

IL NUOVO CODICE DELLA CRISI E L'IMPATTO IMMEDIATO SU ASSETTI ORGANIZZATIVI E SU ORGANI DI AMMINISTRAZIONE E CONTROLLO DI SOCIETÀ (CON LE NOVITÀ DEL C.D. 'SBLOCCA CANTIERI')

Date: 8 July 2019

Litigation and Dispute Resolution Alert

By: Andrea Campana

Dopo qualche anno di gestazione, con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 ha visto la luce il nuovissimo 'Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza' (il "*Codice della Crisi*"), con il quale il Legislatore - con l'intento di ammodernare la materia fallimentare e riordinare un quadro normativo 'frastagliato' - ha inteso operare un riassetto organico della disciplina della crisi d'impresa.

Molte sono le interessanti novità: (i) il potenziamento dei principali strumenti alternativi di risoluzione della crisi (concordato preventivo e accordo di ristrutturazione), (ii) la trasformazione del fallimento in una più 'snella' procedura di liquidazione giudiziale, (iii) una prima disciplina dell'insolvenza di gruppo e (iv) l'introduzione di appositi strumenti di allerta mirati ad una precoce emersione dello stato di crisi. Tutte novità che entreranno in vigore solo a far data dal 15 agosto 2020 e che, tuttavia, richiederanno (particolarmente l'ultima, quella sull'allerta) un'attività preparatoria immediata e non banale da parte di imprenditori e società, per 'stimolare' la quale il Legislatore ha previsto un set di modifiche al codice civile che sono entrate in vigore già lo scorso 16 marzo 2019 e che hanno il fine di mettere tali soggetti nelle migliori condizioni possibili per prevenire e affrontare il sopravvenire di una crisi.

Tali ultime modifiche sono suscettibili di influenzare profondamente gli assetti organizzativi di moltissime società, dalle più grandi alle più piccole, nonché i doveri e le responsabilità degli organi di amministrazione e controllo. Per tale ragione pare interessante offrire una sintetica panoramica delle novità più rilevanti e alcuni minimi spunti per adeguarsi alle stesse.

1. IL DOVERE DI CURARE L'ADEGUATEZZA DEGLI ASSETTI E L'ACCRESCIUTA ATTENZIONE PER I MODELLI ORGANIZZATIVI

1.1. Prima rilevante modifica riguarda un rilevante ampliamento del dovere degli amministratori di curare l'adeguatezza degli assetti organizzativi d'impresa. In particolare, l'art. 375 Codice della Crisi dispone l'aggiunta di un secondo comma all'art. 2086 cod. civ. del seguente letterale tenore:

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 il recupero della continuità aziendale.

Per effetto dell'art. 377 Codice della Crisi, inoltre, un richiamo a tale nuova norma viene aggiunto anche agli artt. 2257, comma 1, 2380-bis, comma 1, 2409-novies, comma 1, e 2381, comma 1, cod. civ.; sicché il dovere di istituire e curare un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato risulta ora applicabile tanto all'imprenditore individuale, quanto alle società, siano esse di persone [1], di capitali o cooperative [2].

Similare dovere - tipico delle società quotate o di banche e intermediari finanziari - era già stato introdotto sin dalla riforma del diritto societario del 2003 anche per le società per azioni di diritto comune (artt. 2381, commi 3 e 5, e 2403, comma 1, cod. civ.) nell'ambito delle quali: (i) gli amministratori con deleghe «*curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale*», (ii) il consiglio di amministrazione nel suo complesso «*valuta l'adeguatezza*» di detto assetto e (iii) il collegio sindacale «*vigila ... sul concreto funzionamento*» dello stesso. Ora tale dovere diviene clausola generale che deve informare l'agire di qualsiasi imprenditore commerciale, piccolo, medio o grande, organizzato in forma societaria e non.

1.2. Quale sia l'impatto pratico di tale novità è intuibile osservando la recente prassi operativa. La tendenza potrà essere quella di istituire funzioni interne e presidi simili a quelli delle società quotate, proporzionati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, magari con specifica attenzione alle aree di maggior rischio in cui opera l'impresa e con un accentuarsi della procedimentalizzazione dell'attività aziendale.

Così sarà probabile assistere in futuro al diffondersi, anche nelle cosiddette piccole e medie imprese, di funzioni interne quali il *compliance & risk officer*, l'*internal audit* o vari comitati interni (*in primis* quello di controllo sugli aspetti contabili); i quali si occuperanno di affiancare gli organi di amministrazione e controllo non solo nella gestione di doveri regolatori progressivamente crescenti (es. in materia *antitrust*, di sicurezza sul lavoro, ambientale, *privacy*, etc.), ma anche nel rispetto della 'nuova' regola sull'adeguatezza degli assetti, mediante l'elaborazione di procedure operative per ogni area aziendale e di flussi informativi costanti da mettere periodicamente a disposizione delle figure apicali.

