

Alcune riflessioni sul decreto legislativo 14 gennaio 2019, il c.d. “Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza”

Autore: Paola Bottoni

In: Diritto civile e commerciale, Focus

Sommario:

1. **Il rapporto tra il Codice della Crisi d’impresa e dell’Insolvenza ed il Codice Civile. L’impianto normativo: le norme vigenti e la vacatio legis;**
2. **Il linguaggio del legislatore: i nuovi significati di crisi, insolvenza sovraindebitamento. Dubbi interpretativi ed esegetici;**
3. **Il nuovo art. 2086 c.c.: la gestione dell’impresa. Una norma indifferenziata: rilievi in punto di opportunità e adeguatezza;**
4. **Bibliografia;**
5. **Volume**

Il rapporto tra il Codice della Crisi d’impresa e dell’Insolvenza ed il Codice Civile. L’impianto normativo: le norme vigenti e la vacatio legis

La crisi aziendale rappresenta un fenomeno di grande attualità. Negli ultimi anni, le imprese deboli e in difficoltà economica e finanziaria hanno sofferto crisi rapidamente degenerate in dissesto. In questo contesto è emersa l’improcrastinabile necessità di prevedere e prevenire il fenomeno della crisi d’impresa, in quanto la tempestività nella previsione può accrescere le probabilità di risoluzione delle problematiche aziendali. In questo contesto, il Governo - con la L. 19 ottobre 2017 n.155 - è stato delegato ad adottare entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della stessa legge, uno o più decreti legislativi per la riforma organica delle procedure concorsuali e della disciplina sulla composizione della crisi da sovraindebitamento, nonché per la revisione del sistema dei privilegi e delle garanzie. Dopo l’approvazione della legge delega n. 155/2017, il Governo ha istituito la c.d. “seconda Commissione Rordorf” al fine di realizzare un articolato normativo contenente l’attuazione della delega: nasce così, dopo non poche revisioni, il **Codice della Crisi d’impresa e dell’Insolvenza (C.C.I.I.) (1)**.

Quest'ultimo - suddiviso in quattro parti - consta al suo interno di 391 articoli, alcuni dei quali vigenti dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del d. lgs. 14 gennaio 2019. Sono pertanto attualmente in vigore norme sulla competenza del tribunale, individuato avendo riguardo al luogo in cui il debitore ha il principale centro degli interessi, norme sugli obblighi della società in tema di rilevazione della crisi e norme sulle azioni di responsabilità.

Tra le norme entrate in vigore trenta giorni dopo la pubblicazione del decreto legislativo, l'art. 377 C.C.I.I. introduce un'importante novità in tema di **azioni di risarcimento del danno**. La norma inserisce un criterio di misurazione del danno risarcibile nel caso in cui gli amministratori della società al sopravvenire di una causa di scioglimento violino l'obbligo di gestione conservativa ex art. 2486 c.c. recando pregiudizio alla società, ai soci, ai creditori sociali e ai terzi. L'art. 377 C.C.I.I. prevede inoltre, che accertata la responsabilità, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il **patrimonio netto** alla data dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificato lo scioglimento, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Altre norme attualmente in vigore intervengono sulla certificazione dei debiti contributivi e premi assicurativi, sulle spese e sui compensi del curatore in caso di revoca sul fallimento. La restante porzione del C.C.I.I., invece, dovrà attendere l'agosto 2020 per diventare normativa vigente: tale vacatio legis mira a consentire alle imprese di dotarsi dei presidi occorrenti per adeguare le proprie strutture alle innovazioni elefantache che la nuova legge promette di introdurre nel nostro ordinamento giuridico. L'intento del legislatore è quello di creare un testo unico della crisi d'impresa e pervenire ad una riforma complessiva della materia. Nel fare ciò il Governo, nella Relazione Illustrativa al C.C.I.I. e nei lavori preparatori che ne hanno preceduto la parziale emanazione, dichiara di aver preso spunto dalle indicazioni fornite dall'Unione Europea (2) e dai principi elaborati dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL). Per il suo articolato normativo, di massicce dimensioni, il legislatore ha scelto una nomenclatura piuttosto significativa: la riforma Rordorf ha denominato il proprio elaborato "**Codice**". Nella nostra tradizione culturale ancor prima che giuridica, il termine designa un corpus normativo che regola in maniera esaustiva un determinato settore dell'ordinamento ed accoglie una nuova concezione di rapporti tra individui e società. L'opera codicistica è un'opera monumentale che si colora di potenza espressiva, semplicità di linguaggio e coerenza logico-argomentativa (3). Il legislatore che decide di codificare assume l'enorme responsabilità di disciplinare, senza pretesa di definitività ma con l'obiettivo dell'eshaustività, un preciso ambito dell'ordinamento giuridico. Sotto il profilo applicativo la scelta lessicale crea degli interrogativi circa il rapporto che verrà ad instaurarsi tra il C.C.I.I. ed il Codice Civile, all'interno del quale, importanti norme relative agli obblighi dell'imprenditore ed agli obblighi degli organi di controllo dell'impresa collettiva, sono già state modificate. Imprenditori ed organi di controllo sono ora destinatari di obblighi e doveri la cui inosservanza comporterà conseguenze in punto di responsabilità e sanzioni. Il problema centrale è il coordinamento delle due normative, in ragione del fatto che la disciplina del debito, del credito, della responsabilità patrimoniale del debitore e della conservazione della garanzia patrimoniale del creditore sul patrimonio del debitore risiedono nel Codice Civile. Nella trama normativa del C.C.I.I. mancano operazioni di raccordo con i principi generali contenuti nel Codice Civile.

