

CODICE DELLA CRISI E SOCIETÀ IN MANO PUBBLICA

Davide Di Russo - Bernardo Giorgio Mattarella

LE SOCIETÀ PUBBLICHE TRA NORMATIVA COMUNE E TRATTI SPECIALI: Intersezioni e attriti tra TUSP, Codice della crisi e riordino SPL di rilevanza economica.

PALAZZO MADAMA

Torino - Piazza Castello

09 febbraio 2024 | 09:00 – 13:30

Il d.lgs. 175/2016 ha sistematizzato e semplificato la normativa speciale dedicata alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche. Ma la coesistenza tra natura privata e anima pubblica della società continua a generare rompicapi interpretativi, anche per la necessità di far dialogare le previsioni speciali del TUSP con, tra l'altro, le novità legislative in materia di crisi d'impresa e di servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Ne discutono rappresentanti e tecnici delle amministrazioni pubbliche insieme con esponenti del mondo universitario, giudiziario e delle professioni.

Con il patrocinio di



CITTA' DI TORINO



Città metropolitana di Torino



Piemonte



Consiglio Nazionale
dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili



La partecipazione all'evento è
gratuita e aperta a tutti gli iscritti
negli albi dei Dottori Commercialisti
e degli Esperti Contabili.

In collaborazione con





LA CRISI NELLE SOCIETÀ PUBBLICHE TRA TUSP E CCII

Il documento è scaricabile al seguente link:

https://commercialisti.it/visualizzatore-articolo?_articleId=1508891

A) **coordinare** le previsioni del **TUSP** in materia di crisi con il **CCII**, verificando la possibilità di ricondurre a un quadro comune

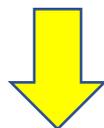
B) **approfondire** alcuni aspetti della disciplina del **TUSP** in materia di **crisi**



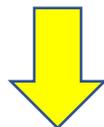


COORDINARE LE PREVISIONI DEL TUSP IN MATERIA DI CRISI CON IL CCII

Punto di partenza del ragionamento: il CCII e il TUSP sono in rapporto di **genere a specie**.



- ❖ **art. 1, co. 3, TUSP**: le società a partecipazione pubblica (art. 2, co. 1, lett. n), sono soggette, al pari di ogni altra società di diritto privato, alle norme civilistiche (art. 1 co. 3 del TUSP);
- ❖ **art. 14, co. 1, TUSP**: le società a partecipazione pubblica (art. 2, co. 1, lett. n), sono soggette alle disposizioni comuni in materia di crisi d'impresa
- ❖ **art. 1, co. 3, CCII**: “Sono fatte salve le disposizioni di leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche”.



Di conseguenza, **per tutto quanto non previsto dal TUSP, si applica il CCII**.

Pertanto:

Le società del TUSP sono soggette/hanno accesso a:

- ❖ **tutti gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza previsti dal CCII;**
- ❖ **alla composizione negoziata;**
- ❖ **all'amministrazione straordinaria delle imprese in crisi (art. 14, co. 1).**

Sono invece residuali per le società del TUSP:

- ❖ **la liquidazione coatta amministrativa (salvo legge speciale che la preveda);**
- ❖ **le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (difficile che le società del TUSP integrino i parametri della "impresa minore", in quanto l'art. 20 TUSP richiede un fatturato medio sul triennio superiore a 1 milione di euro).**

Crisi nel TUSP (art. 14, co. 2) non è definita



Qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, comma 2, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento.

quindi vale la definizione dell'art. 2, co. 1, lett. a) del CCII



“lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi”



Il TUSP parla di **rischio di crisi** come oggetto di valutazione nell'ambito del Programma previsto dall'**art. 6, co. 2 (aggiornato dall'Organo amministrativo)**, ma non lo definisce.



Le società a controllo pubblico predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione di cui al comma 4 [Relazione sul governo societario].

Quindi si guarda all'**art. 3, co. 2, 3 e 4** del CCII

Il rischio di crisi coincide con l'elemento al cui monitoraggio e rilevazione deve mirare l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile.

Infatti l'adeguatezza dell'assetto dipende dalla capacità "*di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi di impresa*" e cogliere i "*segnali per la previsione*" in questione.

Lo strumento per valutare il rischio di crisi sono i flussi informativi (e l'oggetto dei medesimi) di cui al co. 3 (ivi compresi i segnali di cui al successivo co. 4).



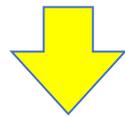
Al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa, le misure di cui al comma 1 e gli assetti di cui al comma 2 devono consentire di:

- a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;
- b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4;
- c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2.



Costituiscono segnali per la previsione di cui al comma 3, lett. b):

- a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni;
- d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25-novies, comma 1 (INPS, INAIL, ecc.).



