

TEST DI EFFICIENZA DELLE MISURE ADOTTATE CON IL D. L. 08 APRILE 2020, N. 23 PER CONTRASTARE LA CRISI DELLE IMPRESE

di GIANFRANCO BENVENUTO

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le misure adottate dal legislatore attraverso il D.L. 23/20 e loro ambito di applicazione. - 3. I fatti di gestione successivi alla chiusura del bilancio 2019 e loro riflessi sulla perdita della continuità aziendale del bilancio chiuso. - 4. la responsabilità dell'amministratore per la prosecuzione dell'attività - 5. La necessità di adottare strumenti di composizione della crisi. - 6. Conclusioni

1. Premessa.

Trascorse più di due settimane dalla pubblicazione del D.L. 23/2020 con cui sono state adottate misure di contrasto alla pandemia rivolte alle imprese, avverto l'esigenza di alcune riflessioni per misurarne l'efficienza.

Mi concentrerò sulle disposizioni che autorizzano gli amministratori a valutare i dati di bilancio secondo il principio della **continuità aziendale** pur in difetto dei presupposti (art 7 D.L. 23/20) e sul corollario che prevede la sospensione della causa di **scioglimento della società per perdita del capitale sociale** (art 6 D.L. 23/20).

La continuità aziendale è, insieme alla prudenza, il primo principio a cui l'amministratore si deve ispirare nella redazione del bilancio (art 2423 bis 1 co n 1 c.c.); la scienza aziendalista si

è occupata di dare un contenuto al principio *de qua*, stabilendo che essa esprime la valutazione prospettica di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito nel futuro per un periodo di almeno dodici mesi (cfr. principio OIC 11).

Il principio ISA 570 per la revisione, a propria volta individua, in termini non esaustivi, una serie di circostanze od eventi eletti ad indicatori della perdita della continuità aziendale che convergono verso l'incapacità dell'azienda di stare ancora sul mercato assolvendo regolarmente alle proprie obbligazioni.

Se un'impresa, valutando l'andamento prospettico della propria attività, ritiene che, per una serie di ragioni, non sarà più in grado di produrre reddito nel futuro (elaborando una previsione a 12 mesi), significa che eroderà patrimonio, rendendosi presto o tardi incapace di adempiere con regolarità alle proprie obbligazioni: per questa ragione la continuità aziendale è a buon diritto considerata **il termometro della fiducia** riscossa dall'impresa nel mercato e il suo venire meno pone agli amministratori determinate condotte obbligatorie.

Si è discusso se la perdita della continuità aziendale si ponga come causa di scioglimento della società attraverso un'interpretazione "evolutiva" della impossibilità di conseguire l'oggetto sociale (cfr artt 2272 e 2484, per entrambi, n 2 c.c.)¹.

Più di recente sembra invece prevalere l'orientamento secondo cui *"il venir meno della continuità aziendale non integra una causa legale di scioglimento della società bensì, piuttosto (a seconda che sia o meno reversibile), una **situazione di insolvenza o quantomeno di crisi**, costituendo quindi uno dei più rilevanti e ricorrenti presupposti per dare avvio a quelle che il nuovo codice della crisi definisce ora procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza"*.²

¹ Così Trib Torino 5 giugno 2013 in:

<https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/questioni-varie-sulle-azioni-di-responsabilita-del-commissario-straordinario-nei-confronti-degli-amministratori-e-dei-sindaci-di-societa-soggetta-a-direzione-e-coordinamento/#.Xqbp8SkzZhE>

in dottrina: Marina Spiotta, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017, 97 ss.

² così Trib Milano 22 Febbraio 2019 in:

<http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/21479>

Conseguenza di tale ultimo indirizzo è comunque che: *“i principi di redazione del bilancio non sono più quelli dettati dall’art. 2426 c.c., bensì quelli imposti dalla prospettiva liquidatoria in cui la società, anche prima della formale constatazione di una causa di scioglimento, deve necessariamente porsi”*.

