

**IL NUOVO CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA
APPUNTI SPARSI SUGLI SCHEMI DEI DECRETI LEGISLATIVI DI ATTUAZIONE DELLA
LEGGE DELEGA N. 155/2017**

A CURA DI AVV. FRANCESCO PACILEO – OF COUNSEL LAWYALTY AVVOCATI ASSOCIATI

1. Lo scorso 22 dicembre, la commissione di esperti incaricata di predisporre gli schemi dei decreti legislativi di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 per la riforma della disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza (di seguito "*schemi di decreto*" o, al singolare, "*schema di decreto*"), ha rassegnato le bozze di due dei tre decreti legislativi *in fieri*.

I due schemi di decreto sono di grande importanza sistematica ed operativa e contemplano, rispettivamente: (a) un codice della crisi e dell'insolvenza (di seguito "*c.c.i.*" o "*Codice*"), destinato a rimpiazzare integralmente il r.d. n. 267 del 1942 (la legge fallimentare) e la l. n. 3 del 2012 (la legge sul sovraindebitamento); (b) modifiche ad alcune disposizioni del codice civile in materia societaria che presentano connessioni sistematiche al Codice.

Questi due schemi di decreto, la relazione d'accompagnamento (di seguito "*Relazione*"), le relative disposizioni transitorie sono consultabili sul sito www.osservatorio-oci.org, mentre la legge delega n. 155/2017 (di seguito "*Legge delega*") è consultabile sul sito www.lawyalty.it.

Si segnalano da subito, fra le principali novità, l'eliminazione dei termini "fallimento", "fallito" e loro derivati; la definizione di "crisi"; l'introduzione di procedure di allerta e di composizione assistita della crisi; il forte ridimensionamento del concordato preventivo liquidatorio; la previsione di una specifica disciplina della crisi e dell'insolvenza dei gruppi di imprese; la puntualizzazione di un dovere di predisporre assetti organizzativi adeguati ad accertare e gestire tempestivamente una crisi di impresa, con particolare attenzione al profilo della continuità aziendale.

In estrema sintesi, il Codice (i) è composto da 359 articoli ai quali vanno aggiunti 35 articoli delle disposizioni di attuazione e transitorie; (ii) è suddiviso in nove titoli, a loro volta ripartiti in capi, sezioni e sottosezioni.

L'importanza, la tempistica ed anche la provvisorietà dei due schemi di decreto impongono di rinviare ad un secondo momento una riflessione analitica sul loro contenuto.

Di seguito mi limiterò ad alcuni appunti sparsi ed a carattere "impressionistico" sulla sistematica del Codice e su alcuni profili che hanno destato il mio interesse ad una prima lettura.

2. Riguardo al Codice, il Titolo I contiene le *disposizioni generali* e ne delinea l'impostazione sistematica, attraverso alcune definizioni e principi di applicazione generale a cui devono essere improntate disposizioni più specifiche, a loro volta destinate a disciplinare le situazioni meritevoli di ulteriore e diversificata regolazione. Coerente con tale impostazione è la scelta

di disciplinare nel medesimo contesto, pur con le dovute rilevanti differenze, la crisi e l'insolvenza (i) delle imprese attualmente "fallibili" (ii) dei soggetti attualmente "non fallibili" – tra cui le imprese minori, i consumatori ed i professionisti – a cui si possono applicare le procedure di sovraindebitamento,.

2.1. In tale ambito si segnala la *definizione di "crisi"* (art. 2 c.c.i.), intesa come «lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte *regolarmente* alle obbligazioni pianificate» [corsivo originale]. Trattasi di una definizione di ampia portata ed inevitabilmente perfezionabile. Detta ampiezza permette di individuare all'interno della medesima definizione (i) una distinta ed ulteriore nozione di "crisi" connessa alla necessità di operare una ristrutturazione dei debiti, quale presupposto quanto meno del concordato preventivo; (ii) una "crisi" incipiente, meno grave di quella di cui *sub (i)*, che può essere segnalata dagli «indicatori» di cui all'art. 16 c.c.i., tra cui in particolare la sussistenza di dubbi sulla continuità aziendale (*ultra*, § 3.1). Riguardo alla definizione di "crisi", in altra sede avevo già avuto modo di sottolineare la necessità di procedere dal parametro della continuità aziendale – anche con specifico riferimento alla probabilità di insolvenza ed all'interpretazione dell'avverbio «regolarmente» – al fine di individuare la nozione di crisi di impresa e delineare diverse gradazioni di crisi giuridicamente rilevanti, ed a tale sede rinvio per considerazioni che valgono anche in merito alla definizione formulata dallo schema di decreto [cfr. F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017, pp. 273 ss.].

