

**LA GOVERNANCE
DELLE SOCIETA'
A SEGUITO DEL CODICE
DELLA CRISI D'IMPRESA**

20 febbraio 2020

Milano, Università Bocconi

La governance societaria ed i probabili cambiamenti

- avvocato marco locati -

Piazza Roma, 10 – Monza – tel. 039.2301942 – email: marco.locati@locatiepartners.it

Il 14 febbraio 2019 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, emanato in attuazione della Legge Delega n. 155/2017 recante il **Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza**.

Il provvedimento, in un *corpus* normativo di 391 articoli, contiene la riforma organica delle procedure concorsuali di cui alla Legge Fallimentare vigente, la disciplina del sovraindebitamento e altre norme (tra cui modifiche al codice civile, al testo unico bancario, ecc.).

La nuova disciplina costituisce una vera **rivoluzione** per il nostro ordinamento poiché rende definitivamente residuale, almeno nei propri intenti, la liquidazione dell'impresa, per lasciare spazio a strumenti più efficienti ed efficaci di **emersione tempestiva della crisi**, anche attraverso l'introduzione all'interno del codice civile di **previsioni specifiche che onerano l'imprenditore** e gli organi sociali ad adempimenti ancora più stringenti di quelli previsti in passato.

Il nuovo Codice ha l'obiettivo di riformare in modo organico la disciplina delle procedure concorsuali, con due principali finalità:

- consentire una **diagnosi precoce** dello stato di difficoltà delle imprese;
- **salvaguardare la capacità imprenditoriale** di coloro che vanno incontro a un fallimento di impresa dovuto a particolari contingenze.

Il nuovo Codice contiene:

- «novità» in tema di **responsabilità degli amministratori** rispetto agli **obblighi di conservazione del patrimonio sociale** e
- un «nuovo» **criterio di liquidazione dei danni per le irregolarità nella gestione della società** dopo il verificarsi di una causa di scioglimento.

I punti chiave:

Gli assetti organizzativi idonei per evitare
l'evento traumatico della crisi

1. Come preservare la continuità dell'esercizio di impresa

C'è necessità di **modelli organizzativi adeguati**, dallo studio della struttura dell'impresa (e dell'allocazione dei rischi) sino alla descrizione dei flussi informativi tra soggetti controllati e soggetti controllori, con modifiche di aggiornamento continuo.

...segue...I punti chiave:

2. La spesa va preceduta da un preventivo

Per ciascun affare è opportuno documentare le previsioni di spesa in considerazione dell'equilibrio di bilancio.

3. Le misure opportune per la prevenzione

È consigliabile/necessario il controllo periodico da parte di soggetti esterni o meccanismi di *internal audit*.

...segue...I punti chiave:

4. Cosa cambia per gli atti fondamentali

È necessario l'adeguamento degli statuti sociali alle necessità organizzative.

È quindi da sottolineare come l'attività di organizzazione sia ultronea, anche rispetto ad una eventuale situazione di crisi, in quanto attività prognostica, tipica del nuovo approccio del diritto della crisi di impresa.

Il nuovo assetto organizzativo dell'impresa prevede 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 per il recupero della continuità aziendale»*.

cfr. art. 375 del nuovo codice

Focus su:

- Importanza di istituire assetti organizzativi adeguati, anche ai fini della **premialità**.
- O.C.R.I.: utile soprattutto al fine di ottenere dal Collegio un'**attestazione sulla veridicità dei dati, oltre a una serie di misure premiali** (art. 25).
- Importanza del ruolo dell'*advisor finanziario*: il Piano termina con il raggiungimento del **corretto riequilibrio finanziario** (non importa quindi se vi sia debito residuo, che sarà «trattato» rispetto alla capacità di impresa, ora rimessa in assetto).

...segue...Focus su:

Il contenuto del Piano (art. 56)

L'imprenditore, anche non commerciale, può predisporre un piano, rivolto ai creditori, che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria.

