzione di risanamento.
- Nella *law-in-action*, il concordato non è mai stato, specie negli anni 2012-2015, luogo di tempestiva emersione della crisi. Solo raramente è stato proposto ed effettivamente utilizzato per risanare l'impresa che si trovava in crisi contingente.
- Procedura: 1) **liquidazione degli *asset***, come il fallimento. Rare le situazioni di continuità aziendale effettivamente praticabile, specie nella forma c.d. diretta; 2) **onerosa**, più costosa del fallimento; 3) **meno efficiente** del fallimento non implicando esercizio di revocatorie e potendo pregiudicare in via di fatto azione di responsabilità vs. organi sociali ed esercizio azione penale; 4) spesso **ineseguibile o ineseguita** nei termini oggetto della proposta concordataria approvata e omologata.

Lo *Z-score*

- indagine empirica (anno 2013; pubblicata su *Il fallimento,* 2013 n. 9)
- soggetti: 905 società che avevano proposto domanda di concordato
- metodo di indagine: verifica del *c.d. Z-score* tramite bilanci di 5 anni prima, 3 anni prima e 1 anno prima (riclassificati)
- *Z-score*: algoritmo utilizzato da aziendalisti per stimare, sulla base di una serie di indici di bilancio e finanziari, la probabilità di fallimento.

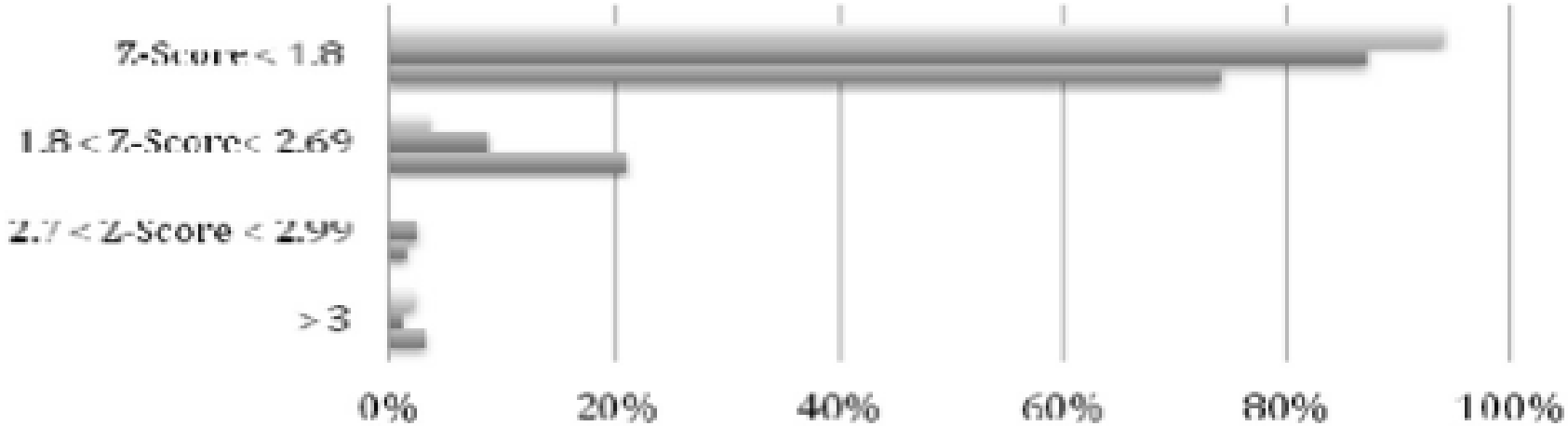
Z-Score > 3:	**probabilità di fallimento quasi nulla**
2.7 < Z-Score < 2.99:	**probabilità abbastanza bassa**
1.8 < Z-Score < 2.69:	**probabilità medio/alta;**
Z-Score < 1.8	**probabilità alta.**

Figura 3: Classificazione delle aziende dell'intero campione in base allo Z-Score



	Zscore -5	Zscore -3	Zscore -1
>3	31	20	15
2.7 < Z-Score < 2.999	13	16	0
1.8 < Z-Score< 2.69	149	73	12
Z-Score < 1.8	712	752	835

Figura 5: Z-Score delle imprese in concordato preventivo con continuità aziendale



	> 3	2.7 < Z-Score < 2.99	1.8 < Z-Score< 2.69	Z-Score < 1.8
Zscore -1	2%	0%	4%	94%
Zscore -3	1%	3%	9%	87%
Zscore -5	3%	2%	21%	74%

Assetti adeguati & business judgement rule

Art. 2086 c.c. (art. 375 d.lgs. 14/2019)

«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».

