



CONFINDUSTRIA

Audizione Parlamentare

COMMISSIONE GIUSTIZIA

SENATO DELLA REPUBBLICA

**SCHEMA DI DECRETO
LEGISLATIVO RECANTE CODICE
DELLA CRISI DI IMPRESA E
DELL'INSOLVENZA**

21 novembre 2018



CONFINDUSTRIA

***Schema di decreto legislativo
recante codice della crisi di
impresa e dell'insolvenza***

A cura di: Antonio Matonti
Direttore Area Affari Legislativi

CONFINDUSTRIA

Illustre Presidente, Onorevoli Senatori,

grazie per l'invito a questa Audizione, che ci consente di condividere alcune riflessioni sullo Schema di Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (di seguito: lo Schema).

La riforma interviene su uno snodo cruciale della regolazione economica, motivo per cui Confindustria l'ha seguita con molta attenzione fin dalle battute iniziali, prendendo parte ai lavori di due Commissioni ministeriali dedicate al tema.

La nostra valutazione d'insieme è favorevole, per due ordini di ragioni.

Il primo è che la disciplina fallimentare italiana appare disorganica e datata, se solo si considera che il suo impianto di fondo risale al 1942. Il secondo attiene al fatto che, proprio a seguito delle ripetute modifiche subite nel corso del tempo, essa risente di un'impostazione che, nonostante alcuni correttivi, appare poco attenta alle ragioni del credito e della leale concorrenza.

Infatti, nel costante e necessario bilanciamento tra i valori della continuità delle imprese in difficoltà e della tutela dei creditori, negli ultimi 15 anni il Legislatore ha spesso privilegiato i primi. Ciò ha provocato distorsioni significative, specie in anni recenti.

In questo contesto, la riforma fa registrare due novità di rilievo: marginalizza lo strumento del concordato liquidatorio e punta a facilitare l'emersione anticipata della crisi, anche attraverso l'introduzione delle procedure di allerta.

Quanto a queste ultime, Confindustria non le ha osteggiate in via di principio, ma ha sempre richiamato la doverosa attenzione sul necessario equilibrio nella concreta declinazione normativa. Ciò in quanto un'allerta dai caratteri "inquisitori" avrebbe effetti molto negativi sulla struttura del nostro tessuto produttivo, fatta in prevalenza da PMI. Non solo, ma occorre anche minimizzare il rischio dei cd. "falsi positivi", vale a dire evitare che l'allerta induca la crisi d'impresa quando in realtà essa non c'è, confondendo criticità transitorie con situazioni di insolvenza probabile.

Anche per questo, apprezziamo la scelta di accompagnare il disegno di riforma con una adeguata ***vacatio legis di 18 mesi***, che sarà molto utile per calibrare con attenzione sia gli indicatori della crisi, sia i presupposti per l'attivazione dei creditori pubblici qualificati.

Inoltre, un adeguato periodo transitorio è essenziale per le inevitabili esigenze di adattamento da parte degli operatori economici, chiamati ad adeguare i propri assetti organizzativi alle nuove norme, nonché per ragioni di coordinamento, principalmente tra la disciplina fallimentare e quella in tema di contratti pubblici. Peraltro, va considerata la Proposta di Direttiva cd. *insolvency*, proposta il cui *iter* di approvazione è in fase avanzata e alla quale saremo chiamati ad adeguarci nei prossimi mesi.

In questo senso, è particolarmente utile l'avvio del dibattito sulla Proposta di legge a firma dei Sen. Patuanelli e Romeo, che delega il Governo ad adottare i decreti integrativi e correttivi entro due anni dell'entrata in vigore della riforma fallimentare.

Di seguito, si svolgono alcune osservazioni puntuali in ordine a tre temi di prioritario interesse: procedure di allerta e composizione assistita della crisi; ampliamento dei casi di nomina obbligatoria dell'organo di controllo interno nelle Srl e concordato preventivo

Procedure di allerta e composizione assistita della crisi

Con riferimento a questo nuovo istituto, si ritiene anzitutto utile circoscriverne l'**ambito di applicazione**, dal quale lo Schema esclude già le società con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico in misura rilevante (art. 12, co. 4). Tanto più se si considera l'esclusione dei gruppi di imprese di dimensione rilevante, sarebbe opportuno riservare lo stesso trattamento previsto per le società c.d. *aperte* anche alle controllate che rientrano nel rispettivo perimetro del consolidamento.