Il rischio di crisi **consiste nel grado di probabilità di una crisi futura che non si è ancora manifestata**.
Se la crisi risulta, tra i diversi eventi possibili, quello che appare più ragionevole attendersi (ovvero, detto altrimenti, risulta l'evento che ha il maggior grado di probabilità di avverarsi), il "rischio di crisi" rilevato coincide con uno stato di "pre-crisi".

Conseguenza:

Crisi è, anche nelle società del TUSP e anche per le società a controllo pubblico lo spartiacque. La crisi segna il momento in cui:

- ❖ per **le società in generale**, sorge l'obbligo di *“assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte”* (art. 3, co. 1, CCII);
- ❖ per **le società a controllo pubblico**, sorge l'obbligo di adottare *“senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause”* (art. 14, co. 2, TUSP).

Prima della crisi quindi nell'ambito di una situazione di mero “rischio di crisi” quand'anche integrante, per grado di probabilità, uno stato di pre-crisi, sono configurabili **non comportamenti doverosi, bensì esclusivamente buone prassi**, e quindi – nel quadro della discrezionalità manageriale (con conseguente operatività della *business judgment rule*) – **iniziative volte a mitigare il rischio di crisi** (e pertanto a ridurre la probabilità che la crisi emerga) così come sono configurabili **segnalazioni e sollecitazioni** in tal senso, senza però potersi ravvisare **alcun obbligo normativo di attivazione e reazione**.



Quindi **pieno inquadramento** delle società del TUSP nel CCII: con ricostruzione di un sistema unitario.

Il TUSP **non deroga al diritto comune** della crisi ma si limita ad aggiungere dei **segmenti di disciplina speciale**.

BUSINESS JUDGMENT RULE

La valutazione sull'eventuale responsabilità giuridica dell'amministratore non attiene al merito delle scelte imprenditoriali da lui compiute ma, dalla mancata adozione di quelle cautele o, la non osservanza di quei canoni di comportamento che il dovere di diligente gestione ragionevolmente impone, secondo il metro della normale professionalità, a chi è preposto a un tal genere di impresa, e il cui difetto diviene perciò apprezzabile in termini di inesatto adempimento delle obbligazioni su di lui gravanti.

QUINDI

gli amministratori hanno agito con la dovuta diligenza e, malgrado ciò, abbiano scelto di compiere operazioni che si siano rivelate inopportune, il principio dell'insindacabilità nel merito delle loro scelte comporta che gli amministratori non sono responsabili per gli eventuali danni così arrecati alla società.

BUSINESS JUDGMENT RULE

ATTENZIONE

Il principio della insindacabilità delle scelte di gestione non è assoluto ma ha

LIMITI

1) la scelta di gestione è insindacabile solo se essa è stata legittimamente compiuta (sindacato sul modo in cui la scelta è stata assunta): nel caso concreto, va sempre valutata la diligenza mostrata nell'apprezzare i rischi connessi all'operazione da intraprendere, così da non esporre l'impresa a perdite che con l'ordinaria esperienza e diligenza erano prevenibili (Cassazione civile, sez. I, 12 agosto 2009, n. 18231)



BUSINESS JUDGMENT RULE

2) la scelta è insindacabile solo se non è irrazionale (sindacato sulle ragioni per cui la scelta compiuta è stata preferita ad altre): non basta che l'amministratore abbia assunto le necessarie informazioni e abbia eseguito (attraverso l'uso di risorse interne o di consulenze esterne) tutte le verifiche del caso, essendo pur sempre necessario che le informazioni e le verifiche così assunte abbiano indotto l'amministratore a una decisione razionalmente inerente ad esse: l'amministratore che abbia svolto tutte le verifiche necessarie e consultato tutti gli esperti disponibili e, nonostante ciò, effettui una scelta gestionale non razionalmente inerente alle informazioni ricevute e dannose per la società non sarà irresponsabile nei confronti della società, ma, al contrario, doppiamente responsabile, per gli inutili costi dell'informazione e per il danno arrecato.

SUL FRONTE DEL MONITORAGGIO E VALUTAZIONE DEL RISCHIO DI CRISI

Tutte le società del TUSP:

- ❖ sono soggette all'art. 3, co. 2 del CCII, che sancisce il dovere di “istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative”;
- ❖ all'art. 2086, co. 2 c.c.: “L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva [ivi incluse, dunque, tutte le società del TUSP, anche non a controllo pubblico], 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 dalla perdita della continuità aziendale [...]”.



Nelle società a controllo pubblico:

- ❖ gli adeguati assetti sono suscettibili di essere integrati dalle previsioni contenute nella Relazione sul governo societario (art. 6 co. 2 del TUSP) e, quindi, dal Programma di valutazione del rischio di crisi aziendale e dagli eventuali strumenti integrativi di governo societario di cui all'art. 6 co. 3 del TUSP;
- ❖ il che significa che il Programma di valutazione del rischio di crisi aziendale ben può configurarsi quale misura organizzativa adeguata ai sensi dell'art. 3 del CCII nelle società a controllo pubblico.