Il linguaggio del legislatore: i nuovi significati di crisi, insolvenza sovraindebitamento. Dubbi interpretativi ed esegetici

Il Titolo I, Capo I, del nuovo Codice contiene disposizioni generali, principi e definizioni recanti al loro interno una svolta culturale. L'art. 2 del C.C.I.I. in particolare, offre una nuova definizione del termine **crisi**, 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. Segue, sempre all'art. 2 C.C.I.I., una nuova definizione di **insolvenza**, intesa come lo stato del debitore che si manifesta con inadempimento o altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, ed una nuova definizione di **sovraindebitamento**, ovvero lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale. Il C.C.I.I. offre poi nuovi significati ai significanti di impresa minore, consumatore, società pubbliche, grandi imprese, gruppo di imprese, ecc. La **norma vocabolario**, almeno nelle intenzioni dei riformatori, sembra destinata a fissare con forza i significati nuovi così da non incorrere in future alterazioni interpretative. L'esigenza di sintesi esclude la trattazione di ogni singola voce contenuta all'art. 2 C.C.I.I., ci si soffermerà pertanto su quelle di maggiore impatto sistematico e si tenterà di sciogliere dei nodi di carattere esegetico.

Le tre definizioni sopramenzionate, contenute all'art. 2 C.C.I.I., fanno riferimento ai soli profili finanziari e agli aspetti economici e non anche a quelli patrimoniali dell'imprenditore.

Nella definizione di crisi, il riferimento è alle difficoltà economiche e finanziarie del debitore, che rendono probabile l'insolvenza e si manifestano come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni pianificate. Innanzi alla nuova definizione di crisi sorge immediatamente un problema sul piano applicativo circa la possibilità per l'imprenditore, che sia ancora in grado di pagare i propri debiti, di accedere al concordato.

L'articolato normativo sembra poi contenere una duplice definizione dello stato d'insolvenza: la prima è quella fornita dal n. 2 dell'art. 2 C.C.I.I., la seconda potrebbe essere tratta dal n. 1 del medesimo articolo, in cui si afferma che lo stato di crisi si manifesta nella inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate (3).

Tale duplicazione di significati - escludendo un'esemplare ipotesi di contraddizione normativa - tradisce l'intenzione del legislatore di distinguere l'insolvenza dalla "inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici". Metro di misura per distinguere la crisi dall'insolvenza sembra essere l'impossibilità di adempiere, probabile nella prima ipotesi, certa nella seconda. Se, pertanto, nello stato di crisi l'inadeguatezza dei

flussi di cassa prospettici rende probabile (in prospettiva) l'impossibilità di adempiere, può affermarsi a contrario, che nello stato di insolvenza, l'inadeguatezza dei medesimi flussi è certa perché attuale e quindi si sostanzierebbe in una vera e propria cessazione dei pagamenti. Se gli esiti di questo procedimento ermeneutico sono corretti^[1], non si può tacere l'analogia tra il C.C.I.I. ed il codice di commercio del 1882 che individuava il presupposto del fallimento in una cessazione materiale dei pagamenti, creando così l'equivoco concettuale per il quale, l'impossibilità di adempiere e la cessazione dei pagamenti sarebbero in rapporto di causa ad effetto (4).

Certo, è ragionevole presumere che la cessazione dei pagamenti non dipende da un'iniziativa capricciosa del debitore, ma questo è il prodotto di una regola empirica, di una presunzione che non si erige su precetti della logica che dovrebbero fondare ogni argomento giuridico. L'impossibilità di adempiere può sussistere anche quando non è cessata l'attività solutoria, ma considerazioni di tal specie possono farsi solo con lo sguardo rivolto allo scenario economico e patrimoniale (e non solo finanziario) dell'impresa e ai rapporti obbligatori da essa instaurati, perché anche l'insolvenza come la crisi, può fondarsi su una valutazione di tipo prognostico. L'impiego di un lessico vago ed ambiguo, mutuato dalle scienze aziendalistiche e trasmigrato all'interno di un corpus normativo che si prefigge la soluzione di problematiche di diritto societario, non è privo di ricadute sul piano pratico. Cristallizzare i significati di crisi, insolvenza e sovraindebitamento in locuzioni vaghe ed equivoche offre spazio a **distorsioni interpretative**, producendo un risultato opposto a quello perseguito dai riformatori.