Allo stesso modo, sarebbe opportuno sottrarre all'allerta le società che emettono azioni e altri strumenti finanziari quotati in mercati non regolamentati, in quanto queste ultime, al pari delle quotate (già considerate dalla norma), sono sottoposte a verifiche e controlli da parte di operatori di mercato e investitori che ne attestano la capacità di essere solvibili.

Tra i profili di maggior delicatezza, sono senz'altro da annoverare gli **indici** che fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno **stato di crisi** dell'impresa.

A questo fine, lo Schema qualifica come significativi i rapporti tra: flusso di cassa e attivo; patrimonio netto e passivo; oneri finanziari e ricavi (art. 13, co. 1). Nella premessa che tali rapporti sono funzionali all'emersione tempestiva della crisi, nonché a qualificare come tale l'iniziativa del debitore ai fini del riconoscimento delle misure premiali, gli stessi necessitano di alcuni correttivi puntuali. In particolare:

- *flusso di cassa/attivo*: l'indicatore intende misurare l'adeguatezza dei flussi di cassa e con ciò la capacità dell'impresa di sostenere l'esposizione debitoria. Tuttavia, il rapporto tra flussi di cassa e attivo rischia di condurre a esiti anomali. L'attivo, infatti, è una grandezza che ricomprende *surplus asset* e disponibilità liquide utilizzabili per sostenere il debito indipendentemente dai flussi di cassa. L'anomalia può essere agevolmente percepita se si considera che il rapporto è, di conseguenza, l'indicatore peggiora quanto più aumentano le risorse disponibili iscritte all'attivo. Pertanto, il denominatore costituito dall'attivo dovrebbe essere sostituito con l'indebitamento finanziario netto, intendendo per tale il totale delle poste passive di natura finanziaria (debiti finanziari e titoli di debito emessi) al netto delle disponibilità liquide e delle altre attività finanziarie presenti nell'attivo. Il rapporto dovrebbe essere, quindi, tra *flussi di cassa e indebitamento finanziario netto*;
- *patrimonio netto/passivo*: l'indicatore intende richiamare un indice tipico *i.e.* il rapporto tra *equity* e debito, il cui impiego è molto diffuso per misurare la leva finanziaria e cioè il grado di indebitamento dell'impresa. In tale indice, però, per *debito* comunemente s'intende il solo indebitamento finanziario netto e non il debito complessivo dell'impresa. In caso contrario, infatti, si finirebbe per considerare anche i fondi e il debito commerciale corrente, alterando la misurazione. Pertanto il denominatore costituito dal passivo dovrebbe essere sostituito con l'indebitamento finanziario netto, per cui il rapporto dovrebbe essere tra *patrimonio netto e indebitamento finanziario netto*;
- *oneri finanziari/ricavi*: l'indicatore punta a misurare la redditività dell'impresa che deve essere tale da sostenere il costo del debito. A tal fine, tuttavia, i ricavi non sono una grandezza rilevante e andrebbero sostituiti con il margine operativo lordo, che esprime il risultato lordo della gestione caratteristica dato dai ricavi al netto dei costi operativi, escludendo quindi oneri e interessi finanziari (gestione finanziaria), tasse (gestione

fiscale), accantonamenti, ammortamenti e svalutazioni. Pertanto il denominatore costituito dai ricavi dovrebbe essere sostituito con il margine operativo lordo, per cui il rapporto dovrebbe essere tra *oneri finanziari e margine operativo lordo*.

In altre parole, occorrerebbe menzionare, anche con una formulazione più ampia, gli indici che confrontano l'indebitamento finanziario con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare, gli oneri finanziari con la marginalità dell'impresa e i mezzi propri con quelli di terzi. Inoltre, è essenziale che il CNDCEC, deputato a elaborare gli indici rilevanti (art. 13, co. 2), nell'assolvere tale compito non sia necessariamente vincolato a quelli richiamati ma possa ricorrere ad ulteriori rapporti ritenuti più efficaci, sfruttando l'intero patrimonio informativo di cui il debitore e gli organi di controllo dispongono.