Il **Programma** di cui all'art. 6, co. 2, TUSP, va impostato muovendo dalla matrice comune fissata dall'art. 3, co. 3 e 4 del CCII.

Quindi deve **monitorare il rischio di crisi** (cioè il grado di probabilità che la crisi si verifichi).

Il monitoraggio deve avere periodicità **mensile** (che può essere elevata a trimestrale o semestrale in situazioni di rischio contenuto o remoto).

**Il monitoraggio deve consentire,
quantomeno:**

- ❖ di rilevare eventuali squilibri economico-finanziari;
- ❖ di rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale;
- ❖ di verificare la sostenibilità del debito almeno per i 12 mesi successivi;
- ❖ di verificare le prospettive di continuità aziendale almeno per i 12 mesi successivi;
- ❖ di rilevare i segnali di cui all'art. 3, co. 4, CCII;
- ❖ di ricavare le informazioni necessarie all'utilizzo della lista di controllo particolareggiata di cui all'art. 13, co. 2, CCII.

Art. 6, co. 2: Il Programma deve essere “**specifico**”.



Quindi gli amministratori possono:

- ❖ declinarlo in ragione delle peculiarità della singola società a controllo pubblico;
- ❖ calibrarlo sulla natura e sulle dimensioni dell'impresa, secondo il principio di proporzionalità;
- ❖ contemplare ulteriori strumenti di rilevamento del rischio (quali, ad es., quelli considerati nel format pubblicato dal CNDCEC con il documento del marzo 2019);
- ❖ attribuire rilevanza a ulteriori indicatori e segnali (quali, ad es. quelli considerati nel documento “Indicazioni in merito ai principali contenuti del Programma di valutazione del rischio di crisi aziendale da adottare ai sensi dell’art. 6, comma 2, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175” predisposto dalla Struttura ex art. 15 del TUSP, in pubblica consultazione dall’11/01/2021 al 09/02/2021);
- ❖ anticipare le soglie di rischio alle quali ricollegare l’onere di attivarsi (o di valutare l’opportunità di attivarsi) al fine di mitigare il rischio stesso.

Pertanto, lo specifico Programma di valutazione del rischio di crisi in concreto adottato dalla società a controllo pubblico **ben potrebbe prevedere ex ante**, a livello endosocietario, **che al ricorrere** (non della crisi bensì) **di un grado di rischio di crisi che si ritenga** (sempre ex ante) **non potersi ignorare**, l'organo amministrativo provveda:

- ❖ a intensificare il monitoraggio del rischio di crisi (il quale, per esempio, se semestrale, potrebbe progressivamente passare a una periodicità trimestrale, per poi eventualmente, assumere periodicità mensile);
- ❖ a verificare eventuali scostamenti rispetto al piano industriale o al budget; e, alla luce di questi, a valutare, nel quadro della *business judgment rule*, l'opportunità di adottare eventuali misure correttive in funzione di mitigazione del rischio di crisi. Tali misure potrebbero anche essere di razionalizzazione e/o risanamento, purché proporzionate al grado di rischio riscontrato, dovendosi sempre aver cura di scongiurare il ricorso a strumenti che potrebbero addirittura avere un impatto negativo per la società e porre inutilmente in allarme il sistema nei riguardi della medesima (il che, in tale fase, anteriore alla crisi, esclude senz'altro il ricorso a strumenti di regolazione della crisi di cui al CCII e ammette, a tutto concedere, il ricorso alla composizione negoziata o a misure correttive "extra CCII").

REAZIONE ALLA CRISI

DISCIPLINA COMUNE:

- ❖ art. 3, co. 1 del CCII: l'obbligo di *“assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte”* (art. 3, co. 1, CCII);
- ❖ art. 3, co. 2 del CCII: *“istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative”*;
- ❖ secondo periodo dell'art. 2086 c.c.: fa carico all'imprenditore *“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”*;

SOCIETÀ A CONTROLLO PUBBLICO:

- ❖ art. 14, co. 2 TUSP: *“Qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, comma 2, uno o più indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento”*.

REAZIONE ALLA CRISI

Quindi, **il dovere di agire, assumendo provvedimenti necessari, scatta all'emergere della crisi, non prima** (Prima, unicamente, azioni volte a mitigare il rischio di crisi).



ELEMENTI A SUPPORTO DI TALE LETTURA

ELEMENTI A SUPPORTO DI TALE LETTURA

ELEMENTO LETTERALE:

Art. 14, co. 2: i provvedimenti sono necessari a “*prevenire l’aggravamento della crisi*” (non a “prevenire l’aggravamento del rischio di crisi” o a “prevenire la crisi”).



ELEMENTO SISTEMATICO:

riconduzione a sistema unitario; le società a controllo pubblico gestiscono la crisi e il suo rischio come tutte le altre società.



PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ:

Se non c'è crisi, la normativa generale (cioè il CCII) non consente alla società a controllo pubblico di accedere a strumenti di regolazione della crisi.

