

Crisi e insolvenza sono ancora risanabili

di **Raffaele Marcello**
e **Grazia Marcello**

LA NUOVA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI

Con il decreto legge recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa (D.L. 24 agosto 2021 n. 118) il legislatore interviene su due fronti: da un lato, proroga al 16 maggio 2022 l'entrata in vigore del Codice della crisi di impresa ed al 31 dicembre 2023 le misure sull'allerta ivi previste; dall'altro introduce ex novo l'istituto della "composizione negoziata" della crisi e del "concordato semplificato" per la liquidazione del patrimonio, che ampliano il novero degli strumenti concorsuali previsti dal nostro ordinamento, con il chiaro obiettivo di approntare un rimedio alternativo all'innovazione più significativa introdotta con il codice della crisi (le c.d. misure di allerta), divenuta rapidamente obsoleta per effetto della pandemia.

Il legislatore si è premurato, altresì, con la disciplina stabilita all'art. 17, di estendere l'ambito di applicazione della nuova composizione negoziata anche agli imprenditori commerciali e agricoli "che possiedono congiuntamente i requisiti di cui all'art. 1 l. fall.", ovvero le imprese sotto soglia (dunque l'"impresa minore" come definita dall'art. 2 del Codice della Crisi, oltre all'impresa agricola), con una procedura ulteriormente semplificata, da avviare con istanza di nomina dell'esperto da presentare all'OCC o al segretario della locale CCIAA unitamente ad una serie di documenti più contenuta rispetto a quella prevista per le imprese maggiori, ovvero:

- a) una dichiarazione circa la pendenza o meno di istanze di fallimento e una dichiarazione con la quale si attesta di non avere depositato ricorsi ai sensi degli artt. 161, 161, sesto comma, 182-bis e 182-bis, sesto comma L.F.;
- b) l'estratto della debitoria complessiva rilasciato da Agenzia Entrate – Riscossione;
- c) il certificato dei debiti contributivi, oppure, se non disponibile, il documento unico di regolarità contributiva;
- d) l'estratto delle informazioni presenti presso la Centrale Rischi gestita dalla Banca d'Italia, non anteriore di tre mesi rispetto alla presentazione dell'istanza.

Il legislatore prosegue, dunque, nell'opera volta ad uniformare le discipline tra procedure maggiori e minori, avviata con l'introduzione del "concordato minore" nel Codice della Crisi e le successive anticipazioni nella l. 3/2012, ogni qualvolta è ragionevole prevedere che con l'aiuto di un esperto si possa risanare l'impresa e garantire la continuità aziendale.

Figura centrale della nuova riforma è la "composizione negoziata" della crisi, un percorso ad esclusiva iniziativa del debitore in crisi, semplificato, riservato e di natura privatistica, tramite il quale un professionista specializzato nelle ristrutturazioni aziendali dovrebbe coadiuvare l'imprenditore nel superamento del proprio stato di crisi, ogni qualvolta sussistano concrete possibilità di risanamento dell'impresa.

Il presupposto della composizione negoziata della crisi è costituito dallo stato di crisi o di condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che può condurre all'insolvenza: è quindi del tutto naturale che la gestione dell'impresa durante il periodo delle trattative svolte dall'esper-

to sia improntata al mantenimento della sostenibilità economico-finanziaria dell'attività e che debbano essere evitati atti che possano pregiudicare tale sostenibilità (art. 9, comma 1), anche interrompendo l'attività nel caso in cui la sua prosecuzione accresca lo squilibrio senza corrispondenti vantaggi futuri. Fatta eccezione per quest'ipotesi, il rappresentante dell'impresa ne conserva la gestione ordinaria e straordinaria e gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività e nel prevalente interesse dei creditori, restando correlativamente ferma la sua responsabilità per gli atti compiuti, proprio in considerazione della conservazione dei poteri di gestione.

Com'è noto, la definizione di crisi è offerta dal codice della crisi (art. 2) per questa parte non ancora in vigore. Si tratta dello "stato di crisi o in condizioni di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate". L'art. 160 L. fall. non definisce lo stato di crisi, mentre la Direttiva 1023/2019 rinvia alla legislazione degli Stati membri (art. 2, par. 2) per la definizione sia dello stato d'insolvenza che della "probabilità d'insolvenza" che grosso modo possiamo ritenere coincida con la nozione di crisi.