Altra definizione sistematicamente rilevante è quella, finalmente in positivo, di "gruppo di imprese", quale «insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato, che ai sensi degli articoli 2497 e 2545-*septies* del codice civile sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica, sulla base di un vincolo partecipativo o di un contratto; a tal fine si presume, salvo prova contraria, che: (a) l'attività di direzione e coordinamento di società sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci; (b) siano sottoposte alla direzione e coordinamento di una società o ente le società controllate, direttamente o indirettamente, o sottoposte a controllo congiunto, rispetto alla società o ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento».

2.2. Le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza perseguono le *finalità* di «pervenire al miglior soddisfacimento dei creditori salvaguardando i diritti del debitore, nonché, ove questi eserciti un'attività d'impresa, favorire il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche attraverso la rilevazione tempestiva della crisi medesima, in vista di soluzioni concordate con tutti o parte dei creditori, ovvero, in difetto, il proficuo avvio di una procedura liquidatoria» (art. 3 c.c.i.).

Anche per come è impostato il testo dell'art. 3 citato e sulla scorta dell'evoluzione del diritto della crisi di impresa, il «miglior soddisfacimento dei

creditori» appare come la finalità *prima inter pares*, sovraordinata rispetto a quelle enunciate successivamente.

In particolare, il rapporto fra «miglior soddisfacimento dei creditori» e continuità aziendale varia a seconda della gravità della crisi. Certamente, nel caso di una crisi la cui soluzione necessiti di una ristrutturazione dei debiti con significativi sacrifici per i creditori, la continuità aziendale viene ad assumere un ruolo strumentale rispetto al «miglior soddisfacimento dei creditori». Detto rapporto appare invece più equilibrato in una fase di crisi incipiente, che può ancora essere risolta senza ristrutturazione dei debiti e pure con soluzioni che non richiedano sacrifici per i creditori, come può accadere nella fattispecie prevista dall'art. 16 c.i.i. (*supra*, § 2.1; *ultra*, § 3.1).

Ciò nonostante, si segnala che la continuità aziendale ora assurge a finalità principale perseguita dal Codice e quindi dal diritto della crisi di impresa. In altra sede ho voluto approfondire la nozione, anche giuridica, di “continuità aziendale” e la rilevanza centrale, quale principio, dell’esercizio dell’impresa secondo criteri di continuità aziendale, anche in relazione ai doveri gestori che sorgono «in difetto» (riprendendo il testo dell’art. 3 c.c.i.) della continuità aziendale [cfr. F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, cit., pp. 83 ss.].

2.3. E proprio la continuità aziendale si collega ad un’altra importante novità, contenuta nell’art. 4 c.c.i. che prevede il dovere del debitore di «assumere le obbligazioni in modo prudente e proporzionato alle proprie capacità patrimoniali».

Un simile riferimento alla *prudenza* ed alla *proporzionalità* è quasi inedito nell’ambito del diritto positivo della crisi di impresa.

Espressioni simili si rinvengono (i) riguardo alla prudenza, nel diritto bancario, con riferimento alla «sana e prudente gestione» quale finalità di vigilanza delle autorità creditizie (art. 5 d.lgs. n. 385/1993); (ii) riguardo alla proporzionalità rispetto alle capacità patrimoniali, nella l. n. 3/2012 sul sovraindebitamento, relativamente ai criteri per l’omologazione del piano del consumatore (art. 12-*bis* l. n. 3/2012) ed a quelli per la concessione dell’esdebitazione nella procedura di liquidazione del patrimonio (art. 14-*terdecies* l. n. 3/2012).

Sicuramente si potranno trarre spunti dall’elaborazione del pensiero giuridico e della prassi interpretativa in tali contesti.

Ma credo che, con particolare riferimento al debitore-imprenditore, il criterio della prudenza e della proporzionalità vada letto soprattutto quale *criterio gestorio*, e, più precisamente: (i) anche per le imprese *in bonis*, quale limite entro cui si configura la *business judgment rule*, che impone ai gestori di adottare tutte le cautele opportune (quali perizie, *due diligence* ecc.) prima di adottare una scelta d’impresa, anche ai fini della programmazione e dell’esercizio di una regolare attività solutoria; (ii) per le imprese in crisi, quale criterio di gestione conservativa “attenuata”, che ponga attenzione all’impresa in un’ottica di ripristino della continuità aziendale ed agli interessi dei creditori e

