

AVV. ARRIGO TIZIANO ZORZAN
PATROCINANTE IN CASSAZIONE

DR. ROBERTO DALLA VALLE
COMMERCIALISTA E REVISORE CONTABILE

AVV. STEFANO SANDRI
AVV. GIUSEPPE BIONDARO
AVV. ALESSANDRO BANTERLE
AVV. ELENA ANDREOLI
AVV. EUGENIO ROSSIGNOLI

DR. FRANCESCO PERINI
COMMERCIALISTA E REVISORE CONTABILE

Sigg. CLIENTI

Loro Sedi

-

Oggetto: LA RIFORMA DELLA CRISI D'IMPRESA, IL NUOVO SISTEMA DI ALLERT E I NUOVI LIMITI PER LA NOMINA DELL'ORGANO DI CONTROLLO

Con la pubblicazione sulla G.U. 14.2.2019, del D.Lgs. n. 14/2019 contenente il **Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza** viene riformato il diritto fallimentare e definitivamente sostituito da una Riforma con caratteri organici e sistematici di tutte le procedure concorsuali.

Tra le novità introdotte si segnala la **procedura di allerta e di composizione assistita della crisi**, una procedura che viene istituita con il preciso scopo di anticipare la crisi d'impresa, che troppo spesso viene esplicitata troppo tardi perché l'azienda possa essere salvata (e i debiti ripagati in percentuale soddisfacente).

Secondo la relazione illustrativa, la fase di Allerta è finalizzata *“ad anticipare l'emersione della crisi intesa come strumento di sostegno, diretto in prima battuta ad una rapida analisi delle cause del malessere economico e finanziario dell'impresa, e destinato a risolversi all'occorrenza in un vero e proprio servizio di composizione assistita della crisi, funzionale ai negoziati per il raggiungimento dell'accordo con i creditori o, eventualmente, anche solo con alcuni di essi (ad esempio quelli meno conflittuali, o più strategici)”*.

Con la nuova normativa viene così prevista **la segnalazione dell'impresa che, superando determinati parametri di allerta, diventi “a rischio”**.

La segnalazione dà l'avvio ad una procedura di “controllo” esterno dell'impresa, gestita a cura di un organismo appositamente istituito –OCRI–, che provvederà a nominare un “Esperto”, con l'incarico di affiancare l'imprenditore e monitorare il procedere della gestione dell'impresa, al fine di anticipare il rischio di default.

DEFINIZIONI

All'Art. 2 del Decreto in esame, si danno le seguenti definizioni:

CRISI: lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate;

INSOLVENZA: lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni;

IMPRESA MINORE: l'impresa che presenta congiuntamente i seguenti requisiti:

1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;

2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore;

3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila;

ALBO DEI GESTORI DELLA CRISI: l'«albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese» è l'albo, istituito presso il Ministero della giustizia e disciplinato dall'articolo 356, dei soggetti che su incarico del giudice svolgono, anche in forma associata o societaria, funzioni di gestione, supervisione o controllo nell'ambito delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza previste dal presente codice;

OCRI: gli organismi di composizione della crisi d'impresa, che hanno il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire la fase dell'allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, la fase della composizione assistita della crisi;

PROFESSIONISTA INDIPENDENTE: il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi i requisiti previsti nello stesso articolo.

NUOVI OBBLIGHI IN CAPO ALL'IMPRESA / SOCIETÀ

Al fine di **favorire l'emersione tempestiva della crisi** sono introdotti nuovi obblighi in capo all'imprenditore.

In particolare, per effetto di quanto disposto dall'art. 3 del Decreto in esame:

- **l'imprenditore individuale** deve adottare **misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi** e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte;
- **l'imprenditore collettivo** (quindi le società di persone / di capitali) deve adottare un **assetto organizzativo adeguato**, per rilevare tempestivamente lo stato di crisi ed assumere idonee iniziative. Più specificatamente, per effetto di quanto stabilito dal nuovo comma 2 del citato art. 2086, introdotto dall'art. 375, D.Lgs. n. 14/2019, l'imprenditore deve:
 - ✓ **istituire un assetto organizzativo / amministrativo / 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;
 - ✓ **attivarsi "senza indugio" per adottare / attuare** uno degli strumenti previsti dall'ordinamento

per il **superamento della crisi** ed il recupero della continuità aziendale.