Assetti organizzativi ecc. adeguati: principio già esistente (art. 2381 c.c. in tema di doveri del C.d.A.; art. 2403 doveri del collegio sindacale). Nuova invece, ma non esclusiva, è la funzione di «rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa».

Questa disposizione viene ripresa per le società di persone (art. 2257 c.c.), S.p.A. (art. 2380-bis), S.r.l. (art. 2475) e accompagnata da un'affermazione problematica nella sua assolutezza: «la gestione dell'impresa […] spetta esclusivamente agli amministratori». Affermazione inesatta considerando i regimi:

- Amministrazione disgiuntiva nella S.n.c. (art. 2257)
- Riserva di competenza, avocazione o rimessione ai soci della decisione su determinate materie nella S.r.l. (art. 2479)

BJR non esonera ma presuppone la diligenza nell'agire degli amministratori. E quindi presuppone oggi, non soltanto nelle spa, ma in tutte le società l'adozione di procedure (Cass. 18231/09), poiché l'adozione di assetti adeguati rappresenta un nuovo standard di diligenza.

- Adottare procedure
- Applicarle e-o monitorare applicazione.

Questo non assicura che la decisione finale sia giusta, ma riduce le possibilità di errore dovuto all'improvvisazione.

Novità nei controlli interni nelle S.r.l.

1) Applicazione del controllo giudiziario ex art. 2409 alle S.r.l. «anche se la società è priva di organo di controllo».

2) Estensione dell'obbligatorietà della nomina del sindaco o revisore

- Sono previste soglie dimensionali più basse
- L'obbligo di nomina scatta quando si verifica il superamento per due esercizi consecutivi di un unico limite (anziché due) e cessa quando per tre (anziché due) esercizi consecutivi non è superato alcun limite

  - Attivo stato patrimoniale: 2 mil (era 4,4 mil)
  - Ricavi vendite e prestazioni: 2 mil (era 8,8 mil)
  - media dei dipendenti occupati durante l'esercizio: 10 unità (era 50)

- Termine di adeguamento (a regime): entro 30 gg. dall'assemblea che approva il bilancio da cui risulta il superamento delle soglie (invariato). In difetto di adeguamento provvede alla nomina il Tribunale su istanza di chiunque abbia interesse o (novità) del Conservatore R.I.

NB. La disposizione è già entrata in vigore (30 gg. dopo la pubblicazione in G.U.: 16 marzo). Termine di adeguamento per la prima applicazione alle società già costituite: nove mesi dalla data di entrata in vigore (16 dicembre). Si considerano i due esercizi sociali antecedenti alla scadenza del 16 dicembre.

(Segue). Ritorno al passato ?

Un emendamento attualmente all'esame del Parlamento prevede una sostanziale abrogazione della nuova disciplina del controllo interno nella S.r.l., perché sarebbero previste queste soglie, sia pur rilevanti ai fini dell'obbligatorietà dell'organo di controllo se verificate in unico esercizio (anziché in due):

- Attivo stato patrimoniale: 6 mil (era 4,4 mil)
- Ricavi vendite e prestazioni: 12 mil (era 8,8 mil)
- media dei dipendenti occupati durante l'esercizio: 50 unità

Queste soglie rappresentano un arretramento perfino rispetto al sistema dei controlli nelle S.r.l. anteriore alla riforma. Non solo, considerando la classificazione delle società per dimensioni (cfr. racc. UE 2003/361) è evidente che mentre il C.C.I. ha in buona sostanza eccettuato dall'obbligo dell'organo di controllo soltanto le **micro-imprese**, il ddl attualmente in discussione verrebbe a esonerare le **piccole** imprese e anche una fetta di **medie** imprese.