Rimane la possibilità:

- ❖ di accedere a composizione negoziata (che però per definizione è volontaria e dunque non si può imporre come “provvedimento necessario” o reazione doverosa a uno stato di precrisi);
- ❖ di adottare correttivi “extra CCII” che però, per natura, non possono essere imposti o pretesi ex ante (la società non è in crisi quindi non posso predeterminare in astratto cosa occorrerebbe fare e cosa sia opportuno fare per ridurre la probabilità che la crisi si verifichi). Si può solo prevedere, nell'ambito del Programma ex art. 6, co. 2, TUSP all'amministratore di valutare l'opportunità di adottarli al fine di mitigare il rischio di crisi. Il che significa, inevitabilmente, rimanere nell'ambito della *business judgment rule*.



PRINCIPIO DI RAZIONALITÀ:

Non è razionale, facendo perno sulla specialità del TUSP, ritenere che nelle società pubbliche, già in una situazione di pre-crisi (cioè di crisi probabile, ma non ancora di crisi), ci sia l'obbligo di accedere a uno strumento di regolazione della crisi, tenuto conto che ad esso è ricollegato il meccanismo previsto dall'art. 120bis CCII che ha un notevole impatto sulla società.



ART. 120-BIS CCII

L'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è deciso, in via esclusiva, dagli amministratori, unitamente al contenuto della proposta e alle condizioni del piano” (co. 1).

“ai fini del buon esito della ristrutturazione il piano può prevedere qualsiasi modificazione dello statuto della società debitrice, ivi inclusi aumenti e riduzioni di capitale anche con limitazione o esclusione del diritto di opzione e altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni” (co. 2).

Il CCII, quindi, assegna un potere particolarmente rilevante agli amministratori, che possono adottare misure in grado di impattare in modo notevolissimo sull'interesse dei soci, senza dover raccogliere alcuna autorizzazione da parte di questi ultimi (ai sensi del co. 3 gli amministratori sono solo tenuti a informare i soci della decisione di accedere allo strumento di regolazione e a riferire periodicamente del suo andamento); anzi, la tendenziale insindacabilità dell'azione degli amministratori da parte dei soci gode pure della protezione assicurata dal co. 4, il quale prevede che la presentazione di una domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza in presenza delle condizioni di legge non costituisce giusta causa di revoca degli amministratori (i quali, ai sensi dello stesso co. 4, una volta iscritta a registro imprese la decisione di accedere allo strumento, non possono essere revocati se non per giusta causa).

EVOLUZIONE STORICA DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI CRISI:



Nel 2016 il TUSP introduce, per le società a controllo pubblico, un sistema di monitoraggio del rischio di crisi e di emersione della crisi, con obbligo di reazione rispetto alla crisi.

Nel 2016, la disciplina comune non prevede nulla di analogo: la legge fallimentare (con contemplazione di nessun obbligo di attivazione prima dell'insolvenza) e quindi si comprende la ratio e l'esigenza del legislatore del TUSP di introdurre una disciplina speciale con "funzione anticipatoria".

Nel 2019, la prima versione del CCII:

- ❖ adotta una nozione di crisi non del tutto afferrabile, perché non è ancorata a un orizzonte temporale determinato (non c'è il riferimento ai 12 mesi);
- ❖ si fa riferimento a indici che sono piuttosto indicativi di uno stato di insolvenza (o comunque di un grado di difficoltà prossimo all'insolvenza) e non di crisi;
- ❖ per tale motivo il documento del 2019 del CNDCEC e il documento predisposto dalla struttura ex art. 15, TUSP partono dal principio per cui, nelle società pubbliche, occorre interpretare l'art. 14, co. 2, nel senso che l'obbligo di attivazione e reazione va anticipato rispetto al momento in cui sorge per la disciplina comune;
- ❖ e in tali documenti si indica quale momento di attivazione per l'adozione di "provvedimenti necessari" ai sensi dell'art. 14, co. 2, TUSP il DSCR a 6 mesi <1.

Oggi il quadro è cambiato; lo stato di crisi è ben determinato:

La significatività dell'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici integrante la crisi è raccordata un preciso elemento temporale: "i successivi dodici mesi".

Quindi non sono più prospettabili "uno o più indicatori di crisi" ma solo uno, oggettivo e prospetticamente determinato: il DSCR a 12 mesi <1.

Di conseguenza, il CCII fissa l'obbligo di reazione in un momento che è di 6 mesi anteriore rispetto a quello (che si riteneva anticipatorio e congruo) stabilito nei documenti del CNDCEC e della struttura ex art. 15, del TUSP.

La disciplina comune, come risultante dal CCII (quanto al monitoraggio del rischio di crisi e della reazione alla crisi) ha spostato il suo asse sino a farlo coincidere con quello della disciplina del TUSP, che quindi, sotto tale profilo, non ha più ragione di considerarsi speciale.