solo eventualmente in un secondo momento a prospettive di profitto (specie per le società di capitali, ove vige la responsabilità limitata dei soci). Al riguardo, una conferma della lettura del criterio della prudenza e della proporzionalità nel senso da ultimo sottolineato si ha (α) nell'art. 5, comma 2, lett. c), c.c.i., laddove prevede, tra i doveri del debitore, quello di «gestire il patrimonio o l'impresa durante la regolazione della crisi o dell'insolvenza in modo da conservarne l'integrità e il valore nell'interesse prioritario dei creditori»; (β) nell'art. 89, comma 2, c.c.i., laddove stabilisce che nel concordato preventivo in continuità aziendale il piano preveda che «l'attività d'impresa è diretta ad assicurare il ripristino dell'equilibrio economico finanziario nell'interesse prioritario dei creditori, oltre che dell'imprenditore e dei soci»; (γ) nella rubrica dell'art. 2086 c.c. – come prevista dal secondo schema di decreto che modifica il codice civile – intitolata appunto «Gestione dell'impresa» e non più «Direzione e gerarchia dell'impresa», e nella relativa disposizione incentrata sul dovere di predisporre assetti amministrativi, organizzativi e contabili adeguati «anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale» [cfr. F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, cit., *passim*, per un approfondimento su tale criterio gestorio, anche nelle declinazioni testé riportate *sub (ii)* e *sub (α), (β) e (γ)*].

2.4. In coerenza con quanto previsto nel citato disposto dell'art. 2086 c.c., un altro dovere dell'imprenditore che il Codice pone al centro del diritto della crisi di impresa è quello di predisporre misure per il tempestivo accertamento e la pronta gestione della crisi.

Al riguardo l'art. 4, commi 2 e 3, c.c.i. delinea con diversa ampiezza tale dovere per l'imprenditore individuale e per l'imprenditore collettivo.

Il primo «deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte»; il secondo, inoltre, «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».

Tale dovere confluisce allora nel dovere di predisporre assetti organizzativi adeguati alla natura ed alle dimensioni dell'impresa, di cui ora all'art. 2381 c.c. e, nell'ottica del *conditor legis*, al futuribile art. 2086 c.c. (*supra*, § 2.3; *ultra*, § 11.1).

Il realtà, l'art. 2086 c.c., come previsto dal secondo schema di decreto, fa riferimento anche all'imprenditore individuale. Tale apparente antinomia costituisce probabilmente un refuso destinato ad essere corretto. Ad ogni modo, la legge delega fa riferimento ad un dovere per qualsiasi impresa di predisporre assetti organizzativi adeguati.

Il dovere di predisporre misure per il tempestivo accertamento e la pronta gestione della crisi assume un ruolo nevralgico nella sistematica del Codice e più ampiamente nel diritto della crisi d'impresa, raccordandosi (*i*) con il principio di

prudente e proporzionata gestione dell'attività solutoria (*supra*, § 2.3); (ii) per l'appunto, con la predisposizione di assetti organizzativi adeguati; (ii) con le procedure di allerta, soprattutto "interna" (*ultra*, § 3.1).

2.5. Ad uno sguardo sintetico risalta la *stretta interconnessione* fra (i) le finalità di miglior soddisfacimento dei creditori in correlazione alla continuità aziendale (*supra*, § 2.2); (ii) il principio di prudente e proporzionata gestione dell'attività solutoria (*supra*, § 2.3); (iii) il dovere gestorio di predisporre misure per il tempestivo accertamento e la pronta gestione della crisi, soprattutto attraverso adeguati assetti organizzativi (*supra*, § 2.4).

Tali principi e doveri sono espressione di un più ampio sistema della crisi di impresa delineato dal Codice secondo un ordine tale per cui i principi e doveri di cui *sub* (ii) e (iii) possono essere intesi come particolari declinazioni attraverso le quali si perseguono le finalità di cui *sub* (i).

3. Il Titolo II introduce e disciplina *le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*.

Tali procedure costituiscono una delle principali novità introdotte dalla legge delega, ispirata dall'ordinamento francese ed attenta all'evoluzione del diritto europeo verso una ristrutturazione precoce delle imprese in crisi. La Relazione ne chiarisce lo scopo, basato «sulla constatazione che le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore e che, viceversa, il ritardo nel percepire i prodromi di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile ed a rendere perciò velleitari – e non di rado addirittura ulteriormente dannosi – i postumi tentativi di risanamento».

Si segnala la collocazione nell'ambito delle Camere di commercio del nuovo Organismo di composizione della crisi di impresa (di seguito "OCC").