Le novità in esame, come disposto espressamente dal comma 2 dell'art. 389, D.Lgs. n. 14/2019, **entrano in vigore già il 16.3.2019.**

Dalla procedura sono escluse:

- grandi imprese
- gruppi di imprese di rilevanti dimensioni
- società con azioni quotate in mercati regolamentati / diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri stabiliti dal Regolamento CONSOB relativo alla disciplina degli emittenti
- banche / intermediari finanziari / istituti di moneta elettronica e di pagamento
- società di intermediazione mobiliare / di gestione del risparmio / di investimento
- fondi comuni di investimento / depositari centrali
- fondazioni bancarie / Cassa depositi e prestiti
- fondi pensione
- imprese di assicurazione / riassicurazione
- società fiduciarie

OBBLIGHI DI SEGNALAZIONE

In presenza di fondati indizi di crisi, **in capo all'organo di controllo viene previsto un obbligo di segnalazione** nei confronti degli amministratori.

La segnalazione è altresì effettuata, nei confronti del debitore, da parte dei creditori pubblici qualificati (Agenzia delle Entrate, INPS, Agenzia della riscossione) al sussistere di un'esposizione debitoria superiore a determinati limiti.

Segnalazione in capo all'organo di controllo / revisore

I soggetti deputati al controllo societario devono:

- verificare che l'organo amministrativo valuti:
 - ✓ l'adeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa;
 - ✓ la presenza dell'equilibrio economico-finanziario;
 - ✓ il prevedibile andamento della gestione;
- **segnalare all'organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi.**

La segnalazione deve essere motivata ed indicare un termine congruo (non superiore a 30 giorni) entro cui l'organo amministrativo deve riferire in merito alle soluzioni individuate / iniziative intraprese.

In caso di omessa / inadeguata risposta o di mancata adozione, nei successivi 60 giorni, delle misure necessarie per superare lo stato di crisi, l'organo di controllo / revisore è tenuto ad attivare la procedura di allerta esterna, informando "senza indugio l'OCRI" e fornendo allo stesso "ogni elemento utile per le relative determinazioni".

La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo rappresenta una causa di esonero dalla responsabilità solidale dei predetti soggetti per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni / azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione. Ciò a condizione che, nei casi previsti, sia effettuata la tempestiva segnalazione all'OCRI.

Segnalazione dei creditori pubblici qualificati

A carico dei creditori pubblici qualificati (Agenzia delle Entrate, INPS, Agenzia della riscossione), è previsto l'obbligo di **avvisare il debitore** del superamento della relativa posizione debitoria rispetto ad un determinato ammontare rilevante, differenziato a seconda del soggetto creditore.

In particolare, l'esposizione debitoria è considerata rilevante:

- per l'**Agenzia delle Entrate**, se l'ammontare totale del **debito IVA scaduto** e non versato risultante dalla comunicazione della liquidazione periodica è **pari ad almeno il 30% del volume d'affari del medesimo periodo e non è inferiore ad uno specifico importo differenziato in base al volume d'affari** desumibile dalla dichiarazione IVA riferita all'anno precedente

- ✓ a euro 25.000 per volume d'affari fino a 2.000.000 di euro,
- ✓ non inferiore a euro 50.000 per volume d'affari fino a 10.000.000 di euro,
- ✓ non inferiore a euro 100.000, per volume d'affari oltre 10.000.000 di euro

Per l'Agenzia l'obbligo di segnalazione decorre dalla comunicazione della liquidazione periodica relativa al **primo trimestre 2021**;

- per l'**INPS**, se il debitore è in ritardo di **oltre 6 mesi** nel versamento dei **contributi previdenziali di ammontare superiore alla metà di quelli dovuti** nell'anno precedente e **superiore a € 50.000**;
- per l'**Agente della riscossione**, se la **sommatoria dei crediti affidati per la riscossione dal 15.8.2020**, autodichiarati / definitivamente accertati e scaduti da oltre 90 giorni **supera**:
 - ✓ per le imprese individuali, **€ 500.000**;
 - ✓ per le imprese collettive, **€ 1.000.000**.