Per evitare casi di abuso l'accesso alla composizione negoziata è precluso all'imprenditore in pendenza di accordo di ristrutturazione o di concordato preventivo, anche con riserva (art. 23 D.L.).

Nel nostro caso il decreto legge fa riferimento non soltanto allo squilibrio economico-finanziario, ma anche patrimoniale. Soprattutto il legislatore considera oltre alla probabilità d'insolvenza anche la probabilità di crisi, potremmo dire facendo riferimento alla nozione del codice della crisi, la "probabilità della probabilità d'insolvenza". In conclusione viene favorito l'accesso alla composizione negoziata in una fase assolu-

tamente preliminare, quando le possibilità di trovare una soluzione con i creditori sono più elevate. Si segue quindi una linea di politica legislativa che è conforme agli standard internazionali ed agli stessi principi cui è ispirato il codice della crisi.

Non viene però chiusa la porta neppure ai casi in cui la situazione è più severa, come testimonia il fatto che l'art. 2 del D.L. fa riferimento non soltanto alla probabilità di crisi, ma alla probabilità di insolvenza. L'art. 11, comma 3, del decreto legge prevede, inoltre, che all'esito delle trattative l'imprenditore possa accedere a tutte le procedure previste dalla legge fallimentare, ivi compreso il fallimento e l'amministrazione straordinaria.

■ LA CONTINUITÀ AZIENDALE

È evidente che, accanto al favor debitoris che permea le procedure di sovraindebitamento, il legislatore ha operato una scelta altrettanto netta in favore della continuità aziendale, ogni qualvolta la crisi involga l'imprenditore commerciale o agricolo, tenuto conto che anche la disciplina dell'art. 17, al pari di quanto previsto per le imprese commerciali maggiori, è dettata espressamente per le situazioni di crisi nelle quali risulti "ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa".

Nell'ambito delle definizioni di going concern proposte nella letteratura, si segnalano, in particolare, quelle che riconducono la continuità alla permanenza di condizioni di redditività, ovvero a prospettive reddituali e all'adeguatezza patrimoniale dell'impresa, il che equivale a procedere alla verifica dell'esistenza di condizioni di equilibrio aziendale sotto il profilo economico, patrimoniale e finanziario.

La condizione di continuità viene meno, pertanto, nel momento in cui l'impresa si trova in una situazione di squilibrio tendenzialmente irreversibile, senza possibilità o disponibilità da parte della proprietà o di terzi a favorirne il recupero.

Appaiono evidenti, dunque, i riflessi di natura contabile discendenti dall'accertamento della perdita di continuità aziendale, dal momento che è necessario abbandonare gli ordinari criteri di valutazione per adottare basi alternative (cosiddetti criteri di liquidazione o *dying concern*). In presenza, altresì, di dubbi (significativi) sulla capacità dell'impresa di continuare ad operare in un prevedibile futuro, determinati dalle condizioni gestionali, gli amministratori devono riflettere tali incertezze sia nell'informativa di bilancio, sia nella rappresentazione delle attività e delle passività aziendali, apportando adeguate e conseguenti rettifiche ai criteri di funzionamento (cosiddetti criteri di funzionamento adattati).

Tuttavia, in talune situazioni, il cambiamento della base valutativa non è del tutto automatico ancorché l'impresa sia in formale stato di liquidazione, come è il caso ad esempio dell'esercizio provvisorio, in conseguenza del quale, nonostante la liquidazione, l'attività prosegue, seppure temporaneamente e con l'obiettivo esclusivo di favorire il miglior realizzo del patrimonio aziendale. Di conseguenza i criteri di valutazione appaiono uguali a quelli previsti per il bilancio ordinario di esercizio, pur richiedendo un adattamento del sistema valutativo secondo una prospettiva liquidatoria.

In particolare, i principi contabili segnalano (OIC 29) che la presenza di fatti successivi alla data di chiusura del bilancio può "far venire meno, totalmente o parzialmente, il presupposto della continuità aziendale". Si tratta dell'ipotesi in cui gli amministratori manifestino, e motivino, l'intenzione di proporre la liquidazione della società o di cessare l'attività operativa e quello in cui sono le condizioni gestionali della società che fanno ritenere sia appropriato basarsi sul presupposto della continuità aziendale.