Il nuovo art. 2086 c.c.: la gestione dell'impresa. Una norma indifferenziata: rilievi in punto di opportunità e adeguatezza.

Dopo una breve trattazione sulle questioni di carattere generale e sulle ricadute esegetiche del nuovo dettato normativo è ora possibile e necessaria una disamina su alcune norme in vigore a far data dal 19 marzo 2019. L'art. 374 C.C.I.I. sugli assetti organizzativi dell'impresa sostituisce la rubrica dell'art. **2086 c.c.** con la locuzione "**Gestione dell'impresa**" e vi aggiunge: "L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e 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". Con tutta evidenza, le disposizioni contenute nel riformato articolo 2086 c.c. pongono in capo all'imprenditore di qualunque modello societario, di qualunque dimensione, il dovere di istituire assetti organizzativi a prescindere dallo stato di crisi. In linea con questo modello gestionale (5), il successivo art. 376 C.C.I.I. sugli assetti organizzativi societari, modifica l'art. 2257 c.c. estendendo a tutti i modelli societari (società di persone e società di capitali) i doveri previsti dal riformato art. 2086, II comma, c.c. (ne consegue la modificazione sistematica degli artt. 2257, 2380 bis, 2409 novies, 2475 del codice civile).

In tema di **società semplice**, per effetto dell'art. 376 C.C.I.I., si introduce all'art. 2257 c.c. una nuova previsione, in virtù della quale la gestione dell'impresa si svolge nel rispetto del summenzionato art. 2086, II comma.

Persino dunque la società semplice, designata e disegnata per l'esercizio dell'attività non commerciale e pertanto impiegata alle sole imprese agricole, finisce sotto l'imperatività del riformato art. 2086 c.c. e, sotto il suo tenore, l'impresa semplice ovvero l'impresa agricola, ha l'obbligo di attrezzarsi di strumenti utili alla tempestiva rilevazione della crisi. Non solo le dimensioni, ma spesso le realtà socioculturali all'interno delle quali nascono e vivono le società semplici, rendono barocca la nuova previsione normativa. Sempre l'art. 376 C.C.I.I. inserisce un'ulteriore previsione per tutti i modelli societari (individuati dagli articoli 2257, 2380 bis, 2409 novies, 2475) in virtù della quale **spetta esclusivamente agli amministratori la gestione dell'impresa**, pertanto solo questi ultimi possono compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. L'applicazione delle norme relative alla gestione dell'impresa alle società di persone ed in particolar modo alle società semplici frustra l'autonomia statutaria e la flessibilità che da sempre caratterizzano questi assetti societari. Se non desta troppe preoccupazioni il richiamo dell'art. 2086 c.c. nell'ambito delle **società per azioni**, non altrettanto può dirsi rispetto alle **società a responsabilità limitata**. Anche nell'art. 2475 c.c. torna il sintagma "La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'art. 2086 c.c. e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale". L'attenzione però è subito richiamata dall'art. 377 C.C.I.I. rubricato "Responsabilità degli amministratori" che modificando l'art. 2476 c.c., prevede oggi, che gli amministratori rispondano verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'azione può essere proposta dai creditori quando sia insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. Questa volta, l'esclusiva gestione in capo agli amministratori della s.r.l. è in aperto contrasto con le previsioni di cui all'art. 2479 c.c. Circostanza che dà atto della mancata armonizzazione tra i due codici. Ai sensi dell'art. 2479 c.c., i soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori sottopongono alla loro approvazione. La previsione di questi obblighi in capo agli amministratori e l'inosservanza degli stessi produrrà conseguenze in punto di responsabilità, conseguenze che dovranno armonizzarsi con i principi generali in tema di responsabilità patrimoniale contenuti nel codice civile.

Di questa responsabilità (6), il legislatore ha previsto gli strumenti di quantificazione. Detto altrimenti, mediante un calcolo matematico sui patrimoni netti è possibile individuare la misura del danno risarcibile.

Quando è accertata la responsabilità, e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificato lo scioglimento, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione. Il **criterio di misurazione del danno risarcibile** pare non tenere conto che nel netto patrimoniale possano registrarsi dei risultati che si sarebbero prodotti anche se gli amministratori avessero tenuto il comportamento dovuto. Inoltre, la prova del diverso ammontare deve

essere fornita dall'amministratore convenuto in giudizio, il quale se non è in possesso delle scritture contabili e la ricostruzione dei patrimoni netti non è possibile per l'irregolare tenuta delle scritture (7), sarà condannato al pagamento di un danno il cui ammontare è pari alla differenza tra attivo e passivo accertati dalla procedura (8).