Article 2

Staff headcount and financial ceilings determining enterprise categories

1. The category of micro, small and medium-sized enterprises (SMEs) is made up of enterprises which employ fewer than 250 persons and which have an annual turnover not exceeding EUR 50 million, and/or an annual balance sheet total not exceeding EUR 43 million.

2. Within the SME category, a small enterprise is defined as an enterprise which employs fewer than 50 persons and whose annual turnover and/or annual balance sheet total does not exceed EUR 10 million.

3. Within the SME category, a microenterprise is defined as an enterprise which employs fewer than 10 persons and whose annual turnover and/or annual balance sheet total does not exceed EUR 2 million.

Strumenti di allerta interni

Soggetti obbligati: 1) organo amministrativo; 2) (se esistono) organi di controllo, revisore, società di revisione

Contenuto dell'obbligo: 1) - gli assetti sono adeguati ? - sussiste l'equilibrio economico finanziario ? - quale è il prevedibile andamento della gestione ?

2) Verificare che l'organo amministrativo faccia le valutazioni sub 1); segnalare «immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi».

La segnalazione apre un dialogo tra amministratore e organo segnalante. Il segnalante deve assegnare un «congruo termine non superiore a 30 gg., entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese». Gli esiti possibili di questo dialogo sono sostanzialmente due:

- l'incidente viene chiuso all'interno della società (i chiarimenti ricevuti sono soddisfacenti; le misure adottate sono ritenute idonee a superare lo stato di crisi)
- l'organo segnalante deve informare «senza indugio» l'OCRI (la segnalazione non riceve risposta, la risposta è inadeguata, nei 60 gg. successivi non vengono adottate «misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi»).

Il segnalante è esonerato dalla «responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni» successive, a condizione che tempestivamente segnalato gli indizi della crisi prima all'amministratore poi all'OCRI.

Principio di sussidiarietà

Non c'è invasione della sfera di competenze dell'organo amministrativo.

Segnalazioni esterne

Soggetti obbligati (creditori pubblici qualificati): Agenzia delle Entrate, INPS, Agente della riscossione.

Soglie di «inadempimento di importo rilevante» ai fini della segnalazione.

- AdE: scaduto IVA risultante dalla comunicazione della liquidazione periodica non inferiore al 30% del volume d'affari del medesimo periodo, con un limite assoluto di debito (crescente) al di sotto del quale l'inadempimento si considera irrilevante. Termine per la segnalazione: con la comunicazione di irregolarità (art. 54-bis l. IVA).
- INPS: ritardo di **oltre sei mesi** nel versamento di contributi per un ammontare pari a oltre il 50% di quelli dovuti nell'anno precedente, con limite assoluto minimo di € 50.000. Termine per la segnalazione: **entro 60 gg.** dal verificarsi delle condizioni.
- AdR: crediti affidati per la riscossione, auto-dichiarati o definitivamente accertati, scaduti da **oltre 90 gg.** superiori a € 500.000 (ditta individuale) o € 1.000.000 (impresa collettiva). Termine per la segnalazione: **entro 60 gg.** dal verificarsi delle condizioni.

Anche qui la segnalazione serve anzitutto a provocare, se possibile, la volontaria compliance del debitore che ha **90 gg.** di tempo per alternativamente:

- Estinguere o regolarizzare **per intero** il debito
- Presentare istanza all'OCRI
- Presentare domanda di accesso a una procedura di regolazione della crisi e insolvenza.

Sanzione dell'obbligo: perde il titolo di prelazione (AdE, Inps) od opponibilità del credito per spese e oneri di riscossione.

Organismo di composizione della CRI.si (OCRI)

Presso ciascuna Camera di commercio. L'Organismo nomina un Collegio di almeno tre esperti designati uno ciascuno da:

- Presidente della sezione specializzata
- Camera di commercio
- Associazione di categoria

L'organismo si attiva attraverso due canali:

- **Richiesta** dell'imprenditore in crisi che chiede assistenza per la composizione coi creditori.
- **Segnalazione** da parte di soggetti qualificati, onerati di un obbligo di allerta. A seguito della segnalazione, l'Organismo convoca il debitore.