L'avviso è inviato al debitore tramite PEC o, in mancanza, a mezzo raccomandata A/R:

- ✓ da parte dell'Agenzia delle Entrate, "*contestualmente alla comunicazione di irregolarità*" ex art. 54-bis, DPR n. 633/72;
- ✓ da parte dell'INPS / Agente della riscossione, entro 60 giorni dal verificarsi delle condizioni sopra descritte;

e deve evidenziare che l'esposizione debitoria ha superato l'importo rilevante nonché che sarà

effettuata segnalazione all'OCRI, anche per la segnalazione da parte di quest'ultimo all'organo di controllo della società, nel caso in cui entro 90 giorni dalla ricezione dell'avviso il debitore, alternativamente:

- ✓ **non provveda ad estinguere** / regolarizzare per intero il debito con le modalità previste dalla legge;
- ✓ per l'Agenzia delle Entrate **non sia in regola con il pagamento rateale** del debito ex art. 3- bis, D.Lgs. n. 462/97 risultante da controlli automatizzati / formali;
- ✓ **non abbia presentato istanza di composizione assistita della crisi** o domanda per l'accesso ad una **procedura di regolazione** della crisi e dell'insolvenza.

In caso di mancato invio dell'avviso al debitore:

- per Agenzia delle Entrate ed INPS il titolo di prelazione spettante sui crediti dei quali sono titolari diviene inefficace;
- per l'Agente della riscossione il credito per spese / oneri di riscossione diviene inopponibile.

La segnalazione non è effettuata se il debitore documenta la titolarità di crediti d'imposta / altri crediti verso la Pubblica amministrazione di importo complessivo pari ad almeno la metà del debito nei confronti del creditore pubblico qualificato.

INDICATORI DELLA CRISI

Gli indicatori di crisi sono degli **squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa nonché dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore**, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili **attraverso appositi indici** che diano evidenza:

- della sostenibilità dei debiti per almeno i 6 mesi successivi;
- delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, qualora la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione sia inferiore a 6 mesi, per i 6 mesi successivi.

A tal fine sono indici significativi:

- quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi;
- i ritardi reiterati e significativi nell'effettuazione dei pagamenti.

Gli indici sono elaborati, con cadenza "*almeno triennale*", dal CNDCEC ed approvati dal MISE con uno specifico Decreto.

Tra gli indicatori di squilibrio, al momento, vengono anticipati:

- Indici: Flussi di cassa / Totale Attivo ; Patrimonio Netto / Totale Passivo ; Oneri Finanziari / Ricavi ;
- Ritardi nei Pagamenti degli stipendi dei dipendenti; Ritardi nel pagamento dei fornitori

eccedenti determinate soglie.

L'elenco tuttavia è destinato ad ampliarsi e a variare nel tempo; inoltre per le start-up innovative, PMI innovative, società in liquidazione e imprese costituite da meno di 2 anni saranno elaborati specifici indici.

L'impresa che, in base alle relative caratteristiche, ritiene **non adeguati tali indici**, ne indica le ragioni in Nota integrativa, riportando gli indici considerati idonei a far presumere lo stato di crisi. L'adeguatezza di tali indici deve essere certificata da un professionista indipendente, con una specifica attestazione da allegare alla Nota integrativa. L'attestazione produce effetti per l'esercizio successivo.

RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI

Con l'introduzione, da parte dell'art. 378, D.Lgs. n. 14/2019, del nuovo comma 6 all'art. 2476, C.c., si prevede che **i creditori delle srl possono proporre l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori** nel caso in cui il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei relativi crediti.

Inoltre è ora stabilito che:

- ✓ la rinuncia all'azione da parte della società non impedisce ai creditori sociali di proporre l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori;
- ✓ i creditori sociali possono impugnare la transazione esclusivamente con l'azione revocatoria, al verificarsi delle condizioni richieste.