Si è già menzionata, poi, l'importanza degli indici al fine di poter considerare l'**iniziativa** del debitore come **tempestiva**. In proposito, appare eccessivo prevedere la verifica del superamento dei predetti indici con cadenze mensili (art. 24, co. 1, let. c). Gli stessi, infatti, non potranno che essere calcolati in sede di redazione del bilancio e, pertanto, a nostro avviso sarebbe sufficiente il richiamo all'ultimo bilancio approvato, al fine di evitare ingiustificati oneri a carico delle imprese, specie di piccola e media dimensione.

La tempestività dell'iniziativa è funzionale al riconoscimento delle **misure premiali** (art. 25), che, tuttavia, appaiono scarse e, quindi, di dubbia efficacia. Pertanto, considerato anche lo stato di difficoltà finanziarie in cui vertono le imprese interessate, occorrerebbe rafforzare i benefici riconosciuti mediante la previsione dello stralcio integrale di interessi di mora e sanzioni per debiti tributari.

Parimenti delicato è il ruolo in questa sede attribuito ai c.d. **creditori pubblici**, vale a dire Agenzia delle Entrate, INPS e agente della riscossione.

In particolare, vengono individuate le **esposizioni debitorie di importo rilevante** a fronte delle quali i creditori pubblici qualificati hanno l'obbligo di effettuare la segnalazione all'organismo di composizione della crisi d'impresa (art. 15, co. 2).

In proposito, lo Schema ha fatto registrare un importante passo in avanti ritoccando al rialzo le soglie di rilevanza che, nelle precedenti bozze, si attestavano su livelli eccessivamente bassi, col rischio di provocare un cortocircuito, colto anche nella Relazione illustrativa: far intercettare un numero eccessivamente elevato di imprese, per molte delle quali l'omesso pagamento di imposte e contributi non rappresenta il segnale di un'incipiente crisi, ma un ritardato pagamento fisiologico. Con l'ulteriore conseguenza, non solo di mettere i creditori qualificati di fronte a un numero ingestibile di segnalazioni, ma altresì di ingolfare indebitamente i lavori dell'organismo di composizione della crisi.

Pertanto, si sottolinea la necessità non solo di salvaguardare questa impostazione, ma di effettuare ulteriori verifiche e simulazioni in ordine alle richiamate soglie durante il periodo di *vacatio legis*, anche avvalendosi del confronto con le categorie economiche interessate e del supporto di stime ed elaborazioni dedicate.

Allo stesso modo, deve essere salvaguardato il meccanismo di sterilizzazione della segnalazione a fronte di **crediti verso le pubbliche amministrazioni** (art. 15, co. 5), che è da ritenersi determinate ai fini della tenuta complessiva del sistema, in quanto punta a evitare ulteriori conseguenze pregiudizievoli derivanti dai ritardati pagamenti delle amministrazioni medesime.

In particolare, tale meccanismo si attiva se il debitore documenta di essere titolare di crediti verso la PA risultanti dalla piattaforma per la gestione telematica del rilascio delle certificazioni del MEF, per un ammontare complessivo non inferiore alla metà del debito verso il creditore pubblico qualificato. In proposito, la Relazione illustrativa chiarisce che i creditori pubblici qualificati sono esonerati dall'obbligo di segnalazione se il debitore fornisce prova documentale dei predetti crediti.

Per assicurare il corretto funzionamento del meccanismo appena richiamato, sarebbe opportuno specificare che potrà valere, non solo la certificazione dei crediti rilasciata dalla Piattaforma MEF, ma anche quella di altre piattaforme istituite a livello regionale, che attestino l'esistenza dei crediti delle imprese verso le PA.

Ciò per evitare di escludere crediti comunque esistenti.

Tanto più che la misura va letta in combinato con la previsione - cui sarebbe opportuno fare espresso richiamo - che dispone l'archiviazione delle segnalazioni ricevute quando l'organo di controllo o, in sua mancanza, un professionista indipendente, attesti l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali sono decorsi novanta giorni dalla messa in mora, per un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie (art. 18, co. 3).

In tal modo, come chiarisce la Relazione, i sindaci o il professionista - assumendosene la responsabilità - potranno attestare anche l'esistenza di crediti non definitivamente accertati, quando, ad esempio, gli ostacoli all'accertamento e al pagamento siano di ordine meramente formale o derivino da contestazioni pretestuose o limitate solo a una parte dell'importo che l'imprenditore assume essergli dovuto.