1.3. In tale quadro, è prevedibile divenga sempre più importante per l'imprenditore munirsi di modelli organizzativi e procedure interne mirati a presidiare le aree di maggior rischio aziendale, modelli tra cui già oggi spicca quello idoneo a prevenire i reati d'impresa ex d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

Ciò tanto più alla luce del disegno di legge n. 726 presentato al Senato il 30 luglio 2018, oggi assegnato alla seconda Commissione (Giustizia), con il quale si propone di: (i) rendere obbligatoria l'adozione del c.d. 'modello 231' (e il deposito della delibera consiliare di adozione presso il Registro delle Imprese) per tutte le società di

capitali, cooperative e consortili che negli ultimi tre esercizi abbiano riportato un attivo patrimoniale non inferiore a Euro 4,4 milioni o ricavi non inferiori a Euro 8,8 milioni; (ii) rendere obbligatoria l'adozione del suddetto modello (e deposito di relativa delibera) anche per tutte le società che controllano una delle società di cui al punto precedente; (iii) sanzionare con una multa da Euro 200 mila l'anno (riducibile a Euro 50 mila l'anno in caso di 'ravvedimento operoso') le società che non rispettino i suddetti obblighi o, pur munite di 'modello 231', non nominino l'Organismo di Vigilanza.

2. IL POTENZIAMENTO DEI CONTROLLI INTERNI: L'ESTENSIONE DEL DOVERE DI NOMINARE IL COLLEGIO SINDACALE (O IL REVISORE) IN S.R.L. E COOPERATIVE E L'ESTENSIONE DELLA DENUNZIA AL TRIBUNALE EX ART. 2409 COD. CIV.

2.1. Seconda rilevante modifica è il potenziamento dei controlli interni nelle società più diffuse nel panorama imprenditoriale italiano, le società a responsabilità limitata. E così in un primo momento l'art. 379, comma 1, Codice della Crisi modifica la lettera c) del comma 2 dell'art. 2477 cod. civ. nel senso di rendere obbligatoria la nomina del collegio sindacale (o del revisore) nella società a responsabilità limitata che:

... ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 2 milioni di euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 2 milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 10 unità.

In altri termini, rispetto alla normativa precedente, tale nuova previsione aveva abbassato: (i) da Euro 4,4 milioni a Euro 2 milioni il limite del totale dell'attivo dello stato patrimoniale; (ii) da Euro 8,8 milioni a Euro 2 milione il limite dei ricavi; e (iii) da 50 a 10 il limite dei dipendenti occupati.

A far scattare l'obbligo di nomina, peraltro, è sufficiente il superamento di uno solo di tali limiti dimensionali (contro l'attuale necessità di superarne almeno due contemporaneamente), mentre affinché tale obbligo cessi sarà necessario che i suddetti limiti non siano superati per almeno tre esercizi consecutivi (contro gli attuali due).

Secondo le iniziali stime di Banca d'Italia, considerata anche la diffusione della società a responsabilità limitata in Italia, tale novità inizialmente avrebbe potuto interessare oltre centoquarantamila società a responsabilità limitata. Forse per tale ragione, con l'art. 2-bis del D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (il c.d. decreto 'Sblocca Cantieri', convertito con L. 14 giugno 2019, n. 55, entrata in vigore il 18 giugno 2019), il Legislatore ha ritenuto di modificare nuovamente l'art. 2477, comma 2, lett. c), cod. civ., innalzando le soglie drasticamente abbassate dall'art. 379, comma 1, Codice della Crisi nel senso di rendere obbligatoria la nomina del collegio sindacale (o del revisore) per quella società a responsabilità limitata che:

... ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato

patrimoniale: 4 milioni di euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 4 milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 20 unità.

La nomina del collegio sindacale (o del revisore), a norma del nuovo art. 2477, comma 5, cod. civ., va fatta entro trenta giorni dall'approvazione del bilancio che certifica il superamento dei suddetti limiti per due esercizi consecutivi; a norma del nuovo art. 2477, comma 3, cod. civ., inoltre, l'obbligo di nomina degli organi in questione viene meno «quando, per tre esercizi consecutivi, non è superato alcuno dei predetti limiti».

Tali norme paiono di agevole applicazione con riguardo alle società costituite dopo l'entrata in vigore delle norme stesse. Per le società già esistenti, invece, soccorre l'art. 379, comma 4, Codice della Crisi, precisando che le stesse - ove già abbiano superato i predetti limiti per due esercizi consecutivi - dovranno provvedere alle nomine (e ad uniformare atto costitutivo e statuto) entro nove mesi dall'entrata in vigore del Codice della Crisi stesso, ovvero al più tardi entro il 14 dicembre 2019.

