MISURE E ASSETTI ORGANIZZATIVI ADEGUATI ALLA RILEVAZIONE TEMPESTIVA DELLA CRISI: LE NUOVE MODIFICHE AL CODICE DELLA CRISI

INTRODUZIONE

Il Consiglio dei Ministri, lo scorso 17 marzo 2022, ha approvato lo schema di decreto legislativo contenente le modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, al fine di recepire i contenuti della Direttiva (UE) 2019/1023 (c.d. Direttiva "Insolvency"), afferente i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione, le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione.

Tale Direttiva, infatti, tende a garantire nell'ambito della Comunità Europea una maggiore armonizzazione e coerenza delle disposizioni riguardanti le procedure in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza, esdebitazione e interdizioni inducendo gli Stati membri ad adottare procedure volte al risanamento precoce delle imprese evitandone l'insolvenza.

LE NOVITA' INTRODOTTE A MARZO 2022

Le principali novità introdotte dal CDM riguardano in sintesi:

1. l'abrogazione dell'istituto dell'allerta e composizione assistita della crisi, che viene integralmente

sostituito dalla composizione negoziata della crisi introdotta dal D.L. 24 agosto 2021, n. 118;

2. l'eliminazione di tutti gli indici e indicatori di crisi che costituivano il presupposto per l'attivazione delle procedure di allerta. Il complesso di tali indicatori viene, tuttavia, sostituito dall'introduzione di alcuni segnali di allarme che gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili dell'impresa di cui all'articolo 2086 del codice civile devono e3ssere in grado di monitorare per l'eventuale attivazione dei rimedi per il superamento della crisi. I segnali di allarme da tenere in debita considerazione sono:
    1. debiti per retribuzioni scaduti da almeno 30 giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
    2. debiti verso fornitori scaduti da almeno 90 giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
    3. esposizioni verso banche e intermediari scadute da più di 60 giorni che rappresentino almeno il 5% delle esposizioni;
    4. i ritardi nei pagamenti che determinano l'attivazione degli obblighi di segnalazione dei creditori pubblici qualificati;
3. modifiche al concordato preventivo, volte a rafforzare il ruolo dell'autonomia privata e a favorire la continuità aziendale quali:
    1. la semplificazione della fase di accesso alla procedura;
    2. il ruolo di controllo del Tribunale che viene limitato alla verifica della regolarità del procedimento e della non palese incapacità a raggiungere gli obiettivi del piano;
    3. le modifiche alle regole del voto;
4. l'introduzione del nuovo istituto del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, ovvero uno

strumento simile al concordato nel quale è tuttavia previsto l'obbligo di formazione delle classi e la necessità del voto favorevole di tutte le classi ai fini dell'omologazione del piano.

RIFLESSIONI SU ADEGUATI ASSETTI ORGANIZZATIVI E SEGNALI DI ALLARME

Ci pare interessante soffermarci sulla seconda delle novità sopra citate: gli adeguati assetti organizzativi e i segnali di allarme.

La volontà del legislatore, che attribuisce all'imprenditore il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, enfatizza l'adozione di strutture organizzative e strumenti volti a consentire l'identificazione, la misurazione, la gestione e il monitoraggio dei principali rischi attuali e prospettici dell'impresa. Il sistema di gestione dei rischi deve essere funzionale a mantenere gli stessi ad un livello accettabile e coerente con le disponibilità patrimoniali dell'impresa. La riforma ha enfatizzato sin dai suoi albori il ruolo prodromico e centrale della *governance* aziendale quale sistema integrato di gestione delle informazioni e delle scelte consequenziali da adottare a livello sia strategico che operativo come emerge dall'art. 2086 del Codice Civile, laddove introduce "*il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*".