(NON PERCHE' E' STATA ABROGATA MA PERCHE' E' STATA RIPRODOTTA NELLA DISCIPLINA COMUNE)

L'attuale disciplina comune già assolve alla funzione per cui è stata introdotta nel 2016 la normativa speciale e, addirittura consente di fissare un obbligo di attivazione ancor più anticipato rispetto a quello che la dottrina e la prassi avevano ricostruito in via interpretativa nel contesto della precedente versione del CCII.

Anticipare ulteriormente l'obbligo di attivazione non è praticamente possibile:

- ❖ il DSCR su orizzonti temporali superiori a 12 non è attendibile;
- ❖ le misure prospettabili in assenza di crisi (cioè composizione negoziata o strumenti extra CCII) sono per legge o per natura, volontari e discrezionali.

L'unico elemento che stona con questa ricostruzione è **letterale**: l'art. 14, co. 2, collega il dovere di assumere provvedimenti necessari a "*uno o più indicatori di crisi*" che emergono nell'ambito del Programma di valutazione del rischio di crisi.



Tuttavia:

- ❖ **come si è visto, gli indicatori di crisi si riducono a 1 (DSCR 12 mesi <1);**
- ❖ **il fatto che l'indicatore di crisi emerga nell'ambito del Programma di valutazione del rischio di crisi, non significa attribuire rilievo al rischio di crisi; ma è la automatica conseguenza del fatto che il monitoraggio del rischio avviene nell'ambito del Programma e pertanto è nell'ambito del Programma che potrà rilevarsi il momento in cui il rischio, da remoto, diviene probabile, fino a integrare effettivamente uno stato di crisi;**
- ❖ **il dato letterale è facilmente superabile in base a quanto detto prima, dovendo prevalere esigenze di ricostruzione unitaria del sistema e non sopravvivendo, sotto questo profilo, necessità di ricavare a tutti i costi elementi di specialità (che peraltro non sarebbe possibile realizzare in concreto).**



Peraltro, il fatto che questo elemento letterale non sia stato rimosso dal legislatore non è affatto decisivo, posto che l'art. 14 presenta **altri elementi che hanno resistito nel tempo** pur trattandosi di refusi:

- ❖ es. il co. 4: *“non costituisce provvedimento adeguato ai sensi dei commi 1 e 2”* (ma si tratta dei commi 2 e 3);
- ❖ es. sempre al co. 4, nella parte finale *“anche in deroga al comma 5”* (che, come si vedrà, non ha significato).



Pertanto, in assenza di crisi, non c'è e non può esserci nessun dovere di adottare “provvedimenti necessari”:

- ❖ si configurano solo provvedimenti discrezionali;
- ❖ la scelta se adottare o meno alcuna misura, come la scelta sulla misura di adottare è sindacabile secondo *business judgment rule* (quindi sanzionabile solo se manifestamente irrazionale).

La disciplina della crisi nel TUSP, quanto alle società a controllo pubblico, conserva elementi di specialità quanto:

- a) **al Programma di valutazione del rischio di crisi:** come detto, può prevedere ex ante, a livello endosocietario, che al ricorrere (non della crisi bensì) di un grado di rischio di crisi che si ritenga (sempre ex ante) non potersi ignorare, l'organo amministrativo provveda:
- ❖ a intensificare il monitoraggio del rischio di crisi (il quale, per esempio, se semestrale, potrebbe progressivamente passare a una periodicità trimestrale, per poi eventualmente, assumere periodicità mensile);
 - ❖ a verificare eventuali scostamenti rispetto al piano industriale o al budget; e, alla luce di questi, a valutare, nel quadro della business judgment rule, l'opportunità di adottare eventuali misure correttive in funzione di mitigazione del rischio di crisi. Tali misure potrebbero anche essere di razionalizzazione e/o risanamento, purché proporzionate al grado di rischio riscontrato, dovendosi sempre aver cura di scongiurare il ricorso a strumenti che potrebbero addirittura avere un impatto negativo per la società e porre inutilmente in allarme il sistema nei riguardi della medesima (il che, in tale fase, anteriore alla crisi, esclude senz'altro il ricorso a strumenti di regolazione della crisi di cui al CCII e ammette, a tutto concedere, il ricorso alla composizione negoziata o a misure correttive "extra CCII").



- b) Alle previsioni degli co. 4 e 5 dell'art. 14, che:**
- ❖ non stabiliscono doveri di attivazione;
 - ❖ bensì fissano dei vincoli/limiti alle concrete modalità di adempimento del dovere di attivazione.

COME OPERA IL MECCANISMO PREVISTO DALL'ART. 6, CO. 2 E DALL'ART. 14 TUSP?