L'OCC svolge (i) una funzione di assistenza al debitore; (ii) una funzione gestoria riguardo agli adempimenti procedurali attraverso i quali la procedura di allerta e quella di composizione assistita sono destinate a svilupparsi; (iii) una funzione di controllo ed eventuale segnalazione alle autorità competenti degli esiti negativi delle procedure di composizione assistita della crisi, oltre che di quelle di allerta.

Va segnalato che sia per l'OCC sia per gli altri uffici amministrativi oltre che per le autorità giudiziarie competenti nelle procedure previste dal Codice, l'art. 7 c.c.i. prevede un dovere di agire «in modo sollecito ed accurato, tenuto conto della rilevanza degli interessi coinvolti ed avuto riguardo anche al buon funzionamento del mercato e ai diritti dei lavoratori».

3.1. Riguardo alle procedure di *allerta*, l'art. 15 c.c.i. prevede che costituiscono strumenti di allerta «gli oneri di segnalazione posti a carico dei soggetti qualificati di cui agli articoli [17 e 18 c.c.i., n.d.r.], finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore nel codice civile, alla

tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione».

Le procedure di allerta si applicano agli imprenditori commerciali, con esclusione delle grandi imprese [secondo i parametri di grandezza previsti dalla direttiva UE n. 2013/34; cfr. art. 2 n. (7) c.i.i.], dei gruppi di imprese di rilevante dimensione e delle società per azioni quotate o comunque "aperte".

L'art. 16 c.c.i., di notevole importanza sistematica per le ragioni descritte (*supra*, §§ 2.1 e 2.2), individua gli «Indicatori della crisi», ossia «gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore e rilevabili attraverso appositi indici, con particolare riguardo alla sostenibilità dei debiti nei successivi sei mesi ed alle prospettive di continuità aziendale, nonché l'esistenza di significativi e reiterati ritardi nei pagamenti, tenuto conto anche di quanto previsto nell'articolo 27».

Al riguardo ancora una volta emerge la centralità della continuità aziendale e si crede che un importante parametro di riferimento si rinvenga negli indici contenuti nel § A2 delle Linee Guida allegate al Principio di revisione internazionale (ISA Italia) 570, intitolato «Continuità aziendale».

È di chiara evidenza che gli indici di cui all'art. 16 c.c.i., da valutare unitariamente, assumeranno rilievo fondamentale per far scattare meccanismi di controllo interno più stringenti ai fini dell'adeguatezza degli assetti organizzativi (*supra*, § 2.4; *ultra*, § 11.1).

In considerazione della complessità tecnica necessaria per l'elaborazione di detti indici, si condivide poi il rinvio, operato nel comma 2, ad un aggiornamento triennale di detti indici ad opera del C.N.D.C.E.C., tenuto conto delle migliori prassi nazionali ed internazionali ed in riferimento ad ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni ISTAT.

Lo schema di decreto, in conformità alla legge delega, distingue procedure di allerta "interna" e procedure di allerta "esterna", in considerazione dei soggetti tenuti a promuoverne l'avvio.

(a) Ai sensi dell'art. 17, comma 1, c.c.i., l'allerta "interna" è promossa dagli «organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni e tenuto conto del tempestivo scambio di informazioni di cui all'articolo 2409-*septies* del codice civile», i quali «hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, nel caso assumendo idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi».

Qualora sussistano elementi che rendano necessaria una segnalazione agli uffici preposti all'amministrazione, l'art. 17, comma 2, c.c.i. prevede che detta segnalazione debba essere motivata, fatta per iscritto, a mezzo posta elettronica certificata o comunque con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione, nonché che debba contenere la fissazione di un

congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'ufficio amministrativo riferisca in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese.

In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni di misure ritenute necessarie, i soggetti di cui al comma 1 citato informano senza indugio l'OCC, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'articolo 2407, comma 1, c.c. quanto all'obbligo di segretezza.

Qualora i soggetti di cui al comma 1 abbiano adempiuto correttamente e tempestivamente ai menzionati doveri di segnalazione all'organismo di composizione della crisi, essi saranno posti al riparo da responsabilità solidale «per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dall'organo amministrativo in difformità dalle prescrizioni ricevute, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione» (art. 17, comma 3, c.c.i.).

(b) Ai sensi dell'art. 18 c.c.i., l'allerta "esterna" è promossa da «creditori pubblici qualificati», ossia l'Agenzia delle Entrate, l'INPS e l'agente della riscossione.