Ad ogni modo, a prescindere dal tipo di evento, la sussistenza di tali situazioni implica che "se il presupposto della continuità aziendale non risulta essere più appropriato

al momento della redazione del bilancio, è necessario che nelle valutazioni di bilancio si tenga conto degli effetti della mancanza di continuità aziendale".

L'art. 2423-bis comma 1 n. 1 c.c., in tema di principi di redazione del bilancio (in condizioni ordinarie), rileva che "la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività, nonché tenendo conto della funzione economica dell'elemento dell'attivo o del passivo considerato".

Da un punto di vista aziendalistico, un'impresa opera in un'ottica di continuità aziendale quando, attraverso la propria attività gestionale, appare in grado di:

- soddisfare le aspettative dei soci, conferenti di capitale, e dei prestatori di lavoro;
- mantenere un grado soddisfacente di economicità, conservando così l'equilibrio economico della gestione, inteso come capacità stessa dell'impresa di conseguire ricavi superiori ai costi di esercizio, in modo da consentire una congrua remunerazione per il capitale di rischio investito;
- mantenere l'equilibrio monetario della gestione, inteso come l'attitudine dell'azienda a preservare i prevedibili flussi di entrate monetarie con caratteristiche quantitative e temporali idonee a fronteggiare i deflussi di mezzi monetari, necessari per l'acquisizione di fattori di produzione, secondo le modalità indicate nei programmi di gestione.

A livello internazionale, il concetto della continuità aziendale è illustrato nello IAS 1, "Presentazione del bilancio" che al par. 25 dispone che, nel processo di redazione del bilancio, sia valutata la continuità aziendale, ossia la capacità dell'impresa di continuare ad operare come entità in funzionamento. È, quindi, lampante come la continuità aziendale è incompatibile con l'intenzione, o la necessità, di liquidare l'entità o interromperne l'attività.

Nella fase di predisposizione del bilan-

cio, è utile effettuare una valutazione della capacità di continuare a operare come un'entità in funzionamento. Il bilancio deve essere redatto nella prospettiva della continuazione dell'attività a meno che non si intenda liquidare l'entità o interromperne l'attività, o non si abbiano alternative realistiche a ciò. Qualora si sia a conoscenza, nel fare le proprie valutazioni, di significative incertezze per eventi o condizioni che possano comportare l'insorgere di seri dubbi sulla capacità di continuare a operare in funzionamento, tali incertezze devono essere distintamente evidenziate (par. 23 e 24).

Qualora il bilancio non sia redatto nella prospettiva della continuazione dell'attività, tale fatto deve essere indicato, unitamente ai criteri in base ai quali esso è stato redatto e alla ragione per cui l'entità non è considerata in funzionamento. Nel determinare se il presupposto della prospettiva della continuazione dell'attività è applicabile, bisogna tener conto di tutte le informazioni disponibili sul futuro, che è relativo ad almeno, ma non limitato, a dodici mesi dopo la data di riferimento del bilancio.

Il grado dell'analisi dipende dalle specifiche circostanze di ciascun caso (par. 26).

Se dalle analisi sulla sussistenza del presupposto della continuità aziendale in un futuro prevedibile emergessero significative incertezze, tali da rendere dubbia la continuità aziendale, gli amministratori dovrebbero indicarlo chiaramente nelle note al bilancio (par. 25).

In effetti, la valutazione del presupposto della continuità aziendale è un processo che spesso implica una attenta analisi delle informazioni scaturenti da diverse fonti qualitative e quantitative e che richiedono un'adeguata argomentazione nell'ambito della relazione sulla gestione e della Nota integrativa. In definitiva, perciò, l'informativa nelle note al bilancio assume una importanza fondamentale e costituisce un elemento di supporto al fine di valutare la coerenza dell'informativa stessa e le conclusioni raggiunte dagli amministratori circa l'appro-

priatezza del presupposto della continuità aziendale.

■ LA SEGNALAZIONE DELLE CONDIZIONI DI SQUILIBRIO DA PARTE DEGLI ORGANI DI CONTROLLO

In tale contesto i componenti dell'organo di controllo non potranno ritenersi esonerati dagli obblighi di monitoraggio in ordine alla rilevazione tempestiva della crisi e all'attivazione degli strumenti per farvi fronte, in relazione sia ai doveri già contemplati dal Codice civile, sia ad alcune specifiche previsioni introdotte dal Decreto Legge in commento.