**IN CASO DI EMERSIONE DI CRISI, E SOLO IN CASO DI EMERSIONE DI CRISI
(NEL SENSO FISSATO DALL'ART. 2, CO. 1, LETT. A) DEL CCII)**

- ❖ gli amministratori sono automaticamente tenuti ad adottare senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenirne l'aggravamento, correggerne gli effetti, ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento (art. 14, co. 2, TUSP);
- ❖ detti "provvedimenti necessari" possono essere integrati dall'accesso a uno degli strumenti di composizione della crisi previsti dal CCII (composizione negoziata o strumenti di regolazione della crisi), restando comunque percorribile, in ragione delle specifiche circostanze concrete, la strada di misure "extra CCII";
- ❖ nella scelta del provvedimento da adottare, e nella selezione delle misure sostanzianti il contenuto del relativo piano, gli amministratori devono seguire un criterio di proporzionalità, ragionevolezza e razionalità, tenuto conto del grado della crisi e del fatto che il piano, in caso di crisi, deve "evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività" (arg. ex art. 21, co. 1, primo periodo, CCII);

il che induce a ritenere che le previsioni del piano potranno consistere nelle misure invasive consentite nelle modalità dell'art. 120-bis CCII e nel sacrificio dell'interesse dei soci solo se giustificate (alla luce dei predetti criteri) in rapporto alle connesse prospettive di superamento della crisi (posto che l'interesse dei soci, in tale fase, va ponderato con quello dei creditori, assumendo quest'ultimo carattere prioritario solo in caso di "insolvenza" - arg. ex art. 21, co. 1, secondo periodo, CCII);



**APPROFONDIRE ALCUNI ASPETTI
DELLA DISCIPLINA DEL TUSP IN
MATERIA DI CRISI: SOLUZIONI
INTERPRETATIVE**

Qualora emergano, nell'ambito dei **programmi di valutazione del rischio** di cui all'articolo 6, comma 2, **uno o più indicatori di crisi aziendale**, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i **provvedimenti necessari** al fine di:



- ❖ prevenire l'aggravamento della crisi;
- ❖ correggerne gli effetti;
- ❖ eliminarne le cause attraverso un idoneo piano di risanamento.

La **mancata adozione** di provvedimenti adeguati, da parte dell'organo amministrativo, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'articolo 2409 del c.c.



“Provvedimenti necessari” ex art. 14, co. 2,
TUSP in caso di crisi possono consistere in:

- a)** misure correttive extra CCII;
- b)** accesso a composizione negoziata;
- c)** strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza.



L'adozione di alcuno di questi provvedimenti è **"necessaria"**.

Se non si fa niente: **2409 c.c.**

La scelta tra uno e l'altro è discrezionale e deve essere guidata dal rispetto del principio di proporzionalità, tenuto conto del grado di gravità della crisi.

Quale che sia la scelta, occorre un **"piano di risanamento"**.

Se si opta per:

- ❖ **composizione negoziata;**
- ❖ **strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza;**

allora il piano di risanamento ex art. 14, co. 2, TUSP è integrato/coincide con il piano previsto dal CCII per la composizione negoziata o per lo strumento di regolazione prescelto.

Il piano di risanamento soggiace ai vincoli/limiti stabiliti ai co. 4 e 5.

Il piano ex art. 14, co. 2, indipendentemente dal fatto che sia adottato nell'ambito di strumenti di composizione della crisi o per l'inquadramento di correttivi extra CCII, **deve rispettare i vincoli fissati dai co. 4 e 5 dell'art. 14.**

Quindi “piano di risanamento” (co. 2); “piano di ristrutturazione (co. 4); “piano di risanamento” (co. 5) **sono lo stesso strumento.**

C'è un mero **disallineamento terminologico** tra i 3 commi: il co. 4 usa il termine “piano di ristrutturazione aziendale” perché presuppone uno squilibrio economico (viene richiesto a fronte di una misura di ripianamento delle perdite).



IL RISANAMENTO

- ❖ di norma, comporta una ristrutturazione aziendale volta al recupero dell'equilibrio economico (ristrutturazione aziendale che incide sui flussi);
- ❖ quando l'equilibrio economico non sia intaccato, l'impresa può limitarsi a una ristrutturazione dell'indebitamento.

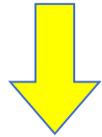
LA RISTRUTTURAZIONE AZIENDALE

Implica una discontinuità da realizzarsi con iniziative industriali che comportano un'inevitabile alea (un grado di incertezza tanto maggiore quanto più sono profonde le iniziative previste)

LA RISTRUTTURAZIONE DEL DEBITO

Viene invece raggiunta con un accordo che comporta lo stralcio del debito ovvero la sua rinegoziazione o la sua conversione in capitale.

Non può costituire un provvedimento adeguato



La previsione di un ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche socie

anche se attuato in concomitanza a un aumento di capitale o ad un trasferimento straordinario di partecipazioni o al rilascio di garanzie o in qualsiasi altra forma giuridica, a meno che tale intervento sia accompagnato da un piano di ristrutturazione aziendale, dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, approvato ai sensi del comma 2, anche in deroga al comma 5.



“o in qualsiasi altra forma giuridica”:

è formula aperta. È presuntivamente inadeguato qualsiasi previsione di ripianamento perdite, indipendentemente dalla forma.