Il provvedimento, a giudizio di chi scrive, avrà una portata rilevante nei futuri dissesti aziendali e gli amministratori dovranno tenerne conto, durante lo svolgimento della propria attività.

QUANTIFICAZIONE DEL DANNO

Gli amministratori, come previsto dall'art. 2486, C.c. sono responsabili nei confronti della società / soci / creditori sociali e terzi in caso di inosservanza dell'obbligo di gestione della società dopo il verificarsi di una causa di scioglimento ex art. 2484, C.c..

Ora, il nuovo comma 3 del citato art. 2486, introdotto dal predetto art. 378, individua un **criterio di quantificazione del danno risarcibile**.

Tale nuova previsione, come evidenziato nella citata Relazione, *“si fa carico di risolvere, anche in funzione deflattiva, il contrasto giurisprudenziale esistente in materia e l'obiettivo difficoltà di quantificare il danno in tutti i casi, nella pratica molto frequenti, in cui mancano le scritture contabili o le stesse sono state tenute in modo irregolare”*.

In particolare è previsto che, salva la prova di un ammontare diverso, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra:

✓ il patrimonio netto alla data di cessazione della carica di amministratore ovvero alla data di apertura di una procedura concorsuale;

e

✓ il patrimonio netto alla data in cui si è verificata la causa di scioglimento ex art. 2484, C.c., detratti i costi sostenuti e da sostenere, in base ad un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione.

Tali modifiche **entrano in vigore il 16.3.2019**.

NUOVI LIMITI DI NOMINA DELL'ORGANO DI CONTROLLO / REVISORE NELLE SRL

Il Decreto in esame **amplia le ipotesi in cui, nelle srl, sussiste l'obbligo di nomina dell'organo di controllo.**

Secondo il modificato art. 2477 Cod. civ.

"Sindaco e revisione legale dei conti.

L'atto costitutivo può prevedere, determinandone le competenze e i poteri, ivi compresa la revisione legale dei conti, la nomina di un organo di controllo o di un revisore. Se lo statuto non dispone diversamente, l'organo di controllo è costituito da un solo membro effettivo.

Il citato art. 379 prevede che le **srl e le società cooperative costituite al 16.3.2019**, al superamento dei nuovi limiti di cui al citato art. 2477 **"devono provvedere a nominare gli organi di controllo o il revisore e, se necessario, ad uniformare l'atto costitutivo e lo statuto ... entro nove mesi dalla predetta data"**.

In particolare, per effetto di quanto previsto dall'art. 379:

- è confermata la previsione del comma 1 del citato art. 2477, in base alla quale l'atto costitutivo può prevedere la nomina di un organo di controllo / revisore; qualora lo statuto non disponga diversamente, lo stesso è costituito da un solo membro effettivo;

- sono modificati (ridotti) i limiti stabiliti dal comma 3, al cui superamento scatta l'obbligo di nomina di tale organo. Di conseguenza, ora, la nomina dell'organo di controllo / revisore è obbligatoria se la società:

- ✓ è tenuta a redigere il bilancio consolidato;

- ✓ controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti;

- ✓ **ha superato per due esercizi consecutivi, almeno uno dei seguenti limiti:**

- **totale dell'attivo dello Stato patrimoniale** **€ 2.000.000**
- **ricavi delle vendite / prestazioni** **€ 2.000.000**

L'obbligo di nomina dell'organo di controllo / revisore cessa se per 3 esercizi (in precedenza, 2) non è superato alcuno dei predetti limiti.

I nuovi limiti assumono rilevanza anche per le società cooperative costituite in forma di srl.

Si evidenzia, inoltre, che in base alla nuova formulazione del citato art. 2477 è previsto che:

- se l'assemblea che approva il bilancio in cui vengono superati i limiti non provvede, entro 30 giorni, alla nomina dell'organo di controllo / revisore, la stessa è effettuata dal Tribunale oltre che su richiesta di qualsiasi interessato anche "**su segnalazione del conservatore del registro delle imprese**";
- alle srl sono applicabili le disposizioni dell'art. 2409, C.c. in materia di controllo giudiziario sulla gestione (anche se la società è priva dell'organo di controllo).