Tali soggetti sono tenuti ad avvisare il debitore – all'indirizzo di posta elettronica certificata di cui siano in possesso o, in mancanza, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento inviata all'indirizzo risultante dall'anagrafe tributaria – (a) che la sua esposizione debitoria ha superato l'importo rilevante secondo i parametri di cui all'art. 18, comma 2, c.c.i.; (b) che essi procederanno a segnalare agli uffici preposti al controllo della società, se esistenti, ed all'OCC che lo stesso debitore, entro i successivi tre mesi dall'avviso, non ha posto in essere nessuna delle seguenti condotte: (b') estinzione del debito; (b'') raggiungimento di un accordo; (b''') presentazione di istanza di composizione assistita della crisi o di domanda per l'accesso ad una procedura concorsuale.

(c) Una volta pervenuta la segnalazione di allerta, l'OCC è tenuto a gestire il procedimento di allerta, ai sensi degli artt. 20 e ss. c.c.i.

In estrema sintesi, (i) l'OCC (che agisce per il tramite di un referente), ricevuta la segnalazione o l'istanza del debitore, nomina senza indugio un collegio di esperti indipendenti dal debitore; (ii) il collegio fissa un'audizione del debitore entro 15 giorni dal ricevimento della segnalazione o dell'istanza; (iii) all'esito dell'audizione, in caso di insussistenza di fondati indizi della crisi, il collegio dispone l'archiviazione delle segnalazioni ricevute; (iv) qualora invece rilevi che sussistano fondati indizi della crisi, il collegio individua insieme al debitore le possibili misure idonee a porvi rimedio e fissa il termine entro il quale quest'ultimo deve riferire in ordine alla loro attuazione; (v) nel caso in cui il debitore non abbia assunto alcuna iniziativa allo scadere del termine di cui *sub* (iv), il collegio informa con breve relazione scritta l'OCC, il quale ne dà immediata comunicazione ai soggetti autori delle segnalazioni; (vi) nel caso in

cui il debitore diserti l'audizione ovvero, dopo l'audizione, non sussistano i presupposti per l'archiviazione delle segnalazioni ed il debitore non depositi l'istanza di composizione assistita della crisi, si rinvia, *infra*, al successivo § 3.3 in relazione alle misure da adottare.

3.2. Il *procedimento di composizione assistita della crisi* può essere promosso dinanzi all'OCC esclusivamente su istanza del debitore all'esito della procedura di allerta o anche prima ed a prescindere da tale esito.

Già la legge delega e poi lo schema di decreto sottolineano che tale procedimento debba avere carattere «riservato e confidenziale».

(a) In estrema sintesi l'OCC, per il tramite del collegio di esperti [se non si erra (il testo dell'art. 22, comma 1, c.c.i. per un refuso è privo di soggetto)], fissa un termine entro cui il debitore deve ricercare una soluzione concordata della crisi attraverso trattative con i creditori. Il relatore del collegio segue le trattative.

Tale termine non è superiore a tre mesi e prorogabile fino ad un massimo di sei mesi in caso di sviluppi positivi delle trattative.

(b) Avviate le trattative, il collegio provvede tempestivamente ed in alternativa (i) ad acquisire dal debitore una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa nonché un elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali, con indicazione dei rispettivi crediti e delle eventuali cause di prelazione; (ii) su richiesta del debitore, a predisporre la relazione e l'elenco di cui sopra.

(c) Dopo l'audizione prevista per il procedimento di allerta, il debitore che abbia presentato istanza di assistenza per la composizione della crisi può chiedere al tribunale concorsuale competente *misure protettive* necessarie per condurre a termine le trattative in corso.

La durata iniziale delle misure protettive non può essere superiore a sessanta giorni, e può essere prorogata anche più volte, su istanza del debitore, entro il termine complessivo massimo di centottanta giorni, o comunque non oltre la scadenza del termine di cui all'articolo 22, comma 1, solo a condizione che siano stati compiuti progressi significativi nelle trattative tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo, su conforme attestazione resa dal collegio.

Durante il procedimento di composizione assistita della crisi e fino alla sua conclusione, il debitore può altresì chiedere al medesimo tribunale concorsuale che siano disposti, con provvedimento da pubblicarsi nel registro delle imprese, il differimento degli obblighi previsti dagli artt. 2446, 2° e 3° comma, 2447, 2482-*bis*, 4°, 5° e 6° comma, nonché 2482-*ter* c.c., oltre che la non operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, n. 4), e 2545-*duodecies* c.c.

Le misure protettive sopra menzionate possono essere revocate in ogni momento, anche d'ufficio, se risultano commessi atti di frode nei confronti dei creditori o se il collegio segnala al giudice competente che non vi è possibilità di addivenire a una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure idonee a superare la crisi.