Peculiare rilievo assume infatti l'art. 15 che impone all'organo di controllo di segnalare all'organo amministrativo l'esistenza di uno stato di crisi o di condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che la rendono probabile.

Rispetto al Codice della crisi la differenza è evidente: la sollecitazione dei sindaci si esaurisce nella sfera interorganica della società, con un accantonamento del ruolo di attivatori della procedura di composizione della crisi innanzi agli Ocri, che invece assegnava loro la riforma.

Ciò non significa che la posizione dell'organo di controllo sia meno centrale. Nell'ambito della composizione negoziata, l'organo di controllo, infatti, costituirà un referente privilegiato dell'esperto, con il quale si istituirà un flusso informativo biunivoco (artt. 5, comma 5 e 9, comma 3) e conserva un'importanza decisiva sin dalla fase della pre-crisi e, prima ancora, nella verifica della predisposizione di assetti adeguati. Infatti sin dal marzo 2019 la gestione di tutte le imprese che operano in forma collettiva o societaria impone l'istituzione di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato anche ai fini della tempestiva rilevazione della crisi e, ove tale rilevazione abbia luogo, una immediata attivazione di strumenti che consentano di conservare o

recuperare la continuità aziendale.

In questo modo il legislatore attua, in parte, il sistema degli early warning tools previsto dalla dall'art. 3 della Direttiva 1023/2019 consistenti in “uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio”. Il par. 3 della norma alla lettera c) tra le possibili esemplificazioni considera “incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi”. Il riferimento ai contabili nel testo italiano della Direttiva può essere inteso come diretto ai componenti dell'organo di controllo. L'art. 3 del decreto legge tiene presente quest'indicazione della Direttiva nel prevedere che sulla piattaforma telematica nazionale accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese sia disponibile:

- a) una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento;
- b) un test pratico, di autodiagnosi, per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento accessibile da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati.

Attraverso la lista di controllo particolareggiata ed il test pratico l'imprenditore e, eventualmente, i suoi consulenti saranno in grado di verificare quali risorse l'impresa possa destinare al servizio del debito nell'arco temporale relativo al tentativo di risanamento e quindi se vi siano le condizioni per il ripristino della continuità aziendale. Queste indicazioni saranno tanto più importanti quanto minori sono le dimensioni dell'impresa ed infatti l'art. 3, comma 2, del D.L. precisa che la lista di controllo deve essere “adeguata anche alle esigenze

delle micro, piccole e medie imprese”, che sono quelle che in genere hanno una struttura contabile insufficiente e non riescono a formulare un piano di tesoreria a sei mesi o ad un anno. Le simulazioni effettuate indicano un modello che non sia prescrittivo, ma piuttosto aiuti l'imprenditore a comprendere la situazione da cui parte e di cui occorre tener conto per la redazione del piano.

La norma impone all'organo di controllo un'attività preventiva, alla quale non sono particolarmente utili gli indici sulla crisi d'impresa. Qualora, ad esempio, si decidesse di utilizzare gli indici di allerta, emanati dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, in ottemperanza all'art. 13 del D.Lgs. 14/2019, si rischierebbe di effettuare una segnalazione tardiva. Questi indici, infatti, sono stati creati per delimitare la soglia del fumus decoctionis e segnalarne il suo superamento, mentre l'art. 15 del D.L. n. 118/2021 chiede espressamente all'organo di controllo una vigilanza preventiva, con segnalazione da effettuarsi prima che gli equilibri economici finanziari siano stati intaccati.

La presenza di fattori di crisi può essere evidenziata, per esempio, da una diminuzione del capitale circolante netto oppure da un rapporto fra i debiti dei terzi e il capitale proprio che sia superiore a 4; da una diminuzione della redditività, per esempio, da un trend decrescente del Roi, da un'incidenza superiore al 2% degli oneri finanziari sui ricavi oppure da un concomitante appesantimento della situazione finanziaria.

Altresì gli organi di controllo dovranno constatare l'eventuale esistenza di ulteriori fattori di crisi di carattere qualitativo: liti fra soci, perdita della soddisfazione della clientela, l'incapacità di innovare, ecc.

La presenza conclamata di una o più di queste situazioni, abbinata alla progressiva diminuzione della redditività aziendale, possono costituire elementi di particolare criticità tali da indurre l'organo di controllo ad intervenire.