Il piano deve avere **data certa** e deve contenere:

- a) la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa;
- b) le principali cause della crisi;
- c) le strategie d'intervento ed i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;

...segue...Focus su:

...segue...Il contenuto del Piano (art. 56)

- d) l'elenco dei creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative, **nonché l'elenco dei creditori estranei, con l'indicazione delle risorse destinate all'integrale soddisfacimento dei loro crediti alla data di scadenza***;
- e) gli apporti di nuova finanza;
- f) i tempi delle azioni da compiersi, che consentano di verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto;
- g) **il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario***.

**così come introdotto dallo Schema di D.Lgs. recante disposizioni integrative e correttive a norma dell'art. 1, comma 1, della L. 20/2019.*

...segue...Focus su:

...segue...Il contenuto del Piano (art. 56)

Lo scopo è:

- assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;
- consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa.

La definizione permette di **delimitare temporalmente l'orizzonte temporale del piano**.

Si deve considerare solo l'arco temporale che riporta l'azienda in equilibrio finanziario. La previsione può (ma non deve a questo punto) essere sviluppata sino all'integrale pagamento dei debiti pregressi. Qualora lo sia, questo periodo è comunque da considerarsi estraneo al periodo di piano.

Il Consiglio dei Ministri del 13 febbraio 2020 ha approvato, in esame preliminare, su proposta del Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede, un D.Lgs. recante «Disposizioni integrative e correttive alla norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155*».

In vista dell'entrata in vigore del decreto che, fatta eccezione per alcune disposizioni già vigenti, avverrà il **14 agosto 2020**, è stato necessario apportare alcune modifiche.

In particolare il decreto interviene – tra l'altro – al fine di:

- chiarire la nozione di crisi, sostituendo all'espressione «difficoltà» quella di «squilibrio» e ridefinendo il cosiddetto «indice della crisi», in modo da renderlo maggiormente descrittivo di una situazione di insolvenza reversibile;

- riformulare le norme riferite alle situazioni in presenza delle quali è possibile presumere lo svolgimento, da parte di un'impresa, dell'attività di direzione e coordinamento;
- «chiarire» la nozione di gruppo di imprese, precisando che sono esclusi dalla definizione normativa oltre che lo Stato anche gli enti territoriali;
- ridefinire le «misure protettive» del patrimonio del debitore;
- rendere più definite le norme relative all'individuazione dei componenti degli OCRI.

Al fine di un avvio graduale del sistema delle segnalazioni all'organismo, la norma contiene una previsione di regime transitorio che differisce al **15 febbraio 2021** l'operatività dell'obbligo delle segnalazioni che grava sugli organi di controllo interno e sui revisori contabili, in relazione alle imprese che negli ultimi due esercizi non hanno superato alcuno dei seguenti limiti:

- i. totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4 milioni;
- ii. ricavi delle vendite e delle prestazioni: 4 milioni;
- iii. dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 20.

È evidente che il differimento dell'entrata in vigore dell'obbligo di segnalazione all'OCRI previsto dalla normativa determina anche, in via riflessa, il **differimento dell'operatività dell'obbligo di segnalazione da cui deriva la responsabilità** che, coerentemente con quanto previsto dalla Legge n. 155 del 2017, presuppone non solo l'avviso all'organo amministrativo, ma anche la tempestiva segnalazione all'organismo.

Il sistema deve essere in grado
di prevenire la crisi d'impresa



La nuova norma presenta importanti similitudini con il sistema delineato dal D.Lgs. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti e, per certi versi, può considerarsi un importante incentivo alla stessa *compliance* 231 ed ai successivi modelli organizzativi.

È infatti evidente, per entrambe le discipline, il favore del legislatore per l'*auto-organizzazione interna* che, se nel Codice della crisi si traduce nell'implementazione di protocolli organizzativi in grado di consentire l'emersione della crisi d'impresa e della perdita di continuità aziendale, nel decreto 231 implica l'adozione e attuazione di un Modello di Organizzazione e Gestione (*Mog*) idoneo a prevenire la commissione di reati e l'istituzione di un Organismo di Vigilanza (*Odv*) incaricato di far rispettare il modello e curarne l'aggiornamento.