(d) A questo punto lo schema di decreto prospetta tre possibili scenari: (i) debitore e creditori coinvolti nelle trattative pervengono ad un accordo stragiudiziale; (ii) il debitore dichiara che intende presentare domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di ammissione a concordato preventivo; (iii) allo scadere del termine disposto non si è raggiunto un accordo, permane una situazione di crisi ed il debitore non effettua la dichiarazione di cui *sub (ii)*.

Nell'ipotesi di cui *sub (i)*, l'accordo stragiudiziale deve avere forma scritta, resta depositato presso l'OCC e non è ostensibile a soggetti diversi da coloro che lo hanno sottoscritto. Tale accordo produce gli stessi effetti del piano attestato di risanamento.

Nell'ipotesi di cui *sub (ii)*, su richiesta del debitore il collegio attesta la veridicità dei dati aziendali, funzione questa attualmente esercitata dal professionista attestatore.

Nell'ipotesi di cui *sub (iii)*, il collegio invita il debitore a presentare domanda di accesso ad una delle procedure regolatrici della crisi o dell'insolvenza entro il termine di trenta giorni. In tal caso, (a) il debitore può utilizzare la documentazione prodotta nella procedura; (b) il debitore può chiedere di essere assistito dai componenti del collegio ai fini presentazione della domanda, beneficiando di criteri tariffari trasparenti per i relativi compensi; (c) gli atti relativi al procedimento di composizione assistita della crisi e i documenti prodotti o acquisiti nel corso dello stesso possono essere utilizzati unicamente nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale o di un procedimento penale dalla stessa derivante, con esclusione, in quest'ultimo caso, delle dichiarazioni rese dal debitore.

3.3. L'art. 25 c.c.i. disciplina la procedura da adottare nelle ipotesi di *inerzia del debitore* dinanzi agli esiti negativi delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi.

Le ipotesi di inerzia contemplate sono le seguenti: (i) il debitore non compare per l'audizione prevista per l'allerta (*supra*, § 3.1); (ii) il debitore compare all'audizione di cui sopra, il collegio non dispone l'archiviazione e lo stesso debitore non deposita l'istanza di avvio del procedimento di composizione assistita della crisi; (iii) il debitore, all'esito infruttuoso delle trattative previste nell'ambito della procedura di composizione assistita della crisi, non deposita domanda di accesso ad una procedura concorsuale nel termine disposto dal collegio.

Nelle descritte ipotesi, il collegio, se ritiene che gli elementi acquisiti rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore, lo segnala con relazione motivata al referente dell'OCC, il quale ne dà notizia al pubblico ministero presso il tribunale competente del luogo in cui si trova la sede legale dell'impresa, con atto redatto secondo la normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

Il pubblico ministero, ove ritenga fondata la segnalazione di insolvenza, presenta domanda di apertura della procedura di liquidazione giudiziale (l'odierno fallimento) entro sessanta giorni dalla sua ricezione.

3.4. L'art. 28 c.c.i. prevede *misure premiali* anche sotto il profilo penale per il debitore che presenti tempestivamente istanza di apertura di una procedura di composizione assistita della crisi o di una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

L'art. 27 c.c.i. delinea i parametri di tempestività.

La *lex ferenda* adotta dunque il "metodo del bastone e della carota" con riferimento alla tempestività con cui il debitore ricorre agli strumenti previsti dal Codice.

4. Il Titolo III afferisce alle *procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza* .

Osserva la Relazione che tale collocazione sistematica «muove anche in questo caso dall'idea – espressamente recepita nella legge delega – di una regolazione unitaria di base sulla quale innestare regole specifiche per le diverse possibili diramazioni del procedimento».

Si segnala il recepimento dal diritto dell'Unione Europea della nozione di «centro degli interessi principali del debitore» (COMI), ai fini dell'individuazione della giurisdizione e della competenza territoriale dell'autorità giudiziaria.

5. Il Titolo IV è dedicato agli *strumenti di regolazione della crisi* .

Tali «strumenti» sono i piani attestati di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, il concordato preventivo, le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento. Per i sovraindebitati non consumatori è prevista una apposita figura di concordato minore.

Detta collocazione delle menzionate procedure nell'ambito del medesimo titolo può consentire un'interpretazione, si passi il termine, "sub-sistematica" delle disposizioni dubbie concernenti tali procedure «di regolazione» di crisi ed insolvenza: si vuol dire che eventuali lacune normative presenti in una procedura «di regolazione» della crisi potrebbero essere colmate innanzi tutto mediante l'interpretazione estensiva o analogica di disposizioni contenute in un'altra procedura di «regolazione» della crisi.

