

# Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Schema d.lgs. ottobre 2018

## Nasce il diritto societario della crisi, insieme al diritto concorsuale societario (artt. 182-quater,quinquies,sexies)

- la dettagliata regolamentazione della fase di emersione della crisi (quanto a comportamenti da adottare e connesse responsabilità dei vari attori) e quella sui gruppi di imprese “in vista” dell’ingresso nelle procedure rappresenta “anche una significativa riforma societaria”, perché raccorda le due discipline in modo armonico. Con l’emanazione degli [artt. 3, 4 e 14](#) della legge delega 155/2017 e della bozza di decreto attuativo sulle modifiche al codice civile (artt. 374-379 CCI) avrebbe trovato definitivo riconoscimento l’autonomia del cd. **diritto societario della crisi**
- Si tratta di “*norme che prevedono la funzionalizzazione degli assetti organizzativi (anche) alla rilevazione tempestiva della crisi, il dovere di attivarsi per l’adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*”(artt. 14 L. 155 e futuri 2086, 2380-bis, 2475 c.c.) nonché “*i vari obblighi a carico degli organi sociali in forza delle misure protettive previste nell’ambito delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*” (così P. Montalenti)
- Resta, tuttavia, da indagare se questo microsistema possa qualificarsi come diritto speciale o addirittura autonomo, cioè sottoposto a propri principi applicabili anche in via analogica ai casi non regolati (senza ricorrere ai principi del diritto societario generale o di quello concorsuale)
- la rigidità dei controlli e delle segnalazioni indotte dalla riforma *in itinere*, con la procedimentalizzazione dettagliata di tutto l’*iter* della crisi - e, in definitiva, la transizione della gestione della stessa dai tribunali alle camere di commercio (al contrario di quanto realizzato in Francia) -, sembra andare in una direzione opposta alla gravità delle difficoltà economico-finanziarie nelle quali ancora si dibatte la gran parte delle aziende e, dunque, alla flessibilità richiesta dal mercato
- Le soluzioni offerte in altri ordinamenti per far fronte alle situazioni di crisi possono ripartirsi in due categorie: *rules vs. standards*. Da un lato, i sistemi che impongono agli amministratori doveri specificamente individuati (D, F, E); dall’altro lato, gli ordinamenti che vedono la materia regolata dai principi generali, pur declinati nella peculiare situazione dell’impresa, in crisi o in *twilight-zone* (GB e USA)
- Gli **assetti organizzativi**, intesi come sistemi e procedure di gestione e di controllo, assurgono a dovere degli amministratori, correlati alle dimensioni dell’impresa
- Il **controllo** si emancipa da una visione antiquata di mera verifica *ex post* ed assurge a pieno titolo ad elemento coesistente dell’esercizio dell’impresa. In particolare la rilevazione dei rischi (*risk assessment*) e il controllo degli stessi (*risk management*) a ben vedere, in ragione delle clausole generali integrate dalle fonti eteronome della tecnica aziendale e delle *best practices*, divengono elemento essenziale della corretta gestione, sia pure declinato in forme più o meno complesse secondo le dimensioni dell’impresa
- accanto alle categorie tradizionali del controllo di merito e del controllo di legalità, emerge il *tertium genus* del controllo di *correttezza e di adeguatezza organizzativa*: le *scelte di merito*, salvo il caso di manifesta irrazionalità, sono insindacabili in applicazione della *business judgment rule*, mentre, diversamente, le *scelte organizzative* in materia di controlli e di assetti organizzativi sono scrutinabili alla luce di parametri di correttezza, da ricercarsi sulla base di valutazioni tecniche e di *best practice* condivise

## Principi generali - Artt. 3 e 4: obblighi del debitore

- 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'art. 2086 c.c., ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative
- In particolare, il debitore ha il dovere di:
  - a) illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo ai creditori tutte le informazioni necessarie ed appropriate allo strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza prescelto;
  - b) assumere tempestivamente le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori;
  - c) gestire il patrimonio o l'impresa durante la procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza nell'interesse prioritario dei creditori.
- I creditori hanno il dovere, in particolare, di rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione del debitore e sulle informazioni acquisite