“piano di ristrutturazione aziendale”:

è un mero disallineamento terminologico; si tratta del medesimo dispositivo previsto dal co. 2 (infatti la norma prevede che sia “approvato ai sensi del comma 2”) e dal co. 5.



“concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività svolte”:

- ❖ il piano deve prevedere un orizzonte di recupero di max di 5 anni (valgono i principi generali);
- ❖ “Comprovata sussistenza”: nel caso di esiti positivi della composizione negoziata (art. 23, co. 1, CCII) l’esperto deve integrare il proprio giudizio con l’espressa conferma della concretezza delle prospettive di risanamento.

“anche in deroga la co. 5”:

si tratta di un refuso. Qualsiasi significato gli si voglia dare, non regge alla ricostruzione complessiva del sistema costruito dall’art. 14.

Art. 14, co. 5: “Le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti di capitale, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate, con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito, che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Sono in ogni caso consentiti i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo, a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, purché le misure indicate siano contemplate in un piano di risanamento, approvato dall’Autorità di regolazione di settore ove esistente e comunicato alla Corte di conti con le modalità di cui all’articolo 5, che contempli il raggiungimento dell’equilibrio finanziario entro tre anni. Al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l’ordine pubblico e la sanità, su richiesta dell’amministrazione interessata, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con gli altri Ministri competenti e soggetto a registrazione della Corte dei conti, possono essere autorizzati gli interventi di cui al primo periodo del presente comma”.



“società che abbiano registrato, per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali”:

opera anche a prescindere dalla crisi;

“Le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, non possono”:

quindi il divieto vale solo per queste amministrazioni pubbliche;

“non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile, sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti di capitale, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate”:

vale per tutte le società a partecipazione pubblica, non solo per quelle a controllo pubblico;

Non c’è una formula aperta (“in qualsiasi forma previsti”) analoga a quella usata nel co. 4:

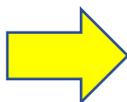
quindi l’elencazione delle forme di soccorso finanziario vietate dal co. 5 è tassativa;



“salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482-ter del codice civile”: in questi casi, anche in caso di perdita triennale, la società può essere ricapitalizzata; ma se è in crisi, si applica il co. 4:

- la ricapitalizzazione è considerata misura presuntivamente inadeguata;
- occorre adottare un piano che comprova il recupero nei 5 anni;
- in mancanza opera l’art. 2409 c.c.

S.P.A.
Art. 2447 c.c.

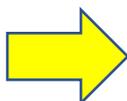


Riduzione del capitale per perdite al di sotto del minimo legale



€ 50.000

S.R.L.
Art. 2482-ter c.c.



Riduzione del capitale per perdite al di sotto del minimo legale



€ 10.000

Nella prima parte si vieta di “sottoscrivere aumenti di capitale, effettuare trasferimenti straordinari, aperture di credito [e] rilasciare garanzie a favore delle società partecipate” in perdita reiterata triennale; nella seconda parte, nell’indicare, in via di eccezione, le misure comunque consentite si menzionano solo “i trasferimenti straordinari alle società di cui al primo periodo”:

- ❖ l’asimmetria può essere superata in via interpretativa: quando il secondo periodo parla di “trasferimenti straordinari” lo fa in senso lato, dovendosi in tale espressione includere tutti gli interventi di soccorso finanziario altrimenti vietati dalla prima parte;
- ❖ ciò in quanto che tutti gli interventi vietati ai sensi della prima parte sono accomunati nel medesimo disvalore, di modo che non sarebbe ragionevole escluderne alcuni (sottoscrizione di aumenti di capitale, aperture di credito e rilascio di garanzie) al ricorrere delle medesime condizioni (vale a dire ove gli interventi siano previsti a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti, in un piano di risanamento approvato dall’authority di settore e comunicato alla Corte dei conti);
- ❖ è auspicabile un intervento correttivo del legislatore volto a sostituire (nella seconda parte del co. 5) le parole “i trasferimenti straordinari” con le parole “gli interventi di cui al primo periodo”.



RICOSTRUZIONE ART. 14, CO. 2 E SS. TUSP E CCII

Il documento si conclude articolando quella che, in base a quanto sin qui detto, è l'operatività delle norme contenute nell'art. 14, co. 2 e ss del TUSP in coordinamento con il CCII.