5.1. Il *concordato preventivo* è sostanzialmente circoscritto al concordato in continuità aziendale.

Il concordato preventivo liquidatorio è consentito solo in presenza di apporto di risorse esterne che incrementino di almeno il dieci per cento il soddisfacimento dei creditori ed è fatta salva la vigente soglia di ammissibilità concernente la previsione del soddisfacimento del venti per cento dei crediti chirografari (art. 89 comma 4, c.c.i.).

Nei casi di concordato "misto", per individuare la disciplina applicabile si prevede espressamente il criterio della prevalenza delle risorse destinate al

soddisfacimento dei creditori, conformemente all'orientamento maggioritario della giurisprudenza (art. 89, comma 3, c.c.i.).

L'art. 89, comma 3, c.c.i. risolve una questione controversa ed oggetto di critiche in dottrina, precisando che la «utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile» che la proposta di concordato deve assicurare a ciascun creditore «può anche essere rappresentata da vantaggi fiscali o dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa».

Sono previste fattispecie di formazione obbligatoria di classi di creditori [art. 90, comma 2, lett. d), c.c.i.]; è disciplinata la situazione di conflitto d'interessi nel voto dei creditori (art. 114, commi 6 e 7, c.c.i.); è contemplata solo in via facoltativa la nomina da parte del debitore proponente di un esperto indipendente che attestati la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano di concordato (art. 92, comma 2, c.c.i.).

Merita di esser segnalata altresì la concentrazione nel giudizio di omologazione e nelle eventuali relative opposizioni anche degli strumenti di tutela dei soci della società in concordato e di eventuali terzi (ivi compresi i soci ed i debitori di altre società di cui nel piano sia prevista la fusione con quella soggetta alla procedura concorsuale). Tale scelta è finalizzata a conferire immediata stabilità al concordato approvato dalle prescritte maggioranze e pertanto ad evitare che un concordato ormai omologato ed in fase di esecuzione resti in situazione di precaria certezza per effetto di impugnazioni o opposizioni successivamente proposte a norma del codice civile (cfr. art. 121 c.c.i.).

6. Il Titolo V rinomina la vigente procedura di fallimento *liquidazione giudiziale*, in ossequio all'intento della legge delega di eliminare le denominazioni "fallimento", "fallito" e simili.

Le regole previgenti ora trasposte nel Titolo V non sono state però complessivamente modificate, salvo per le disposizioni di cui si sia reso necessario un aggiornamento per specifica e puntuale prescrizione della legge delega, per ragioni di semplificazione del procedimento ovvero per risolvere dubbi interpretativi ed armonizzare la procedura con i principi generali previsti dal Codice e dalla legge delega.

In capi appositamente dedicati vengono regolamentati (i) il concordato liquidatorio giudiziale, che sostituisce il vigente concordato fallimentare; (ii) la liquidazione da sovraindebitamento, che corrisponde ad una versione semplificata della liquidazione giudiziale; (iii) l'esdebitazione, che può aver luogo, a seconda delle circostanze, *ope legis* od *ope judicis*, può essere concessa anche alle società e la cui disciplina prevede disposizioni particolari per il debitore sovraindebitato.

7. Il Titolo VI concerne la disciplina di *crisi ed insolvenza dei gruppi di imprese*.

Trattasi di una delle novità di maggior rilievo introdotte dalla legge delega, perciò meritevole di un autonomo titolo.

Il Titolo VI è suddiviso in due capi: (i) il primo è riferito agli accordi di ristrutturazione ed alle procedure di concordato; (ii) il secondo alla liquidazione giudiziale.

Tra gli aspetti di maggiore interesse si segnala: (a) la possibilità di un procedimento unitario con unico foro competente nel caso di crisi o insolvenza di più imprese appartenenti al medesimo gruppo; (b) la possibilità che il piano di concordato preveda operazioni infragruppo implicanti il trasferimento di risorse da una società all'altra, purché (i) ciò sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori di ciascuna impresa, (ii) se ne dia espressamente atto nel piano, (iii) un professionista indipendente ne attesti la necessaria strumentalità alla continuità aziendale. Resta ferma la facoltà per i soci delle società interessate di tutelare i propri diritti mediante opposizione all'omologazione.

8. Il Titolo VII riguarda le *procedure di liquidazione coatta amministrativa*, distinte in ordinarie e speciali.

Si attribuiscono competenze alle Autorità di vigilanza in tema di allerta e di procedure di composizione assistita della crisi riguardo ai soggetti vigilati (art. 317).