In ultimo merita un accenno l'art. 378 C.C.I.I. rubricato "Nomina degli organi di controllo", che modificando l'art. 2477 c.c., amplia le ipotesi in cui le S.r.l. sono obbligate alla nomina degli organi di controllo ovvero dei revisori. Se la società non provvede autonomamente alla nomina, potrà farlo "qualsiasi soggetto interessato" anche "su segnalazione del conservatore del registro delle imprese". Un'altra previsione molto lontana dall'autonomia statutaria e dalla flessibilità tipiche delle società a responsabilità limitata.

La novella dell'art. 2086, punto cruciale del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, è animata dalla nobile intenzione di dotare le imprese di un adeguato assetto organizzativo che consenta di monitorare il funzionamento dell'azienda e di reagire con prontezza ai primi sintomi di crisi. La previsione - come evidenziato - trova applicazione nei confronti di tutte le imprese ovvero di tutti gli imprenditori e pertanto anche nei confronti di coloro i quali tentano di superare una momentanea difficoltà, e di coloro i quali, in una logica non esclusivamente capitalistica, al timone di fondazioni ed associazioni, perseguono finalità sociali e non lucrative. In ragione di queste diversità, la novella dell'art. 2086 c.c. si presenta sterile e per alcuni aspetti anche pericolosa, perché nel disporre l'assunzione di un assetto adeguato non si adegua alla natura, alla dimensione e alle finalità dell'impresa.

L'applicazione generalizzata dell'art. **2086 c.c.** presenta delle criticità che avrebbero meritato delle distinzioni alla luce dei contesti e delle categorie nei quali la norma è destinata ad operare, come si confà ad una scienza delle distinzioni quale è la scienza giuridica. Un correttivo in tal senso, è pienamente aderente alla ratio dell'art. 3 del C.C.I.I. che, nel declinare i doveri dell'imprenditore, richiede di adottare assetti organizzativi adeguati. Tuttavia, adottare assetti organizzativi adeguati dovrebbe significare svilupparli secondo i principi di proporzionalità ed adeguatezza, tenendo conto delle dimensioni e delle caratteristiche delle imprese e delle difficoltà operative dei soggetti a vario titolo coinvolti nelle realtà imprenditoriali.

Volume consigliato

Bibliografia

(1) Memento Crisi d'impresa e fallimento - Risanamento e procedure concorsuali, Milano, 2019; Fallimento e Crisi d'impresa della collana IPSOA InPratica, Milano, 2019

(2) Raccomandazione n. 2014/135/UE della Commissione 12/03/2014; Regolamento UE 2015/848 del 20/05/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio che ha introdotto regole più efficienti per le insolvenze transfrontaliere.

(3) G. Terranova, Prime impressioni sul progetto di codice della crisi d'impresa, in Riv. dir. comm., 3, 2018, 387; A. Nigro, Osservazioni sul codice della Crisi. Testo delle conclusioni del seminario "Verso un codice della crisi d'impresa?", svoltosi a Roma, nelle giornate del 7 e 14 Giugno, presso le Università di Roma "La Sapienza" e "Luiss-Guido Carli", in Riv. dir. comm., 3, 2018, 445.

(4) I risultati di questa lucida analisi sono di G. Terranova, Prime impressioni sul progetto di codice della crisi d'impresa, in Riv. dir. comm., 3, 2018, 387.

(5) Per un'analisi dei modelli gestionali e dei modelli di prevenzione delle insolvenze aziendali: E. Giacosa, A. Mazzoleni, La previsione della crisi d'impresa: strumenti e segnali di allerta, Milano, 2016.

(6) Sulle ipotesi di responsabilità degli amministratori: S. De Matteis, La governance della crisi d'impresa: il caso delle società sotto sequestro penale. Prime riflessioni a margine della legge delga di riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza e del codice antimafia in Riv. di diritto dell'impresa 2018, I, 57; R. Sacchi, La responsabilità gestionale nella crisi d'impresa societaria, in Giur. comm., 2014, I, 309.

(7) G. Guerrieri, La responsabilità dell'amministratore nell'impresa in crisi, in Nuove leggi civ. comm., 2016, 578.

Note

[1] (4) I risultati di questa lucida analisi sono di G. Terranova, Prime impressioni sul progetto di codice della crisi d'impresa, in Riv. dir. comm., 3, 2018, 387op. cit., 404; cfr. inoltre G. Terranova, Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento, Torino, 2013.

<https://www.diritto.it/crisi-di-impresa-e-prospettive-de-iure-condendo/>