Dunque secondo tale indirizzo la perdita della continuità aziendale si pone, nella graduatoria del processo dissolutivo dell’impresa, in area più avanzata e più grave rispetto alla perdita del capitale sociale.³

2. Le misure adottate dal legislatore attraverso il D.L. 23/20 e loro ambito di applicazione.

Il D.L. 23/2020 è intervenuto sull’incidenza che tale delicatissimo principio ha sul bilancio, stabilendone la conservazione “a priori” come principio di valutazione dei cespiti; dunque (pur consapevoli dell’azzardo) anche in presenza di uno scenario in cui l’attività d’impresa non esprimesse più l’idoneità a generare utili, l’amministratore sarebbe autorizzato a dare ai cespiti la valutazione che presuppone una prospettiva di continuazione dell’attività.

Occorre tuttavia delimitare il campo: se un’impresa fosse priva del requisito della continuità aziendale già a fine 2019, per eventi occorsi precedentemente, non potrà essere interessata dalla normativa emergenziale in quanto gli amministratori avrebbero già dovuto porsi nell’obbligo di adottare criteri liquidatori per la valutazione delle voci di bilancio prima della crisi determinata dal COVID-19 ed indipendentemente dalla circostanza che il bilancio non sia ancora stato approvato.

Il D.L. 23/2020 riguarda invece: i) il bilancio “chiuso” al 23/02/2020 senza rilievi relativi alla continuità aziendale e ii) quello dell’esercizio in corso in quanto entrambi risulteranno

³ Anche il principio contabile n 5 OIC consente di disapplicare i criteri di funzionamento solo dalla data di apertura della fase dissolutiva o comunque dal momento in cui in conseguenza del verificarsi di un evento interno o esterno all’impresa si produca l’effettiva cessazione o una cessazione pressoché immediata dell’attività.

influenzati in termini determinanti dalla crisi economica innescata da quella epidemiologica.

3. I fatti di gestione successivi alla chiusura del bilancio 2019 e loro riflessi sulla perdita della continuità aziendale del bilancio chiuso.

In ordine ai bilanci “chiusi” al 23/02/2020 ma non ancora approvati, l’art 2427 c.c. al punto 22 quater dispone che nella nota integrativa l’amministratore deve riferire *“la natura e l’effetto patrimoniale finanziario ed economico dei fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura dell’esercizio”* e ciò proprio perché idonei ad incidere sulla continuità aziendale; inoltre l’art 2428 3 co n 5) c.c. chiede che dalla relazione della gestione degli amministratori risultino *“i fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura dell’esercizio”*.

Vediamo quali sono i fatti successivi di cui si può e deve dare conto.

Vi sono tre tipi di **eventi successivi** potenzialmente idonei ad incidere sulla continuità aziendale dell’esercizio precedente (cfr. principio contabile OIC 29 §59).

- I fatti successivi che devono essere recepiti nei valori del bilancio.
- I fatti successivi che non devono essere recepiti nei valori del bilancio.
- I fatti successivi che possono incidere sulla continuità aziendale.

I fatti delle prime due categorie sono distinti in ragione del principio di competenza ed in base a ciò andranno ad incidere sui conti dell’anno precedente o dell’anno in corso (la riscossione di un credito attiene all’esercizio precedente, il corrispettivo di una vendita qualificabile come operazione straordinaria, attiene all’esercizio in corso).

Alla terza categoria appartengono invece i fatti che influiscono sulla prospettiva di produrre reddito nei dodici mesi successivi o che incidono sui valori del patrimonio e che mettono dunque a rischio **la continuità aziendale** come per l’appunto la crisi innescata dall’emergenza COVID-19.

Si pensi ad una società che gestisce un ristorante: sebbene il risultato dell'esercizio chiuso sia stato (in ipotesi) brillante, la crisi del COVID-19 è destinata ad incidere sulla tenuta della continuità aziendale del bilancio i cui conti sono chiusi anteriormente al 23/12/2020.

Con l'art 7 del D.L.23/20 il legislatore permette all'amministratore di non tener conto, nella valutazione delle poste di bilancio, della crisi economica del 2020 che lo avrebbe portato (in ipotesi) a riconoscere la perdita della propria continuità aziendale, ma gli consente di valutare i cespiti con gli stessi criteri assunti nel bilancio ante 23/02/2020.