- a) in caso di emersione della crisi (nel senso chiarito dell'art. 2, co. 1, lett. a) del CCII), l'organo amministrativo della società è tenuto ad assumere un "provvedimento necessario" al fine di prevenirne l'aggravamento, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, adottando un "idoneo piano di risanamento" (co. 2);**

- b) l'assunzione di un provvedimento necessario è potenzialmente integrata dalla determinazione di accedere alla composizione negoziata, ovvero a uno degli strumenti di regolazione della crisi individuati dal CCII (salva la facoltà di affrontare la crisi mediante misure correttive extra CCII, anch'esse astrattamente idonee a configurare un provvedimento necessario ai sensi dell'art. 14, co. 2 del TUSP);**



c) nell'accedere allo strumento prescelto (avuto riguardo ai principi di proporzionalità e adeguatezza rispetto alle peculiarità della crisi e, non ultimo, alle specificità della società), ovvero a prescindere dall'accesso a uno strumento previsto dal CCII, gli amministratori devono predisporre un piano; detto piano deve contemplare provvedimenti "adeguati", cioè idonei a prevenire l'aggravamento della crisi, a correggerne gli effetti e a eliminarne le cause (co. 2) nel rispetto dei vincoli previsti dai co. 4 e 5;

d) non è infatti sufficiente un piano che consista nel ripianamento delle perdite da parte del socio pubblico, perché il TUSP lo considera presuntivamente provvedimento "non adeguato" (co. 4);

e) nemmeno è sufficiente che il piano preveda, a carico di soci amministrazioni pubbliche, le forme di soccorso finanziario considerate dal co. 5, vale a dire sottoscrizione di aumenti di capitale anche ai sensi degli artt. 2447 e 2482-ter c.c., effettuazione di trasferimenti straordinari, aperture di credito, rilascio di garanzie;



f) gli interventi sub e) non solo sono presuntivamente “non adeguati” ma sono addirittura vietati (per le amministrazioni socie di cui all’art. 1 co. 3 della L. 196/2009) se la società (anche non manifestando uno stato di crisi), ha chiuso in perdita gli ultimi tre esercizi o ha utilizzato riserve disponibili per coprire perdite anche infrannuali (co. 5); fa eccezione la sottoscrizione di aumenti di capitale ai sensi degli artt. 2447 e 2482-ter c.c., che seguono il regime sub d) e dunque non sono vietati per le società in perdita reiterata (sul triennio), restando però presuntivamente inadeguati ai sensi del co. 4;

g) se, nonostante la riscontrata emersione della crisi, l’organo amministrativo non si attivi per l’assunzione di un provvedimento necessario (eventualmente integrato dall’accesso a uno strumento di composizione della crisi) - e quindi non adotti un piano ovvero adotti un piano non adeguato (ai sensi di quanto sub d) e sub e), nonché, a maggior ragione, ai sensi di quanto sub f) sussistono i presupposti per la denuncia ex art. 2409 c.c. (co. 3), anche se la società è una srl e con legittimazione anche per il socio pubblico, indipendentemente dalla misura della partecipazione (art. 13 del TUSP);



h) la presunzione di inadeguatezza dei provvedimenti sub d) e sub e) è superata (e quindi non sussistono i presupposti per la denuncia ex art. 2409 c.c.) se il piano “comprova [...] la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell’equilibrio” (co. 4);

i) le misure di soccorso finanziario in linea di principio vietate nella fattispecie considerata sub f) sono però ammesse (e ritenute “adeguate”), se il piano che le prevede contempla il raggiungimento dell’equilibrio in tre anni; inoltre il piano: (i) deve prevedere che tali misure vengono adottate a fronte di convenzioni, contratti di servizio o di programma relativi allo svolgimento di servizi di pubblico interesse ovvero alla realizzazione di investimenti; (ii) deve essere approvato dall’Autorità di regolazione del settore (ove esistente) e comunicato alla Corte dei conti;



j) le misure di soccorso finanziario in linea di principio vietate nella fattispecie considerata sub f) sono ammesse, anche a prescindere dall'adozione di un piano, se autorizzate con DPCM su proposta del Mef e richiesta dell'amministrazione pubblica interessata, al fine di salvaguardare la continuità nella prestazione di servizi di pubblico interesse, a fronte di gravi pericoli per la sicurezza pubblica, l'ordine pubblico e la sanità;

k) quanto sub f), sub i) e sub j) vale per tutte le società a partecipazione pubblica e non solo per quelle a controllo pubblico, con riferimento alle amministrazioni socie che rientrano tra quelle di cui all'art. 1, co. 3 della l. 196/2009;



l) in caso di insolvenza reversibile, il provvedimento necessario richiesto ex art. 14, co. 2, è integrato dal ricorso, quantomeno, alla composizione negoziata (e quindi, per tale via, eventualmente, al concordato semplificato previsto all'art. 25-sexies, CCII), salva l'accessibilità agli strumenti di regolazione della crisi (di modo che l'inerzia in tal senso da parte dell'organo amministrativo giustifica la denuncia di cui all'art. 2409 c.c.); restano fermi, in tal caso, i vincoli posti dai co. 4 e 5;

m) in caso di insolvenza irreversibile, a fronte dell'inerzia dell'organo amministrativo, dovrebbe comunque poter operare il co. 3 dell'art. 14 del TUSP, e quindi la possibilità di presentare denuncia ai sensi dell'art. 2409 c.c. (ferma, ovviamente, la legittimazione dell'organo di controllo, del PM e dei creditori a presentare la domanda di apertura della liquidazione giudiziale – art. 37, co. 2, CCII).