Già ben prima della pandemia, la competizione indotta dai mercati globali e dall'accelerazione dell'innovazione tecnologica ha influenzato il contesto operativo delle imprese

di minore dimensione le c.d. PMI caratterizzate da assetti proprietari familiari poco inclini alla cultura del controllo e poco disponibili all'apertura del proprio capitale di rischio ad altri soggetti. Ciò ha comportato nel tempo lo sviluppo di un sistema imprenditoriale fortemente orientato al ricorso al debito finanziario, caratterizzato da sistemi di governance poco evoluti che hanno contribuito ad amplificare una fragilità organizzativa e finanziaria che pur in presenza di valide formule imprenditoriali, in un contesto drammatico quale quello indotto dalla pandemia accelera situazioni di crisi anche irreversibile. Sempre più occorre diffondere una cultura d'impresa che induca l'imprenditore a dotare la propria azienda di modelli di governance e di sistemi di controllo interni più adeguati ad affrontare le nuove complessità nonché garantire la prospettiva della continuità aziendale e gestire in modo integrato i rischi d'impresa e la creazione del valore economico. Non è sufficiente nel moderno contesto competitivo monitorare solo le condizioni economiche dell'azienda al termine dell'esercizio, occorre redigere situazioni prospettiche basate su valori attesi unitamente ad analisi che considerino su base probabilistica gli scostamenti non previsti (perdite inattese) monitorando costantemente le condizioni economico finanziarie prospettiche dell'impresa.

Da tutto ciò consegue che una gestione aziendale sana e consapevole implica una buona gestione dei rischi aziendali immanenti nel concetto d'impresa e funzionali alla realizzazione di rendimenti attesi soddisfacenti a remunerare le risorse investite. Assetti organizzativi adeguati sono importanti affinché un'impresa decida quale livello di rischio assumere consapevolmente per il successo e la creazione di valore. A volte, purtroppo, le imprese assumono rischi in aree dove non hanno competenze specifiche il che le conduce su strade pericolose per la sopravvivenza dell'impresa stessa. Un sistema di buona governance e ben funzionante per la gestione dei rischi (ERM) dovrebbe limitare o fornire copertura ai rischi "non *core*" al fine di non superare la "tolleranza al

rischio" a causa di inesperienze o condizioni avverse. La sottocapitalizzazione strutturale che caratterizza le PMI italiane ad esempio costituisce una forte limitazione all'assunzione di rischi che consentano di remunerare adeguatamente il capitale investito: se l'azienda assume troppo rischio, (oltre la sua tolleranza al rischio) qualora i rendimenti attesi non dovessero manifestarsi, potrà incorrere in perdite che erodono la capacità di assorbimento delle stesse e le riserve di liquidità, che indurranno ad occultare le perdite tra le poste del bilancio e a ricorrere a finanziamenti impropri da parte dei fornitori e dell'Erario fino ad arrivare al dissesto.

Occorre tenere in considerazione che il contesto della riforma introdotta con la Legge Delega n. 155/2017 si era sviluppato anche tenuto conto dell'impatto dei crediti deteriorati NPL- non performing loan cioè esposizioni verso soggetti che, a causa di un peggioramento della loro situazione economica e finanziaria, non sono in grado di adempiere in tutto o in parte alle proprie obbligazioni contrattuali) nella prospettiva dell'equilibrio del sistema bancario. È opportuno specificare che per crediti deteriorati si intendono le esposizioni rilevanti scadute da più di 90 giorni (*past due*) e/o le posizioni in cui si giudichi improbabile che il debitore, senza il ricorso all'escussione delle garanzie reali, adempia integralmente alle sue obbligazioni creditizie, indipendentemente dalla presenza di importo scaduto o dal numero di giorni di scaduto (*unlikely to pay*). In tal senso documenti rilevanti emanati dalla Banca Centrale Europea già nel Marzo 2017, erano volti a stimolare gli istituti bancari a porre particolare attenzione alle esposizioni considerate potenzialmente come di inadempienza probabile "*unlikely to pay*" e dunque ponendo specifica enfasi ad una cultura di "*early warning*", ovvero di precoce individuazione di segnali di allarme e di "*forward looking*" o anche di capacità prospettica di individuare future ed attese perdite. Questo denota come già ben prima della pandemia l'Autorità creditizia

competente del sistema bancario richiedesse agli istituti un'attenzione maggiore rispetto al passato alla precoce individuazione di segnali di allerta quale strumento di preservazione della continuità aziendale al fine di limitare il più possibile la presenza nei bilanci delle banche di esposizioni "critiche" come sopra definite. In tale ambito non possiamo non segnalare come l'entrata in vigore a far data dal 1 gennaio 2018 del principio IFRS 9 impatti significativamente sui sistemi di monitoraggio dei rischi d'insolvenza adottati dal sistema bancario tenuto conto che il principio ha rivoluzionato il modello di riconoscimento contabile delle perdite imponendo, in sostituzione di un criterio di "*incurred losses*" ovvero di imputazione contabile delle perdite solo al momento del "trigger event" cioè dell'emersione palese delle cause di deterioramento del credito, un riconoscimento progressivo e anticipatorio delle stesse sin dall'origine del credito sulla base di un criterio di "*expected losses*", ossia di perdite attese in chiave prospettica (*forward looking*) secondo la durata dello strumento finanziario.