Il quesito a cui bisogna rispondere è se questa "*fictio iuris*" è sufficiente ad evitare la crisi economica della società in questione e soprattutto **quali responsabilità derivano all'amministratore** dalla prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

Data l'endemica scarsa patrimonializzazione delle imprese italiane, nel contesto nazionale, l'adozione dei criteri di liquidazione per la valutazione delle poste di bilancio significa normalmente far emergere una perdita superiore al capitale sociale con le conseguenze di cui all'art 2484 n 4 c.c. e 2486 c.c. previa adozione delle misure di cui agli artt 2447 e 2482 ter c.c.

Qui giunge però in soccorso la seconda disposizione del D.L.23/20 con cui (art 6) il legislatore sospende per tutto il 2020 a decorrere dalla data di entrata in vigore del D.L. (08/04/2020) l'applicazione delle norme citate.

Dunque l'amministratore può utilizzare il principio della continuità aziendale (anche se perduta) ed evitare di dichiarare lo scioglimento della società per perdita del capitale sociale.

4. la responsabilità dell'amministratore per la prosecuzione dell'attività

L'amministratore, nonostante la rassicurazione normativa, non è però per nulla esentato da responsabilità ove proseguisse nell'attività indifferente della perdita della continuità aziendale e del capitale sociale in quanto vi è un fascio di norme cogenti che spingono in altra direzione.

Occorre prima di tutto rilevare l'effetto surreale che deriva dal combinato disposto delle due norme citate: l'art 6 e l'art 7 del D.L. 23/20.

Infatti la continuità aziendale non è un cappello che si possa decidere di vestire, ma è una **condizione obiettiva** dell'impresa che è presente o mancante a prescindere che lo si voglia: compito dell'amministratore è solo quello di riconoscerlo e rilevarlo.

La continuità aziendale prescinde da atti volontaristici della dirigenza e **misura lo stato di salute** della società che è a propria volta dettato dal merito creditizio che riscuote.

Una società fortemente colpita dalla crisi conseguente al Coronavirus non ha il problema se apparire florida come un tempo, ma di **disporre della liquidità** che la crisi gli ha sottratto e che deve reperire per onorare i propri debiti correnti.

Se in base alle proiezioni di non difficile attuazione, l'amministratore riconosce che i flussi di cassa prospettici non gli permettono di sostenere l'onere dettato dalla somma dei costi fissi e dell'indebitamento pregresso, la *fictio iuris* di valutare le poste con la continuità aziendale e di sospendere la liquidazione della società, non gli varrà anche l'astensione da parte dei creditori di chiedere il pagamento dei loro crediti alle scadenze dal cui inadempimento deriverà il fallimento del debitore.

Il D.lgs. 14/19 ha determinato l'ingresso immediato nel codice civile di importanti norme modificative del diritto dell'impresa e delle società volte a rinforzare l'attenzione dell'amministratore sulle misure necessarie a **rilevare tempestivamente la crisi** e la perdita della continuità aziendale nonché all'obbligo di attivarsi senza indugio per la messa in funzione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

La continuità aziendale a cui fa riferimento il legislatore del Codice della Crisi di cui al D.Lgs. 14/19 (di seguito CCI) travasato nell'art 2086 co2 c.c. è un **connotato oggettivo dell'impresa** derivante dalla valutazione della sostenibilità degli oneri di indebitamento attraverso l'esame dei flussi prospettici e non un principio di redazione del bilancio, ragione per cui l'amministratore non è per nulla sollevato dall'onere di verificarne l'esistenza aldilà delle esimenti normative che invece attengono unicamente ad aspetti formali.

Ricordiamo che l'art 377 CCI ha esteso alle s.r.l. il rispetto dell'art 2381 c.c. che impone agli amministratori di essere informati (ancorché privi di deleghe) sulla **prevedibile evoluzione della gestione** e ciò anche in ragione degli assetti organizzativi ed amministrativi della cui istituzione, cura e adeguatezza è responsabile al fine di misurare i rischi che ragionevolmente e secondo principi di prudenza insidiano la continuità aziendale e l'equilibrio finanziario.