Funzioni del collegio

Agevolativa della composizione della crisi:

- verifica con organo amministrativo (e di controllo, se esistente) la situazione patrimoniale economica finanziaria dell'impresa
- individua con il debitore misure idonee a porre rimedio a stato di crisi
- assiste il debitore nella «composizione assistita della crisi». Termine per la «composizione»: non superiore a 6 mesi

Stragiudiziale e confidenziale

Segnalazione a PM:

- Se il debitore convocato non compare, non deposita istanza di composizione assistita o all'esito delle trattative, infruttuose, non deposita domanda di accesso ad altra procedura di regolazione della crisi e il collegio ritiene esistente stato di insolvenza, deve fare segnalazione a PM

Esiti dell’audizione (artt. 18 e 19)

Archiviazione

- all’imprenditore non si applicano le misure di allerta (vedi esclusioni art. 12 CCI: banche, assicurazioni, società quotate, grandi imprese e gruppi)
- all’imprenditore si applicano le misure di allerta, ma non è soggetto a liquidazione giudiziale (impresa minore, imprenditore agricolo) □ competenza dell’OCC
- ritiene che non sussista la crisi
- se imprenditore ha crediti di imposta o «altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali sono decorsi 90 gg. dalla messa in mora» per un ammontare complessivo che «portato in compensazione con i debiti» comporta il mancato superamento delle soglie, deve archiviare «in ogni caso»

Lo strano caso del debitore-creditore della PA

Figura di imprenditore cui la politica guarda oggi con grande attenzione (cfr. ad es. art. 560 c.p.c.) e che è stato tra le grandi vittime della crisi (dal 2011 in avanti). Tuttavia, il trattamento normativo che viene riservato desta **qualche perplessità applicativa, perché le disposizioni non sono armonizzate.**

Art. 15. Il creditore pubblico **non fa la segnalazione** – prima al debitore poi all'OCRI – se l'imprenditore è creditore verso la PA per crediti di imposta o altri crediti (per forniture somministrazioni appalti) verso pubbliche amministrazioni risultanti dalla piattaforma per la certificazione dei crediti (DM MEF 22.5.2012; DM MEF 25.6.2012) per un «ammontare complessivo non inferiore alla metà del debito verso il creditore pubblico qualificato».

NB. Letteralmente l'esonero da segnalazione è qui concesso non perché il credito riduce il saldo dare-avere sotto soglia, ma perché il credito è almeno metà del debito. Con la conseguenza paradossale che una società (Alfa) che ha **3 mil di debiti** iscritti a ruolo e **1,5 mil** di crediti da appalto non riceve la segnalazione e non è segnalato ad OCRI e altra (Beta) che ha **1,5 mil** di debiti iscritti a ruolo e **600.000** di crediti dovrebbe essere segnalata, anche se il saldo dare-avere è inferiore e sotto soglia.

I paradossi aumentano considerando l'**art. 18**. Qui il collegio deve archiviare «in ogni caso» la segnalazione se imprenditore ha crediti di imposta o «altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali sono decorsi 90 gg. dalla messa in mora» per un ammontare complessivo che «portato in compensazione con i debiti» comporta il mancato superamento delle soglie. Quindi Alfa, non segnalata ex art. 15, non potrebbe essere archiviata perché sopra soglia, Beta segnalata deve essere archiviata de plano.

Infine, malgrado la formula «in ogni caso» , la sola segnalazione che può essere plausibilmente chiusa dalla verifica della compensabilità dei debiti erariali/previdenziali è quella che proviene dal creditore pubblico qualificato (art. 15) perché il contro-credito nega quello specifico indicatore di crisi.

(Segue). «La crisi c’è. Che fare ?»

- Il collegio e imprenditore individuano misure idonee (anche endo-aziendali). Il collegio può assegnare termine al debitore perché riferisca sulla loro attuazione. Se il debitore non riferisce nel termine e non chiede accesso a composizione assistita o a una procedura segnalazione al PM se ritenuto insolvente.
- Il debitore chiede assistenza per la ricerca di una composizione concordata della crisi: 1) il collegio assegna termine di tre mesi (prorogabile di ulteriori tre mesi nel caso di effettivi progressi); 2) le trattative coi creditori sono seguite dal relatore; 3) il collegio, anche dividendosi il lavoro secondo le competenze, redige una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale economica e finanziaria, elenco dei creditori, cause di prelazione ecc.; 4) se il debitore decide di accedere a una procedura di regolazione della crisi/insolvenza (ARD, concordato), il collegio attesta la veridicità dei dati contabili. NB. Non è previsto che attesti la fattibilità del piano o, in caso di continuità, il *best interest*.
- Composizione assistita. Concordato stragiudiziale coi creditori deve avere forma scritta, è depositato presso l’OCRI, non è ostensibile se non alle parti, sull’accordo delle parti può essere pubblicato nel R.I.. «Produce gli stessi effetti degli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento».