Sono però differenti gli scopi cui mirano gli assetti organizzativi contemplati dai due testi:



Il decreto 231 persegue la **prevenzione** dei reati nell'esercizio delle attività dell'ente.

Il nuovo Codice si prefigge «**anche**» la **emersione** tempestiva della crisi dell'impresa e della conseguente potenziale perdita della continuità aziendale.

Adeguati assetti organizzativi e obblighi di segnalazione:

- Sono postulato delle misure di allerta e sono rivolti a tutti gli imprenditori collettivi.
- Richiedono tempo per essere costruiti, collaudati, e per radicarsi nella cultura dell'azienda.
- Sono utilizzati da molte funzioni aziendali e dagli organi di controllo (oggi indicati come *compliance* aziendale).
- Hanno un nesso di funzionalità con le segnalazioni interne e il corretto funzionamento dell'organizzazione rende possibili e tempestive le segnalazioni stesse.
- Adeguati assetti organizzativi dovranno utilizzare gli indicatori di crisi.

Ma quali sono gli indicatori della crisi?

- Squilibri di carattere patrimoniale, reddituale e finanziario.
- Relativizzazione rispetto ad età e caratteristiche del modello di impresa e del business.
- La (in)sostenibilità dei debiti per i sei mesi successivi.
- Le prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso (o per i sei mesi successivi alla data di riferimento).
- Indici significativi:
 - insostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa;
 - inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi;
 - ritardi nei pagamenti reiterati e significativi.

Le norme che impongono un monitoraggio

- L'antiriciclaggio: la legge da tenere sotto controllo è la 231 del 2007 che, in attuazione di direttive UE, ha introdotto misure per prevenire sia il riciclaggio del denaro proveniente da attività criminosi sia il finanziamento del terrorismo attraverso i circuiti finanziari.
- L'anticorruzione: la legislazione per contrastare il fenomeno delle tangenti è articolata. Da ultimo c'è stata la legge 3 del 2019. Ci sono, inoltre, tutti gli atti dell'Anac (*Autorità nazionale anticorruzione*).
- La cybersecurity: la sicurezza informatica è virale per un'azienda o uno studio professionale. La sottrazione di piani, progetti o dati personali può rivelarsi un danno rilevante. Fondamentale è, dunque, approntare tutte le misure per scongiurare falle nel sistema digitale.
- Le norme tecniche: dalle Iso (*International organization for standardization*) alle En messe a punto dal Comitato europeo di normazione e alle Uni dell'Ente nazionale italiano di unificazione, l'applicazione delle norme tecniche assicura la certificazione dei prodotti.

...segue...Le norme che impongono un monitoraggio

- La privacy: un'azienda deve essere al passo con il Gdpr, il regolamento europeo sulla privacy n. 679 del 2016, e con la legge nazionale 101 del 2018. È fondamentale avere ben chiaro quali dati personali si trattano e come proteggerli.
- La responsabilità delle società: il decreto legislativo 231 del 2001 ha disciplinato la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle assicurazioni anche prive di personalità giuridica. Per proteggersi da simili eventualità l'azienda deve adottare adeguati modelli organizzativi.
- I reati ambientali: il tema della tutela ambientale è particolarmente delicato e i reati sono puniti con pesanti sanzioni. La materia si intreccia con quella della responsabilità amministrativa.
- La sicurezza sul lavoro: la sicurezza e la salute sul lavoro è un ambito interdisciplinare, che richiede diverse competenze o comunque un lavoro di squadra dove si incrocino più conoscenze.

Con l'introduzione del nuovo Codice della crisi tutti **gli amministratori** che non avranno dotato l'azienda di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile, capace di intercettare gli indizi di crisi e soprattutto la perdita della continuità aziendale, **risponderanno con il proprio patrimonio delle obbligazioni sociali della società amministrata** per inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.

