



La governance della crisi di impresa delle società pubbliche

1

- Nuovo codice della crisi di impresa, dlgs 14 del 2019

Doveri del debitore

- Art. 3
- 1. L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.
- 2. L'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.

- Quindi occorre inserire sistemi di allerta

Le procedure di allerta della crisi

- ▶ Titolo II dlgs 14, artt. 12-25
- ▶ La sua origine è a livello internazionale nelle indicazioni da parte dell'Uncitral e della Banca mondiale, nonché dell'Unione europea per predisporre misure di early warning.
- ▶ In particolare, a livello europeo, vanno segnalati il regolamento Ue n. 848/2015, la proposta di direttiva Ue 359/2016 nonché la direttiva 1023/2019.

- ▶ Si tratta di misure che sono, dunque, finalizzate all'emersione anticipata della crisi sul presupposto che l'intervento nella sua fase prodromica (la c.d. twilight zone) possa più facilmente consentire soluzioni di salvataggio dell'impresa prima dell'insorgere dell'insolvenza. E ciò in base all'elementare considerazione che ogni tentativo di superare la crisi ha un grado di successo direttamente proporzionale alla sua tempestività

- Si devono tenere presente questi tre aspetti:
- (i) la rilevazione dei fattori di rischio che mettono in pericolo la continuità aziendale;
- (ii) l'individuazione della soluzione da adottare per ripristinare la continuità aziendale ed eliminare i fattori che la mettono
- in pericolo;
- (iii) l'attuazione di tali soluzioni .

Ancora, direttiva UE 1023 del 2019 (che deve essere recepita entro luglio 2021)

- Art. 19
- Gli Stati membri provvedono affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, i dirigenti tengano debitamente conto come minimo dei seguenti elementi:
 - a) gli interessi dei creditori, e dei detentori di strumenti di capitale e degli altri portatori di interessi;
 - b) la necessità di prendere misure per evitare l'insolvenza; e
 - c) la necessità di evitare condotte che, deliberatamente o per grave negligenza, mettono in pericolo la sostenibilità economica dell'impresa.

La business judgement rule

- ▶ Come sarà valutato l'accesso/il mancato accesso alle procedure di ristrutturazione del debito una volta emersi indizi di insolvenza e/o difficoltà?

- ▶ Il principio è confluito nel nuovo art. 2086, il cui c. 2 prevede, tra l'altro, l'obbligo per l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, 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". Ma è anche confluito nei principi generali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il cui art. 3, questa volta espressamente prevedendo anche l'imprenditore individuale, sancisce il dovere dell'imprenditore di assumere, senza indugio, tutte le iniziative per far fronte allo stato di crisi

Gli attori

- ▶ Innanzitutto gli amministratori (art. 2932 c.c.)

- ▶ Gli amministratori debbono allora predisporre strumenti organizzativi che consentano loro di venire tempestivamente a conoscenza dell'avvicinarsi dello stato di crisi o di una situazione di squilibrio finanziario idoneo a sfociare nell'insolvenza.
- ▶ Si devono porre in condizione di esprimere un giudizio sulla continuità aziendale ed essere in grado di constatare se eventualmente sia divenuto impossibile conseguire l'oggetto sociale, a causa della situazione economico-finanziaria dell'impresa, così da accertare tempestivamente il verificarsi della causa di scioglimento consistente nella perdita del capitale sociale.
- ▶ Il sistema di controllo interno deve essere finalizzato, quindi, non solo al controllo della gestione ordinaria, ma anche alla ricognizione dello stato di pre-crisi (c.d. risk assessment)

L'obbligo dell'autofallimento (meglio, liquidazione giudiziale)

- ▶ 1. La domanda di accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza è proposta con ricorso del debitore.
- ▶ 2. La domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta con ricorso del debitore, degli organi e delle autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa, di uno o più creditori o del pubblico ministero.

- Inoltre gli artt. 217, c. 1, n. 4 (cfr. art. 323, c. 1, lett. d, c.c.i.) e 224, n. 2, l. fall. (cfr. art. 330, c. 1, lett. b, c.c.i.), quest'ultimo a carico degli amministratori della società, prevedono, inoltre, la sanzione penale quando il ritardo nella presentazione del ricorso di fallimento abbia determinato l'aggravamento del dissesto patrimoniale, economico e finanziario dell'impresa.

Le società partecipate

- Innanzitutto l'art. 4, c. 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, in base al quale “le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali”. Con disposizione di carattere generale, si è dunque esclusa l'entificazione pubblica delle società in mano della p.a.

II TUSP

- ▶ Art. 1 comma 3
- ▶ L'art. 14, c. 1,
- ▶ “Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi di cui al d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, e al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39

Il c.c.i.

- ▶ Art. 1, c. 1, del c.c.i.
- ▶ “Il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore, professionista o imprenditore, che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, industriale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti qualificati pubblici dalla legge”.

- Gli amministratori delle società pubbliche sono perciò, **da un lato**, tenuti, in caso di crisi, alla stessa stregua di qualsiasi altra società, a rilevare i fattori di rischio che mettono in pericolo la continuità aziendale, ad individuare la soluzione da adottare per ripristinare la continuità aziendale, ad eliminare i fattori che la mettono in pericolo e ad attuare tali soluzioni e, **dall'altro**, responsabili per la mala gestio dell'impresa in crisi e, dunque, per le negligenti scelte gestorie relative alla crisi d'impresa secondo il regime giuridico proprio dello strumento societario adoperato, salva la giurisdizione contabile sulle controversie in materia di danno erariale eventualmente ascrivibile alla condotta degli anzidetti soggetti (art. 12, c. 1, del testo unico)

- ▶ Il testo unico, in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta, prevede, peraltro, che le società a controllo pubblico siano tenute a valutare l'opportunità di integrare gli strumenti di governo societario con un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione (art. 6, c. 3, lett. b).