Di fatto viene normativamente riconosciuta anche in tali società la possibilità di denuncia dei soci al Tribunale delle violazioni degli amministratori che possono recare danno alla società.

Fino alla scadenza di tale termine (16.12.2019) restano valide le previgenti disposizioni dell'atto costitutivo / statuto, ancorché non conformi alle nuove previsioni.

L'adeguamento dello statuto sociale si rende necessario, ad esempio, nell'ipotesi in cui lo statuto non prevede alcunchè in termini di organo di controllo ovvero subordina la nomina al superamento dei limiti di cui art. 2435-bis, C.c., mentre non dovrebbe riguardare le società il cui statuto rinvia genericamente all'art. 2477, C.c.

È inoltre disposto che ai fini della prima applicazione dei nuovi limiti, è necessario avere riguardo ai **parametri dimensionali dei due esercizi antecedenti** al predetto termine, ossia **al 2017 e 2018**.

Nella Relazione illustrativa è precisato che "**il comma 3 fissa in nove mesi il termine entro il quale le società interessate all'evento dovranno provvedere alla compiuta costituzione degli organi di controllo. Un termine più ampio non garantirebbe il pieno funzionamento degli organi alla data di entrata in vigore della riforma**" 14.8.2020 e, soprattutto, **dei sistemi di allerta**". Da quanto sopra si potrebbe evincere che anche la nomina dell'organo di controllo possa intervenire entro dicembre 2019.

CONCLUSIONI

Nel giro di qualche mese, le aziende si troveranno ad operare in un ambiente nuovo e completamente diverso rispetto a quello precedente, un contesto in cui per l'attivazione di terze parti si potrebbero trovare in una procedura di "crisi assistita". Il meccanismo potrebbe addirittura essere anticipato dal "Rischio" crisi, secondo un loop vizioso per cui all'approssimarsi alla situazione di instabilità, i terzi, banche in primis, potrebbero anticipare la presa di distanza, facendo autoavverare il rischio.

I terzi d'altro canto, avranno tutto l'interesse ad attenzionare i soggetti con cui operano, al fine di evitare di trovarsi come controparte un soggetto in "procedura".

Per evitare questo, l'imprenditore dovrà adottare e implementare strumenti che permettano di:

- gestire in modo corretto e consapevole il proprio business e avere la esatta contezza della propria situazione economico-patrimoniale-finanziaria (e di come i terzi la percepiscono!);
- disporre di un modello oggettivo che renderà rappresentabile la propria situazione ai terzi, ai quali dovrà renderne conto, OCRI in primis. Non va dimenticato che, all'attivarsi della segnalazione, l'OCRI convocherà l'imprenditore il quale dovrà dare dimostrazione di una gestione consapevole della propria attività e della correttezza del proprio modello, in questo modo evitando l'attivarsi della procedura;
- poter provare, a posteriori, di aver correttamente gestito, ai fini di una difesa dalle richieste risarcitorie, in caso di successivo dissesto.

Senza trascurare la necessità *in primis* di disporre di una contabilità tenuta correttamente e aggiornata, gli strumenti di programmazione e controllo di cui l'imprenditore *dovrà* dotarsi sono:

1. Formalizzazione del modello organizzativo (adeguato);
2. Formalizzazione del proprio modello di business e della strategia (tramite strumenti quali il Business Model Canvas, il Business Design ed il Business Storytelling);
3. Business Plan (tre/cinque anni)
4. Strumenti (quantomeno minimali) di budget e controllo di gestione;
5. Analisi di bilancio per indici e Cruscotto di controllo.

Tali strumenti, peraltro, nascono e assumono rilevanza per supportare la gestione dell'azienda e sono guardati con particolare attenzione dagli istituti di credito al fine dell'assegnazione del rating, prima che per i motivi sopra delineati.

Rimanendo a disposizione per ogni chiarimento, porgiamo cordiali saluti.

Verona, 12.03.2019.

Lo Studio