Responsabilità degli amministratori

art. 378

1. All'articolo 2476 del codice civile , dopo il quinto comma è inserito il seguente: «**Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale.** L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. La rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi.».

2. All'articolo 2486 del codice civile dopo il secondo comma è aggiunto il seguente: «Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura.».

Responsabilità di sindaci e *manager*:

SINDACI

Mancata informazione

Rispondono del dissesto i sindaci **inerti** rispetto alle azione degli amministratori **anche in caso di comportamento omissivo** tale da tenerli all'oscuro dei fatti, avendo il collegio specifici strumenti di indagine.

Cass. 18770/2019

L'inerzia

Il componente del collegio sindacale cui è stata segnalata un'irregolarità deve attivarsi senza indugio. Non è giustificabile l'inerzia del sindaco che, venuto a conoscenza di fattispecie dannose per la società, eccepisca il fatto che non sono emerse durante i CdA cui ha partecipato, potendo effettuare ispezioni e chiedere chiarimenti.

Cass. 126/2019

Il passato

Il sindaco entrato in carica deve verificare la costante corrispondenza degli atti amministrativi con i principi di corretta amministrazione, non solo da quando assume l'incarico, ma **verificando a ritroso** gli atti degli organi interni con incidenza attuale e reiterabili durante il proprio mandato.

Cass. 32573/2019

...segue...Responsabilità di sindaci e *manager*:

AMMINISTRATORI

Le deleghe

Gli **amministratori non esecutivi** devono agire in modo informato, vigilando sugli organi delegati. Non esclude la responsabilità l'affidamento di specifici compiti di amministrazione ad alcuni membri, dovendo gli altri componenti agire informati, sia **sulla base delle informazioni** che devono loro essere fornite, sia sulla base di quelle **che essi stessi possono acquisire**.

Cass. 17441/2016

Gli illeciti altrui

È responsabile l'amministratore non esecutivo che non ha rilevato colposamente i segnali dell'altrui illecita gestione, laddove l'imputazione per colpa richiede la **mera conoscibilità dell'evento**, anche in base a segnali inequivocabili e percepibili con l'ordinaria diligenza da parte dell'amministratore non operativo.

Cass. 22848/2015

...segue...Responsabilità di sindaci e *manager*:

ADVISOR

L'*advisor* è spesso un ruolo ricoperto da un team di professionisti, scelti per individuare le misure più idonee al superamento della crisi, declinate in uno strumento tecnico, giudiziale o stragiudiziale; le responsabilità professionali del gruppo saranno in ogni caso frazionate in ragione delle specifiche competenze coinvolte, ma ognuno dovrà agire in un contesto informato e coordinato con gli altri membri della squadra, in un'ottica interdisciplinare.

L'*advisor* (così come l'attestatore) deve seguire gli indirizzi dettati da strumenti professionali che fungono da *best practice* (tra gli altri, i «Principi per la redazione dei piani di risanamento» elaborati dal Cndcec).

...segue...Responsabilità di sindaci e *manager*:

...segue...ADVISOR

Inoltre il contesto d'azione dell'*advisor* è spesso nella via di mezzo tra l'interesse dei creditori e quello dell'imprenditore, con comportamenti tesi al mantenimento del controllo ed al migliore risultato patrimoniale per sé, a scapito della soluzione ottimale per i terzi; ciò può causare un «inquinamento» della posizione dell'*advisor* sotto il profilo delle responsabilità, anche qualora egli abbia preventivamente informato il cliente.

Si tratterà comunque di un concorso in un fatto illecito altrui, essendo l'organo amministrativo il primo responsabile delle azioni condotte e fungendo l'*advisor* da consulente di tale organo.

Quindi...

un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile non può essere quello che constata semplicemente i danni causati dalla crisi, ma deve essere un insieme sistematico di strumenti che garantisca la rilevazione precoce degli indizi di crisi.