L'art 2428 c.c. stabilisce che il bilancio deve essere corredato da una relazione degli amministratori contenente un'analisi fedele equilibrata ed esauriente della situazione della società e dell'andamento e del risultato della gestione...**nonché una descrizione dei principali rischi e incertezze cui la società è esposta...** Dalla relazione in ogni caso devono risultare...*"i fatti di rilievo avvenuti dopo la chiusura dell'esercizio"* e *"l'evoluzione prevedibile della gestione"*.

L'art 2392 c.c. stabilisce che l'amministratore **deve adempiere ai doveri imposti dalla legge** con la diligenza professionale di cui all'art 1176 co2 c.c.: ancora una volta dunque attraverso questa disposizione vi è un rimando alla prudenza nella gestione dell'impresa e all'osservanza di quanto necessario per la conservazione della continuità aziendale e per il suo recupero in caso di smarrimento.

L'art 2394 c.c. addebita all'amministratore la responsabilità verso i creditori sociali per **l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale**.

5. La necessità di adottare strumenti di regolazione della crisi

L'introduzione di esenzioni di condotte dovute in caso di rilevazione di sintomi di crisi è dunque una finzione che non impedisce il verificarsi della crisi stessa né delle conseguenze che essa comporta che debbono essere quelle di **mettere in liquidazione** la società (indipendentemente dai criteri applicati per la valutazione delle poste) adottando tutte le misure idonee alla conservazione del patrimonio nell'interesse prioritario dei

creditori, pena l'attivazione comunque dei presupposti della responsabilità.

Non appena posta in liquidazione se questa non pare poter oggettivamente permettere una sua conclusione in bonis l'imprenditore o l'amministratore dovrà attivarsi per scegliere uno degli strumenti di regolazione della crisi o il fallimento stesso.

Ove il debitore optasse per una domanda di **concordato c.d. in bianco o di una domanda di accordo di ristrutturazione** non godrebbe di alcun favore particolare: infatti i differimenti previsti dall'art 9 D.L. 23/20 riguardano soltanto quei debitori che, avendo già depositato una domanda di concordato o una domanda prenotativa ex art 161 co 6 l.f., vedono mutato lo scenario economico che li aveva determinati a ricorrere allo strumento di regolazione della crisi alternativo al fallimento; i nuovi ricorrenti invece non subiscono questo tipo di shock, ben potendo pianificare la propria ristrutturazione direttamente in base alle nuove regole economiche.

Se invece, in ragione della crisi, la situazione finanziaria per il debitore si presentasse così dissolutiva da **tradursi in insolvenza** secondo la nozione fornita dalla S.C.⁴, la richiesta del proprio fallimento, in difetto di soluzioni alternative, è un dovere da parte del debitore insolvente, desumibile dall'art 217 co 1 n 4) e dall'art 224 l.f. che dal ritardo nell'iniziativa da cui consegua un aggravamento del dissesto fa dipendere il reato di bancarotta semplice⁵.

⁴ Cass 20 gennaio 2020 n 1069: *“il significato oggettivo dell'insolvenza, che è quello rilevante agli effetti della L. Fall., art. 5, deriva da una valutazione circa le condizioni economiche necessarie (secondo un criterio di normalità) all'esercizio di attività economiche, e si identifica con uno stato di impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni inerenti all'impresa esprimendosi, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, nell'incapacità di produrre beni con margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze di impresa (prima fra tutte l'estinzione dei debiti), nonchè nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose decurtazioni del patrimonio”*.

⁵ Trib Milano 10/09/2013 in www.giurisprudenzadelleimprese.it: *“Sussiste un preciso dovere dell'amministratore in carica di provvedere tempestivamente alla richiesta di fallimento in proprio (o ricorso ad altra idonea procedura concorsuale) al fine di non aggravare ingiustificatamente la situazione patrimoniale e finanziaria della società, quale obbligo da reputarsi strettamente inerente al dovere generale di diligenza nella gestione del patrimonio sociale e*

L'art 10 D.L. 23/2020 dispone l'improcedibilità sino al 30/6/20 del fallimento anche se auto-promosso e ciò farebbe propendere per l'inutilità di una domanda sino al decorso del termine legale per la dichiarazione di fallimento.