## Questioni rilevanti e soglie d'allerta

- - i doveri degli amministratori in presenza di crisi (possono limitarsi ad una gestione conservativa) ?
- No: 374, ma art. 89
  
- - qual è il ruolo del capitale sociale in situazione di crisi (va forse sostituito da indici di solvibilità ex art. 13 CCI) ?
- Art. 13 CCI – indicatori della crisi: indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso e, comunque, per i sei mesi successivi. Sono indicatori significativi, a questi fini, il **rapporto tra flusso di cassa e attivo, tra patrimonio netto e passivo, tra oneri finanziari e ricavi**.  
Costituiscono altresì indicatori di crisi reiterati e significativi ritardi nei pagamenti
  
- - come gestire le operazioni straordinarie (trasformazione, fusione o scissione) poste in essere nel corso della procedura o dopo?  
Art. 116 CCI e 6, co. 2, L. 155:
  
- 1) l'opposizione dei creditori solo con opposizione all'omologa (v. 285 per i gruppi);
  
- 2) gli effetti delle operazioni sono irreversibili, anche in caso di risoluzione o di annullamento del concordato, salvo il diritto al risarcimento dei soci o dei terzi danneggiati
  
- *Ratio*: dovrebbero prevalere le norme fallimentari per quanto riguarda la protezione dei terzi, e quelle societarie per i soli aspetti interni, relativi ai rapporti tra i soci
  
- art. 14 disciplina speciale in tema di ***Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica***.
- Opportunamente si prevedono, all'art. 6, comma 2, «specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale», la predisposizione di «indicatori di crisi aziendale». In caso di emersione di «uno o più indicatori», «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».
- Lo strumento per superare la crisi — nuovo istituto alternativo al fallimento — è «un **idoneo piano di risanamento**», specificato ulteriormente nel comma 4, «dal quale risulti comprovata la sussistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte».

## CP in continuità

- L'art. 84 CCI stabilisce la finalità del c.p.:
- 1. Con il concordato preventivo il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori mediante la continuità aziendale o la liquidazione del patrimonio.
- 2. La continuità può essere diretta, in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, in caso sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente alla presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo, **ed è previsto dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno il trenta per cento di quelli in forza al momento del deposito del piano, per i successivi due anni.**
- In caso di continuità diretta il piano prevede che l'attività d'impresa è funzionale ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci. In caso di continuità indiretta la disposizione di cui al periodo che precede si applica anche con riferimento all'attività aziendale proseguita dal soggetto diverso dal debitore.
- 3. Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino. La prevalenza si considera sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un'attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà dei lavoratori in forza al momento del deposito del ricorso.
- A ciascun creditore deve essere assicurata un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile. Tale utilità può anche essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa.
- Ai **soci** si deve applicare la **New Value Doctrine** ? Pagare qlc per riacquistare la partecipazione
- Il c.p. liquidatorio è osteggiato in ogni modo:
- 4. Nel concordato liquidatorio l'apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario.