COSA CAMBIA

Fatta questa premessa circa il concetto di adeguatezza degli assetti organizzativi e di gestione del rischio, torniamo alle novità introdotte dal CDM.

Lo scopo ultimo del decreto del CDM, che va a modificare l'art. 3 del D. lgs.14/2019, mira a istituire un sistema di prevenzione legale fondato su segnali precisi, prevedendo al contempo il ricorso ad uno strumento di composizione negoziata che consenta tempestivamente il superamento della situazione di difficoltà, prima che il suo aggravamento possa mettere a rischio la stessa continuità aziendale. Anche qualora la crisi fosse conclamata, sono privilegiate quelle soluzioni di composizione, anche assistita, che consentono la prosecuzione dell'attività d'impresa, a differenza dalla attuale legge fallimentare, dove la finalità prevalente del legislatore è

quella di tutelare il più possibile la equa soddisfazione di tutti i creditori (principio della *par conditio creditorum*) mediante la liquidazione coattiva e spesso poco efficace del patrimonio.

È stato integralmente sostituito l'art. 3 del D.lgs. n. 14/2019 che disciplina l'adeguatezza degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa o dell'insolvenza. L'art. 3 del Codice concerne infatti le misure che l'imprenditore deve predisporre al fine di individuare con sollecitudine lo stato di crisi e poter in tal modo mettere in campo tutti gli strumenti atti a fronteggiarlo. In particolare, all'imprenditore collettivo è richiesta l'istituzione di un assetto idoneo a rilevare prima e ad affrontare poi lo stato di crisi. La prima delle modifiche riguarda proprio la definizione di tale assetto, di cui si chiarisce che deve avere natura organizzativa, amministrativa e contabile, come peraltro già stabilito dall'art. 2086 c.c. esplicitamente richiamato nel comma 2 dell'art. 3 ed al quale pertanto lo stesso comma 2 opportunamente viene uniformato. L'art. 3, comma 1 e 2, riproduce la precedente formulazione della disposizione ante novella, visto che richiede all'imprenditore individuale e collettivo di adottare specifici comportamenti finalizzati non solo a riscontrare ma anche a reagire con tempestività allo stato di crisi.

L'art. 3, comma 3, descrive poi le caratteristiche delle misure e degli assetti organizzativi.

Si deve infatti trattare di strumenti che consentono di:

- rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;
- verificare la non sostenibilità dei debiti e l'assenza di prospettive di continuità aziendale per i 12 mesi

successivi ed i segnali di allarme;
- ricavare le informazioni necessarie a seguire la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento.

L'art. 3, comma 4, fornisce inoltre un elenco dei segnali di allarme vale a dire:

- l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno 30 giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno 90 giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- 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, purché rappresentino complessivamente il 5% del totale delle esposizioni;
- l'esistenza di una o più esposizioni debitorie previste dall'art. 25 novies, comma 1 (ritardi per versamenti di contributi previdenziali; debiti per premi assicurativi; debiti iva; crediti affidati per la riscossione).

Il legislatore ha pertanto non solo chiarito la funzione delle misure e degli assetti organizzativi, ma anche ha altresì espressamente esplicitato i segnali di allarme ritenuti più significativi rispetto ad una possibile situazione di difficoltà in cui può venirsi a trovare l'impresa.

CONCLUSIONI

Lo schema di decreto di recepimento della direttiva è attualmente all'esame delle competenti Commissioni di Camera e Senato per i pareri. Al fine di consentire la conclusione dell'iter normativo del decreto e di evitare problemi

intertemporali nell’applicazione delle norme, il decreto PNRR ha, pertanto, disposto il differimento dell’entrata in vigore del Codice al 15 luglio 2022. Contestualmente, lo stesso decreto PNRR ha abrogato la disposizione che rinviava al 31 dicembre 2023 l’entrata in vigore del Titolo II del Codice della crisi, allineandola a quella dell’intero Codice.

Francesca Novati (Senior Partner CA Restructuring)