Purtuttavia è opportuno che l'imprenditore si attivi comunque con un'iniziativa dagli effetti cautelari che può essere sia una domanda ex art 161 co 6 l.f., volta a determinare l'*automatic stay* che cristallizza il patrimonio, sterilizzando le domande dei creditori tese a conseguire posizioni di vantaggio su altri concorrenti, sia una domanda di fallimento in proprio, in quanto solo la dichiarazione dell'improcedibilità che ne consegue, permette l'apertura di un sorta di ombrello protettivo sul patrimonio che si manifesta con la retrodatazione al ricorso di fallimento dell'art 69 bis l.f. applicabile una volta dichiarato il fallimento post 30/06/2020.

In tal modo il termine per le dichiarazioni revocatorie è antergato alla domanda di fallimento dichiarata improcedibile, rendendo nei fatti inefficaci le iscrizioni di ipoteche giudiziali intervenute a cavallo tra la prima domanda di fallimento e la dichiarazione successivamente pronunciata.

Diversamente l'inattività dell'imprenditore/amministratore rischierebbe di ripercuotersi sulla sua responsabilità, sull'aggravamento del dissesto e sulla lesione della *par condicio creditorum* in quanto non è prevista nessuna moratoria o misura protettiva automatica in capo al debitore che lasciasse decorrere il termine fissato dal legislatore sino al 30/06/2020 senza adottare alcuna iniziativa.

6. Conclusioni

Da quanto precede si coglie come gli interventi normativi in materia societaria dettati dalla normativa emergenziale non permettono, almeno per una larga fetta di imprenditori, di risolvere la situazione di crisi in cui la pandemia li getterà ed anzi li pone nella posizione di dover adottare con rapidità decisioni relative al proprio futuro e alla propria continuità,

che trova puntuale riscontro normativo nella peculiare fattispecie penale di cui all'art 217 l. fall."

includendo tra le opzioni anche quelle degli strumenti di regolazione della crisi, fallimento incluso.

Le agevolazioni introdotte potranno valere invece per quelle (poche) imprese non sotto-patrimonializzate, rispetto alle quali le valutazioni delle immobilizzazioni o dell'attivo circolante, ancorché passibili di contraccolpi negativi per effetto della crisi, non sono purtroppo destinate contagiare con blocchi economici le attività che non si sono mai arrestate o che sono in grado di ripartire con slancio.

La situazione della società che gestisce un centro commerciale o un ristorante è differente rispetto a quella che gestisce un'impresa alimentare o farmaceutica, attività queste ultime che non hanno dovuto arrestarsi e dunque misurarsi con un decremento significativo nella produzione di beni o servizi.

Per tali ultime imprese (che sono tuttavia una minoranza) l'operazione di *maquillage* contabile, favorita dal D.L. 23/20, permette di contenere gli effetti negativi di una temporanea flessione patrimoniale legata soltanto all'incidenza della crisi sui valori generali dell'economia destinata però a recuperare gli spazi persi non appena superata la fase acuta di maggior difficoltà.

Occorre però considerare che il tessuto economico italiano al 75% è imbastito da PMI e che di queste il 90% è composto da imprese che occupano meno di 10 persone e che si concentrano nel settore terziario (circa il 75%) ovvero dedicate al turismo, al commercio, ai servizi alle persone e alle imprese: tutti settori che risultano talmente colpiti dalla crisi economica che si è abbattuta e che ancora proseguirà anche dopo il 4 maggio, da non ricevere alcun vantaggio dalle disposizioni introdotte dal D.L. 23/20 qui commentate, in quanto l'effetto Covid-19 non inciderà sul decremento dei valori di magazzino o dei crediti, ma direttamente sulla capacità di produrre reddito, fattore rispetto al quale la *fictio iuris* della conservazione del principio di continuità aziendale ha lo stesso significato della finzione della sospensione della legge di gravità: non impedisce al corpo di cadere, rovinosamente, al suolo.

La sensazione è che mentre ovunque piovono bombe, l'attenzione del legislatore sia stata catturata dall'esigenza di salvare il giardino con il prato all'inglese.