## Affitto d'azienda e continuità: art. 84

- il 3° comma dell'art. 84 CCI dispone:
- Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino. La **prevalenza si considera sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivano da un'attività d'impresa alla quale sono addetti almeno la metà dei lavoratori in forza al momento del deposito del ricorso.**
- 
- come intendere ciò in caso di affitto di azienda, dopo che il comma 2 enuncia il "**mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno il trenta per cento di quelli in forza al momento del deposito del piano, per i successivi due anni**" ?
- 
- e qui nasce un'opposta interpretazione.
- 
- Nardecchia: l'inciso sulla prevalenza, che richiede il 50% dei dipendenti, è "applicabile alla sola continuità diretta, dato che in quella indiretta il principio di prevalenza quantitativa riferito alla soddisfazione dei creditori andrà applicato facendo riferimento al ricavato della cessione o del conferimento dell'azienda rispetto alla liquidazione degli altri beni"
- 
- Lamanna, invece, osserva (con l'ausilio della Relazione) che "La norma sembra affermare infatti esattamente il contrario, laddove, lungi dal porre una qualsiasi differenza di disciplina per le due tipologie di concordato in continuità, **espressamente** riferisce indifferentemente ad entrambe il medesimo requisito di prevalenza nei termini sopra riferiti ("Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla **continuità aziendale diretta o indiretta**, ivi compresa la cessione del magazzino. **La prevalenza si considera sussistente...**").
- Anche la Relazione, su questo aspetto, è chiara, facendo riferimento sintomatico proprio al concordato liquidatorio: "Si vuole tuttavia evitare che una prosecuzione solo apparente dell'attività imprenditoriale, ad esempio limitata ad un ramo insignificante dell'azienda, consenta l'aggiramento della previsione secondo la quale **il concordato liquidatorio** è ammissibile solo ove si avvalga di risorse poste a disposizione da terzi che accrescano sensibilmente le prospettive di realizzo per i creditori. In tale prospettiva, i benefici della continuità spettano soltanto se essa sia reale e dunque se consenta un significativo incremento delle risorse destinate ai creditori. Per tale motivo, la disposizione pone una presunzione di prevalenza, che si considererà in ogni caso sussistente quando, secondo le previsioni del piano, i flussi di cassa attesi dalla continuità per almeno due anni siano generati da un'attività imprenditoriale alla quale siano addetti almeno la metà dei lavoratori in forza al momento del deposito del ricorso".
- 
- e conclude: "Solo in questa ipotesi, perciò, troverà applicazione il parametro della prevalenza, e in tal caso non basterà per l'ammissibilità del concordato con continuità aziendale indiretta il mantenimento di una forza lavoro pari al 30%, ma sarà giocoforza necessario che vi sia almeno la conservazione del 50% di essa, poiché altrimenti mancherebbe il concorrente requisito della prevalenza, di cui si potrà fare a meno, ripeto, solo qualora non sia prevista la dismissione liquidativa di una parte dei beni aziendali".

## Art. 6 crediti prededucibili

- Criterio di delega, art. 2 L. 155/17 (lett. L):
- *ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali, anche attraverso misure di responsabilizzazione degli organi di gestione e di contenimento delle ipotesi di prededuzione, con riguardo altresì ai compensi dei professionisti, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure*
- 1. Oltre ai crediti così espressamente qualificati dalla legge, sono prededucibili: a) i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi di impresa di cui al capo II del titolo II e dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento; b) i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e per la richiesta delle misure protettive, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che l'accordo sia omologato; c) i crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda, nei limiti del 75% del credito accertato e a condizione che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 47; d) i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore, la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi.
- 2. La prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali.
- 3. Non sono prededucibili i crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI.

## Norme processuali e innovative

- Art. 7: Nel caso di proposizione di più domande, il tribunale tratta in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, a condizione che nel piano sia espressamente indicata la convenienza per i creditori e che la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile o infondata
- Art. 8: La durata complessiva delle misure protettive non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe
- Art. 9: La sospensione feriale dei termini di cui all'articolo 1 della legge 7 ottobre 1969, n.742 non si applica ai procedimenti disciplinati dal presente codice, salvo che non sia diversamente disposto.  
2.Salvi i casi in cui non sia previsto altrimenti, nelle procedure disciplinate dal presente codice, il patrocinio del difensore è obbligatorio
- Art. 49: La sentenza di liquidaz. giud. autorizza il curatore, con le modalità di cui agli articoli 155-quater, 155-quinquies e 155-sexies delle disp. att. cpc:
  - 1) ad accedere a titolo gratuito alle banche dati dell'anagrafe tributaria e dell'archivio dei rapporti finanziari;
  - 2) ad accedere a titolo gratuito alla banca dati degli atti assoggettati a imposta di registro e ad estrarre copia degli stessi;
  - 3) ad acquisire l'elenco dei clienti e l'elenco dei fornitori di cui all'articolo 21 del decreto legge 31 maggio 2010 n.78, convertito dalla legge 30 luglio 2010 n.122 e successive modificazioni;
  - 4) ad acquisire la documentazione contabile in possesso delle banche e degli altri intermediari finanziari relativa ai rapporti con l'impresa debitrice, anche se estinti;
  - 5) ad acquisire le schede contabili dei fornitori e dei clienti relative ai rapporti con l'impresa debitrice.