Nomina obbligatoria degli organi di controllo interno nelle Srl

Il ruolo attribuito ai creditori pubblici qualificati in seno alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi rende fortemente discutibile la previsione, contenuta già nella legge delega, che rende obbligatoria la nomina degli organi di controllo interno nelle Srl al superamento di uno dei tre seguenti limiti quantitativi - totale attivo patrimoniale e ricavi pari a 2 milioni di euro e dipendenti occupati in media pari a 10 unità (art. 378, co. 1) .

È noto che, a giudizio di Confindustria, una simile estensione poteva giustificarsi solo in assenza della legittimazione alla segnalazione in capo ai creditori pubblici, poiché in questo caso l'allerta sarebbe stata incentrata sui presidi endosocietari e, dunque, un rafforzamento degli stessi sarebbe stato ragionevole.

Peraltro, le modalità con cui tale estensione è stata concepita (già in sede di legge delega) appaiono esorbitanti, dal punto di vista delle PMI: uno degli effetti paradossali è che saranno tenute alla nomina dell'organo di controllo interno anche le imprese con 11 dipendenti, a prescindere da qualunque valutazioni in ordine al fatturato o all'attivo patrimoniale.

Pertanto, occorrerebbe recuperare dall'attuale assetto delineato dal codice civile (art. 2435-*bis*) quantomeno il criterio del cumulo delle soglie, facendo scattare l'obbligo al superamento di almeno due di esse (e non di una sola).

Si tratta di un correttivo pienamente rispondente a una logica di proporzionalità ed equilibrio, al pari di quello già apportato dallo Schema che prevede la cessazione dell'obbligo se i limiti quantitativi non vengono superati per due esercizi consecutivi (e non per tre).

Resta inteso che le soglie individuate andrebbero innalzate, sempre in linea con l'attuale assetto codicistico, in quanto fissate, con tutta evidenza, a un livello eccessivamente basso, in particolare quella riferita ai dipendenti.

Concordato preventivo

A fronte della sostanziale e condivisibile marginalizzazione del concordato liquidatorio, con la Riforma il concordato con continuità aziendale è destinato a diventare la modalità "ordinaria" di utilizzo dello strumento.

Non si può trascurare, però, che la prassi applicativa evidenzia alcune distorsioni legate, tra l'altro, alla consecuzione - anche a breve distanza di tempo - tra concordato in continuità e istanza di fallimento, talché stanno aumentando le istanze - anche nel mondo imprenditoriale - di quanti invocano una soglia di soddisfazione minima dei creditori chirografari anche nelle ipotesi di continuità.

Proprio per questo, occorre rispondere all'esigenza di presidi rigorosi a garanzia sia della serietà delle iniziative di continuità aziendale, sia dell'effettiva esecuzione dei concordati omologati.

Con riferimento al primo profilo, si evidenzia che, ai fini della continuità indiretta, lo Schema richiede il mantenimento o la riassunzione di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso per i successivi due anni (art. 84, co. 2).

In effetti, l'ampliamento dell'operatività del concordato con continuità e, in particolare, della **continuità indiretta**, fino ad ammettere un contratto di affitto stipulato anteriormente alla presentazione del ricorso, pone la necessità di arginare comportamenti opportunistici.

A tal fine, il criterio occupazionale può rappresentare una soluzione percorribile, nella consapevolezza che, da questo punto di vista, la disciplina delle procedure concorsuali sia debitamente coordinata con quella giuslavoristica, in quanto, come emerge peraltro dal successivo articolo 191, occorre considerare gli effetti del trasferimento d'azienda sui rapporti di lavoro.

Anche in ragione di ciò, potrebbe essere opportuno limitare a un anno, in luogo che a due, la durata del vincolo del mantenimento dei lavoratori. Diversamente, si potrebbero disincentivare eventuali interventi di imprese subentranti, tanto più se si considera che tale vincolo potrà valere anche per operazioni di subentro concluse prima del deposito della domanda di accesso alla procedura.

Inoltre, nel contemplare la figura del **concordato misto** - fattispecie nella quale il piano prevede sia la continuazione dell'attività, sia la liquidazione dei beni non funzionali alla stessa - le nuove norme richiedono di soddisfare i creditori in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità; questa prevalenza viene considerata sempre

sussistente quando i ricavi attesi per i primi due anni derivano da un'attività aziendale alla quale sono addetti almeno la metà dei lavoratori impiegati al momento del deposito del ricorso (art. 84, co. 3).