Compiti di assistenza del collegio. Ruolo ibrido e un po’ indefinito, tra advisor e attestatore indipendente.

Ricerca della composizione della crisi è interamente stragiudiziale (come piano attestato; v. oggi art. 56 CCI).

Esiste un embrione di disciplina di questo accordo di composizione, ma la fattispecie è carente.

Misure di protezione del patrimonio

La notizia dello stato di crisi implica normalmente un rischio di suo aggravamento (la notizia si auto-avvera): fornitori e finanziatori tolgono credito all'impresa, i creditori che erano in attesa di pagamenti corrono a procurarsi un titolo giudiziale, spesso chiedono provvisoria esecutività, danno inizio a procedure esecutive, iscrivono ipoteche giudiziali sui beni dell'impresa ecc.. Evidente quindi la necessità di prevedere un ombrello di protezione dai creditori (cfr. artt. 168, 182-bis l.f.; ora artt. 54 e 55 CCI).

- **Misure che possono essere chieste al tribunale delle imprese:** «misure necessarie per condurre a termine le trattative in corso». La formula può lasciare spazio a atipicità delle misure. In ogni caso vi rientrano per previsione espressa il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive sui beni dell'impresa (art. 54 co. 2 & 4 CCI) e la possibilità di sospendere operatività della causa di scioglimento per riduzione capitale sotto minimo legale e degli obblighi 2446, 2447, 2482-bis, 2482-ter (art. 20 CCI). Manca invece, ma potrebbe forse rientrare come «misura necessaria», il divieto di iscrivere ipoteche giudiziali.
- **Durata delle misure**. Tre mesi prorogabili anche più volte per altri tre «se sono stati fatti significativi progressi» attestati dal collegio. Le misure possono essere tuttavia revocate anche d'ufficio in caso di atti di frode o «se il collegio … segnala che non vi è possibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure idonee a superare la crisi medesima».
- **Condizioni per richiedere la misura:** aver presentato istanza di composizione della crisi (art. 20 CCI); essere stato convocato da OCRI (art. 54 CCI). È mancato il coordinamento tra le due norme. La seconda è più fedele alla legge delega, la prima all'architettura del procedimento.

Misure premiali: condizioni

Obbligo: «attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti [..] per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale» (art. 2086 c.c.).

Strumenti: 1) accesso a procedura di risoluzione della crisi regolata dal CCI; 2) istanza di composizione assistita della crisi (art. 19).

Definizione negativa di «senza indugio»: quando l'istanza **non è tempestiva**. Non oltre 3 mesi (se 1) o 6 mesi (se 2) dal verificarsi di uno di questi eventi:

- retribuzioni scadute da oltre 60 gg. per oltre il 50% del monte mensile
- debiti vs. fornitori scaduti da oltre 120 gg. per ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti
- superamento degli indici di crisi «nell'ultimo bilancio approvato o comunque per oltre tre mesi».

Effetto dell'istanza tempestiva:

- osservanza dell'obbligo
- accesso a misure premiali

Misure premiali: contenuto

- Causa di non punibilità per i reati fallimentari («danno di speciale tenuità») o una consistente riduzione di pena (se l'istanza consente apertura di una procedura di regolazione della crisi che assicura il pagamento di almeno il 20% del chirografo; il danno in ogni caso non deve essere superiore a 2 mil)
- Riduzione degli interessi e sanzioni sui crediti tributari
- Per deposito della proposta di concordato preventivo o ADR, il termine per il caso di istanza di proroga è il doppio di quello ordinario
- Non è ammessa proposta concorrente di concordato preventivo in continuità aziendale se il professionista attesta che la proposta assicura il soddisfacimento di almeno 20% del chirografo.