La direttiva UE n. 1023/2019

Il 20 giugno 2019 ha visto la luce la Direttiva (UE) n. 1023/2019 avente ad oggetto i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni nonché le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione.

La Direttiva è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 26 giugno 2019 ed **entrerà in vigore il 17 luglio 2021**; entro tale data gli Stati membri saranno tenuti ad adottare le disposizioni necessarie per conformarsi a quanto ivi esposto.

...segue...La direttiva UE n. 1023/2019

Poiché la Direttiva entrerà in vigore a due anni dalla sua pubblicazione mentre il Codice della crisi sarà effettivo da agosto 2020, è interessante capire quali saranno le aree del Codice che, ragionevolmente, prima ancora della sua applicazione, dovranno essere riformate alla luce della Direttiva.

Buona parte delle raccomandazioni contenute nella Direttiva trovano già recepimento nel Codice della crisi, soprattutto con riferimento alle procedure di allerta e alla previsione di strumenti utili alla rilevazione anticipata della crisi, anche attraverso il coinvolgimento di soggetti terzi.

...segue...La direttiva UE n. 1023/2019

Un aspetto invece che pare registrare ancora una distanza rispetto alla Direttiva è quello della incentivazione del creditore verso una condotta orientata ad aiutare l'impresa in difficoltà, sanzionando ipotesi di abbandono della collaborazione commerciale ai più diversi livelli (interruzione delle forniture, rientro immediato dai finanziamenti).

...segue...La direttiva UE n. 1023/2019

Nella legge attuale l'art. 186 *bis* prevede il divieto di risoluzione per i contratti in corso di esecuzione, mentre nella versione riformata del concordato preventivo l'art. 97 CCI stabilisce che i rapporti pendenti «*proseguono anche durante il concordato*», espressione ambigua per il cui ottemperamento non si ritiene possa essere sufficiente l'obbligo, pure previsto in capo ai creditori dall'art. 33 CCI, di «*collaborare lealmente con il debitore*».

...segue...La direttiva UE n. 1023/2019

Un punto di assai maggior importanza che segna la distanza tra la riforma e le indicazioni della Direttiva è quello del ridimensionamento degli **effetti delle prelazioni**, nel senso che secondo il nostro ordinamento il creditore di grado inferiore può essere soddisfatto solo dopo l'integrale soddisfacimento di quello che occupa il grado superiore, mentre la Direttiva suggerisce un criterio per cui il portatore di un grado di privilegio debba essere soddisfatto in misura superiore rispetto a quello di grado inferiore ma non necessariamente in termini assoluti, favorendo così una migliore ripartizione delle utilità derivanti dalla ristrutturazione aziendale.

...segue...La direttiva UE n. 1023/2019

Infine un punto su cui il nostro legislatore dovrà intervenire è quello relativo alla **classazione obbligatoria dei creditori** che il Codice della crisi, pur operando un passo in avanti rispetto al presente, ha ristretto ai debiti fiscali in caso di incompleta soddisfazione e ai creditori titolari di garanzie prestate da terzi (cfr. art. 85 CCI).

...segue...La direttiva UE n. 1023/2019

In conclusione la pubblicazione della Direttiva comunitaria lascia intravedere un futuro ancora incerto per l'applicazione delle regole recepite nel Codice della crisi, a meno che il legislatore riesca ad impiegare il tempo che ancora lo separa dall'entrata in vigore per apportare queste importanti modifiche (più che ritocchi) volte ad incidere in termini rilevanti sull'impianto del nostro ordinamento.

Ciò da tenere a mente, in conclusione, è che una corretta organizzazione dell'impresa può aiutare nella tempestiva individuazione, qualora ve ne fossero, di quei campanelli d'allarme che – se trascurati – possono condurre l'attività in una spirale negativa da cui troppe volte è difficile uscire indenni.

...sperando che,
alla fine di tutto,
non ci si trovi così...



Grazie

Avv. Marco Locati

Locati  Partners

Monza, Piazza Roma n. 10

Tel. 039 2301942

marco.locati@locatiepartners.it