Quanto sopra va inquadrato nel problema della disciplina applicabile - quella del concordato con continuità o liquidatorio - problema rilevante se si considera la previsione, opportunamente confermata dallo Schema, della percentuale minima di pagamento dei creditori chirografari nella misura del 20% ai fini dell'ammissione al concordato liquidatorio.

Al riguardo, il relativo criterio della legge delega richiede che i creditori vengano soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale (art. 6, co. 1, let. i), n. 2). La mera lettura di tale criterio farebbe pensare a una comparazione tra i flussi di cassa percepibili dalla liquidazione dei beni non funzionali e quelli ricavabili dalla continuità aziendale. Tuttavia, se così fosse, si rischierebbe di deprimere la funzione del concordato con continuità, che è tale laddove consenta di superare la crisi mantenendo l'azienda sul mercato, obiettivo cui non sono estranee operazioni di dismissione di cespiti non essenziali.

Pertanto, pur comprendendosi la *ratio* della previsione contenuta nello Schema, essa andrebbe meglio circoscritta.

In particolare, il richiamo al requisito occupazionale dovrebbe tradursi non in una presunzione assoluta, ma relativa, facendo leva sul criterio di delega che richiede una "*valutazione in concreto del piano*". In altre parole, dovrebbe spettare al giudice procedere a una valutazione complessiva per predicare la prevalenza della continuità aziendale, tenendo conto di profili quantitativi e funzionali. Peraltro, ciò sarebbe coerente con la previsione che restituisce proprio al giudice la valutazione sulla fattibilità economica del piano.

Per quanto concerne il profilo dell'**esecuzione**, lo Schema attribuisce ai creditori che hanno presentato la proposta concorrente la legittimazione a denunciare ritardi o omissioni del debitore mediante ricorso - notificato anche al commissario giudiziale - al tribunale, cui chiedere di attribuire al commissario giudiziale medesimo i poteri necessari a provvedere o di revocare l'organo amministrativo, in caso di società, nominando un amministratore giudiziario (art. 118, co. 5).

In primo luogo, questa legittimazione potrebbe essere riconosciuta non solo ai creditori che hanno presentato la proposta concorrente ma a tutti i creditori, dal momento che subiscono i ritardi o le omissioni del debitore.

In secondo luogo, occorre valutare se, anche da un punto di vista procedurale, sia opportuno impennare il meccanismo sul commissario giudiziale. Infatti, come appena evidenziato, la norma attualmente prevede una denuncia direttamente al tribunale, con contestuale notifica del ricorso al commissario giudiziale. In tal modo, l'attivazione del tribunale appare più celere e immediata ma anche più onerosa per i creditori, tenuti a istruire un vero e proprio ricorso da far pervenire al tribunale medesimo e notificare a debitore e commissario giudiziale.

In una logica di semplificazione, si potrebbe allora prevedere che i creditori facciano la loro segnalazione - meno onerosa rispetto al ricorso - al commissario giudiziale e che, a

sua volta, quest'ultimo, rilevati i ritardi e le omissioni del debitore, ne informa senza indugio il tribunale.

Ciò peraltro sarebbe in linea con la facoltà riconosciuta al commissario giudiziale di richiedere la risoluzione su istanza di un creditore (art. 119, co. 1). Una simile previsione si presenta coerente con i principi generali dell'ordinamento civile, in senso al quale la risoluzione è un rimedio per sciogliere il rapporto contrattuale rimesso alle parti di tale rapporto; essa appare anche utile a instaurare quella dialettica tra creditori e commissario giudiziale che dovrebbe conferire una maggiore serietà e solidità alla fase dell'esecuzione.

Inoltre, ai fini della risoluzione, lo Schema prevede che l'inadempimento sia di non scarsa importanza (art. 119, co. 3).

La *ratio* della norma è chiara; tuttavia, con l'allargamento delle maglie regolamentari del concordato con continuità, la fase dell'esecuzione diviene cruciale e dovrebbe essere adeguatamente presidiata. Al riguardo, appaiono senz'altro utili i criteri di effettività e prevalenza sopra evidenziati, ma sarebbe utile poter disporre di ulteriori strumenti in sede di esecuzione e, in particolare, specificare il concetto di "importanza" dell'inadempimento, facendo riferimento al mancato rispetto della maggior parte delle scadenze stabilite nel piano/proposta o al mancato pagamento di una certa soglia di importi dovuti ai creditori.