## Gruppi: artt. 3 L. 155 e 284 ss. CCI

- due idee di fondo: 1) consentire e regolare il trattamento unitario delle diverse procedure – di concordato o di liquidazione giudiziale o AdR – aperte nei confronti delle componenti del gruppo, qualora sia prevedibile che il c.d. consolidamento procedurale (sede holding o maggiori debiti) si risolva in un vantaggio per i creditori coinvolti;
- 2) mantenere distinte le masse attive e le masse passive delle singole imprese del gruppo, anche qualora si proceda alla gestione unitaria delle procedure di soluzione della crisi o dell'insolvenza, ma adozione di una nozione di “**interesse di gruppo**” che abbia lo scopo di dare **stabilità** al gruppo, prevalendo sull'interesse sociale delle singole società (e dei suoi soci esterni)
- 
- 284: Più imprese in stato di crisi o di insolvenza appartenenti al medesimo gruppo e aventi ciascuna il centro degli interessi principali nello Stato italiano possono proporre con un unico ricorso la domanda di accesso al CP con un unico piano o con piani interferenti
- illustrazione delle ragioni di maggiore convenienza, in funzione del migliore soddisfacimento dei creditori delle singole imprese, della scelta di presentare un piano unitario ovvero piani collegati e interferenti invece di un piano autonomo per ciascuna impresa
- 285: possibili operazioni contrattuali e riorganizzative, ivi inclusi la liquidazione di una società e trasferimenti di risorse infragruppo, purché un professionista indipendente attesti che dette operazioni sono necessarie ai fini della continuità aziendale per le imprese per le quali essa è prevista e coerenti con l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo
- riemerge sotto altro versante la teoria dei **vantaggi compensativi** (art. 2497), seppur in forma controllata e volta esclusivamente a favore dei creditori (i soci infatti la subiscono), ex art. 285, ultimo comma
- contestazioni dei creditori dissenzienti, che rappresentino almeno il 20% dei crediti di una singola società, e dei soci di minoranza solo attraverso l'opposizione all'omologazione: il tribunale, effettuando una valutazione complessiva del piano unitario o dei piani collegati, può ritenere che i creditori risultino soddisfatti in misura non inferiore a quanto ricaverebbero dalla liquidazione giudiziale della singola società (e i soci non siano pregiudicati, in virtù dei vantaggi compensativi). E' il c.d. *cram down*, basato sul principio del **no creditor worse off** (NCWO)
- - quali i doveri della capogruppo in caso di crisi del gruppo: deve mantenere l'equilibrio del gruppo, quindi coprire le perdite delle controllate, come sostenuto da emergenti teorie internazionali (caso Rozenblum della Cassazione francese e Progetto Uncitral)?
- escluse dal voto le imprese del gruppo “**titolari di crediti**”, anche se “ascendenti”... e quanto al trattamento ?
- differenza dalla LG, dove la postergazione è fissata solo all'anno anteriore (292) e “sulla base di rapporti di finanziamento contratti dopo il deposito della domanda che ha dato luogo all'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno anteriore, sono postergati
- il concordato di gruppo omologato non può essere **risolto o annullato** quando i relativi presupposti si verificano soltanto rispetto a una o ad alcune imprese del gruppo, a meno che ne risulti significativamente compromessa l'attuazione del piano anche nei confronti delle altre imprese (art. 286), in applicazione del principio di “essenzialità” – riferito all'intero disegno ristrutturatorio – di cui all'art. 1459 c.c.