9. Il Titolo VIII opera un *coordinamento* fra la procedura di liquidazione giudiziale e le discipline relative alle misure cautelari penali, alle misure di prevenzione ed al procedimento di responsabilità amministrativa degli enti.

10. Il Titolo IX opera un *aggiornamento* sistematico e lessicale delle disposizioni penali contenute nella vigente legge fallimentare.

11. Il secondo schema di decreto, che prevede *modifiche ad alcune disposizioni del codice civile in materia societaria*, segue la diversa tecnica normativa della novellazione ed è meno ampio dello schema di decreto delegato precedentemente esaminato.

11.1. In armonia con l'istituto dell'allerta, soprattutto "interna" (*supra*, § 3.1), nonché con i principi generali in tema di prudente e proporzionata gestione nonché, soprattutto, col dovere di adottare misure per il tempestivo accertamento e la pronta gestione della crisi (*supra*, §§ 2.3, 2.4 e 2.5), si è resa necessaria l'introduzione di una norma che prescriva *per tutti gli imprenditori* l'obbligo di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati *anche riguardo all'espletamento del suddetto dovere*.

La previsione di detti obblighi è stata inserita nel testo modificato dell'art. 2086 c.c. (*supra*, § 2.4). Negli artt. 2257 (per le società di persone), 2380-bis (per le società per azioni) e 2475 (per le società a responsabilità limitata) c.c., inoltre, sono stati previsti opportuni richiami.

Si inserisce nella stessa logica la modifica dell'art. 2477 c.c., in tema di obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore nella società a responsabilità limitata nel caso di superamento di almeno uno dei parametri-

soglia puntualmente indicati dalla legge delega. Tra questi parametri si segnala quello particolarmente critico di 10 dipendenti occupati in media durante l'esercizio, per due esercizi consecutivi.

11.2. Al fine di superare numerose incertezze segnalate da dottrina e giurisprudenza soprattutto in ambito fallimentare, è prevista espressamente l'azione di responsabilità dei creditori di una società a responsabilità limitata, mediante modifica dell'art. 2476 c.c.

E sempre nell'ambito dell'esercizio di azione di responsabilità soprattutto su iniziativa delle curatele fallimentari, si è prevista la modifica al testo dell'art. 2486 c.c. per ciò che concerne i criteri di quantificazione del danno cagionato dalla violazione del dovere di gestire la società ai soli fini conservativi quando si sia verificata una causa di scioglimento. Sulla scia della giurisprudenza formatasi in materia, si è stabilito che il *quantum debeatur* (a) è di regola determinato sulla base dei singoli atti compiuti in violazione del dovere di gestione conservativa; (b) nel caso in cui siano mancanti o inattendibili le scritture sociali, con conseguente obiettiva difficoltà di adottare il parametro di cui *sub* (a), possa essere determinato sulla base della presunzione *iuris tantum* di corrispondenza del danno alla differenza tra il netto patrimoniale del momento in cui si è verificata la causa di scioglimento ed il netto patrimoniale del momento tardivo in cui si è verificata la cessazione dell'attività o in cui si è aperta la liquidazione della società (c.d. criterio della differenza dei netti patrimoniali); (c) rimane impregiudicata la possibilità di una valutazione equitativa del danno.

Ciò posto, anche in considerazione della prevista (re-)introduzione della liquidazione giudiziale quale causa di scioglimento delle società di capitali ex art. 2484 [n. 8]) c.c. , i criteri di quantificazione dei danni sopra descritti potranno essere adottati per l'azione di responsabilità da aggravamento di insolvenza (c.d. *Insolvenzverschleppungshaftung*).

11.3. Viene espunto dall'art. 2467 c.c. e traslato nel Codice (art. 265, comma 3, c.c.i.) l'obbligo dei soci di restituire i rimborsi di finanziamenti eseguiti nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento. Tale previsione è importante sia perché conferma la rilevanza sostanziale e non solo processuale della disciplina dei *finanziamenti dei soci* contenuta nel codice civile sia per le conseguenze applicative in tema di crisi ed insolvenza di rilevanza transfrontaliera.

11.4. La modifica dell'art. 2545-*sexiesdecies* c.c., con la conseguente previsione del commissariamento di cooperative per irregolarità di gestione e dell'attribuzione al commissario del potere di attivare, se del caso, la procedura di allerta e composizione assistita della crisi, si lega, evidentemente, alla nuova disciplina del Codice, e costituisce attuazione dell'art. 15, comma 1, lett. b), della legge delega.