2.2. In secondo luogo, è stato potenziato anche lo strumento della denuncia al tribunale ex art. 2409 cod. civ., cui - secondo quanto previsto dal nuovo art. 2477, comma 6, cod. civ. (come aggiunto dall'art. 379, comma 2, Codice della Crisi) - ora anche i soci di società a responsabilità limitata (oltre a quelli di società per azioni) potranno ricorrere ora «anche se la società è priva di organo di controllo». Anche in tal caso lo scopo evidente della modifica è quello di elevare la soglia di attenzione dei soci di minoranza del tipo societario più diffuso in Italia e consentire, per il tramite del ricorso al Giudice, quel controllo che in precedenza era reso disponibile solo per le società per azioni.

3. LE RELATIVE "NOVITÀ" IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ DI CAPITALI

3.1. Alcune (relative) novità si registrano anche con riferimento alla responsabilità degli amministratori di società di capitali. Anzitutto, l'art. 378, comma 1, Codice della Crisi dispone che all'art. 2476 cod. civ. - in materia di responsabilità degli amministratori di società a responsabilità limitata - sia aggiunto il seguente comma 6:

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.

Tale previsione - che a livello normativo sancisce espressamente per i creditori di società a responsabilità limitata la facoltà di azionare la medesima responsabilità prevista dall'art. 2394 cod. civ. per gli amministratori nei confronti dei creditori di società per azioni - in realtà non fa altro che recepire un indirizzo giurisprudenziale ormai piuttosto consolidato (dopo alcuni iniziali tentennamenti) [3] presso le Corti di merito. Si pensi ad esempio alla

recente sentenza n. 12070 emessa dalla sezione impresa del Tribunale di Milano il 28 ottobre 2015, a mente della quale «*all'art. 2394 cc in tema di responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali "per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale" una volta che quest'ultimo sia risultato insufficiente al soddisfacimento dei crediti, norma questa dettata in materia di spa ma che, secondo un condivisibile orientamento seguito da questo Tribunale, va ritenuta applicabile anche in riferimento alle srl*» (disponibile su www.giurisprudenzadelleimprese.it; nello stesso senso Trib. Torino, 14 giugno 2017).

Anche in tal caso, pertanto - e pare essere questo il fil rouge della parte 'societaria' della riforma - si registra un allargamento delle tutele a disposizione dei soggetti che intrattengono relazioni con le società a responsabilità limitata.

3.2. Simile discorso va fatto con riguardo all'art. 378, comma 2, Codice della Crisi, il quale aggiunge al comma 3 dell'art. 2486 cod. civ. la seguente (apparentemente) nuova previsione in materia di quantificazione dei danni provocati dall'illecita prosecuzione dell'attività economica da parte degli amministratori di società di capitali dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società medesima:

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.

Anche in tal caso, trattasi di novità relativa, giacché la giurisprudenza di merito più avveduta aveva già individuato come criterio per la quantificazione del danno quello della c.d. "differenza dei netti patrimoniali". Basti rammentare a riguardo altra recente pronuncia emessa questa volta dalla sezione impresa del Tribunale di Torino, secondo cui «*nell'ambito di un'azione di responsabilità esercitata contro l'amministratore di una società fallita per violazione degli obblighi ex artt. 2484 ss. ed ex art. 2486 c.c. (cd. obbligo di gestione conservativa), qualora sia concretamente impossibile ricostruire ex post le singole operazioni "non conservative" del valore e dell'integrità del patrimonio sociale, espressamente vietate dall'art. 2486 c.c., il danno risarcibile è quantificabile attraverso l'utilizzo del criterio presuntivo della differenza dei netti patrimoniali (differenza fra il valore del patrimonio sociale al momento del verificarsi della causa di scioglimento e del valore dello stesso al momento della dichiarazione di fallimento, sottratto il valore delle perdite che si sarebbero comunque verificate se la società fosse stata posta in liquidazione al momento del verificarsi della causa di scioglimento)*» (Trib. Torino, 4 luglio 2018, n. 3431).

NOTES

[1] In virtù del richiamo della disciplina in materia di società semplice operato, rispettivamente in materia di società in nome collettivo e società in accomandita semplice, dagli artt. 2293 e 2315 cod. civ.

[2] In virtù del richiamo della disciplina in materia di società per azioni operato, rispettivamente in materia di società in accomandita per azioni e società cooperativa, dagli artt. 2454 e 2519 cod. civ.

[3] Dovuti al fatto che l'art. 2476 cod. civ., così come riformato dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, faceva espresso riferimento solo all'azione della società (riconducibile allo schema di cui all'art. 2393 cod. civ. in materia di società per azioni) ed all'azione a disposizione del terzo (riconducibile allo schema di cui all'art. 2395 cod. civ. sempre in materia di società per azioni), senza alcun riferimento all'azione dei creditori sociali.

KEY CONTACTS



ANDREA CAMPANA
PARTNER

MILAN
+39.02.3030.2947
ANDREA.CAMPANA@KLGATES.COM

This publication/newsletter is for informational purposes and does not contain or convey legal advice. The information herein should not be used or relied upon in regard to any particular facts or circumstances without first consulting a lawyer. Any views expressed herein are those of the author(s) and not necessarily those of the law firm's clients.