- Il c. 2 dell'art. 14, nel richiedere l'adozione “senza indugio” dei “provvedimenti necessari [...] attraverso un idoneo piano di risanamento”, configura il secondo strumento di allerta speciale per le società a controllo pubblico: **il piano di risanamento**

- ➔ Se manca il piano di risanamento, i danni derivanti dall'aggravamento della crisi dovranno essere addebitati agli amministratori, del tutto conformemente agli enti privati

- Dal disposto dell'art. 14, c. 3, si evince che l'attuazione dei provvedimenti ivi previsti costituiscono uno specifico obbligo a carico dell'organo amministrativo, la cui violazione, oltre a comportare la (possibile) revoca dei componenti dell'organo amministrativo, li espone – unitamente ai componenti dell'organo di controllo in via solidale – all'azione di responsabilità patrimoniale per i danni che dovessero direttamente connettersi a tali inadempimenti

Ancora

- Costituisce fonte di responsabilità sia la mancata adozione dei programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, sia la violazione dei consueti obblighi, quali, esemplificativamente, quelli: di convocare l'assemblea in caso di perdite (artt. 2446-2447 c.c.); di accertare lo scioglimento della società (art. 2485 c.c.) e di limitare il proprio potere di gestione; derivanti dal d.lgs. n. 231/2001; di perseguire l'oggetto e l'interesse sociale; di agire con diligenza; di non agire in conflitto di interessi.

- ▶ Laddove l'obiettivo del risanamento non appaia concretamente perseguibile, gli amministratori devono attivarsi per la messa in liquidazione della società, per l'adozione di un piano funzionale all'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l. fall. o alla proposta di concordato ex art. 161 l. fall. evidentemente con funzione meramente liquidatoria (198), o in ultima analisi per l'istanza di autofallimento

La (eventuale) responsabilità penale degli amministratori e dirigenti di società pubblica

- ▶ Da un lato le predette società hanno una coloritura civilistica, sono cioè soggetti di diritto privato, con il che l'applicazione del diritto penale in tale ambito pare nient'affatto problematica.
- ▶ Ma ad una lettura maggiormente attenta questa conclusione mostra tutti i suoi limiti giacché nella valutazione dell'attività delle società a partecipazione pubblica occorre tenere presente il fine di predette società

- ▶ Innanzitutto coloro che svolgono un ruolo apicale (pur se non di vertice) all'interno delle società a partecipazione pubblica devono essere qualificati, con riferimento al diritto penale ed in particolare in relazione ai reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione di cui agli artt. 314 ss. c.p., la qualifica di pubblici ufficiali o di incaricati di un pubblico servizio.

- ▶ In sostanza, se le società pubbliche possono fallire, allora quanti gestiscono tali soggetti giuridici sono a loro volta destinatari dei diversi obblighi che secondo i dettami del codice civile e della normativa fallimentare gravano su coloro che rivestono analoga posizione in una “normale” società con soci interamente privati

- ▶ Ci sono però numerose ipotesi di bancarotta in cui l'evidenza circa l'illiceità della condotta non sussiste ed in cui anzi la riprovevolezza dei comportamenti descritti dalla norma è, almeno in prima battuta, fortemente discutibile – specie in presenza di un imprenditore che agisce per salvaguardare in tutti i modi l'operatività della sua azienda.
- ▶ Tanto a maggior ragione nelle società partecipate che, di norma, sono istituite per la gestione di un servizio pubblico

- ▶ Alcune esempi di criticità:
- ▶ Il divieto di ricapitalizzazione delle partecipate e l'obbligo di svolgere un servizio pubblico

Le modalità di accantonamento di cui all'art. 21 del TUSP

- ▶ Nel caso in cui società partecipate dalle pubbliche amministrazioni localipresentino un risultato di esercizio negativo, le pubbliche amministrazioni locali partecipanti,
- ▶ **che adottano la contabilità finanziaria**, accantonano nell'anno successivo in apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione. Le pubbliche amministrazioni locali
- ▶ **che adottano la contabilità civilistica** adeguano il valore della partecipazione, nel corso dell'esercizio successivo, all'importo corrispondente alla frazione del patrimonio netto della società partecipata ove il risultato negativo non venga immediatamente ripianato e costituisca perdita durevole di valore. Per le società che redigono il bilancio consolidato, il risultato di esercizio è quello relativo a tale bilancio. Limitatamente alle società che svolgono servizi pubblici a rete di rilevanza economica, per risultato si intende la differenza tra valore e costi della produzione ai sensi dell'articolo 2425 del codice civile. L'importo accantonato è reso disponibile in misura proporzionale alla quota di partecipazione nel caso in cui l'ente partecipante ripiani la perdita di esercizio o dismetta la partecipazione o il soggetto partecipato sia posto in liquidazione. Nel caso in cui i soggetti partecipati ripianino in tutto o in parte le perdite conseguite negli esercizi precedenti l'importo accantonato viene reso disponibile agli enti partecipanti in misura corrispondente e proporzionale alla quota di partecipazione.

Il recesso del socio

- ▶ Sempre ammissibile (vedasi al riguardo art. 2437 del c.c..)
- ▶ E' chiaro che il recesso non esclude responsabilità per quei fatti verificatisi durante la durata della affiliazione in caso di fallimento della società