

# *il* FALLIMENTARISTA

Codice della crisi di impresa: le disposizioni finali e le modifiche immediate delle disposizioni societarie

di **Filippo Rasile, Gessica Zanotti**

*Focus del 14 febbraio 2019*

**Gli Autori analizzano la parte quarta del nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza che disciplina l'entrata in vigore del decreto legislativo (art. 389), la disciplina transitoria (art. 390) e chiude con una clausola di invarianza finanziaria (art. 391).**

*SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Disposizioni finali e transitorie (Parte quarta – artt. 389-390-391) - 3. Disposizioni transitorie sul funzionamento dell'OCRI. Possibile conflitto di norme sull'entrata in vigore (Parte prima - Titolo X – art. 352) - 4. Modifiche anticipate di alcune disposizioni del codice civile*

## 1. Premessa

Il decreto legislativo (approvato in esame definitivo dal Consiglio dei Ministri e in attesa di promulgazione e pubblicazione in Gazzetta Ufficiale) "Recante Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza in attuazione della Legge 19 ottobre 2017, n. 155" è suddiviso in **4 parti**, e più precisamente:

- la Parte prima - Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (Artt. 1-374), che contiene e costituisce il vero e proprio nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ("**CCI**");
- la Parte seconda - Modifiche al codice civile (Artt. 375-384), che apporta modifica ad alcune disposizioni del codice civile, del libro V, titoli II e V e abroga alcune norme;
- la Parte terza - Garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire (385-388), con disposizioni in materia di garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire;
- la Parte quarta - Disposizioni finali e transitorie (artt. 389 – 390 – 391).

Nel presente approfondimento proveremo ad analizzare, innanzitutto, la **Parte quarta - Disposizioni finali e transitorie** che disciplina l'entrata in vigore del decreto legislativo (art. 389), la disciplina transitoria (art. 390) e chiude con una clausola di invarianza finanziaria (art. 391).

A seguire verranno analizzate le modifiche - anch'esse anticipate - di alcune disposizioni societarie del codice civile disciplinate nella **parte seconda** del Codice della Crisi.

## 2. Disposizioni finali e transitorie (Parte quarta – artt. 389-390-391)

- **Art. 389 - Entrata in vigore del decreto legislativo**

L'art. 389 prevede, al **primo comma**, come **regola generale**, che il decreto legislativo **entra in vigore decorsi diciotto mesi dalla data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale**.

Il legislatore – infatti - ha previsto che le disposizioni dirette a disciplinare gli istituti di regolazione della crisi e dell'insolvenza entreranno in vigore dopo diciotto mesi dalla pubblicazione del decreto nella G.U. in modo da *consentire agli operatori della materia ed ai destinatari della disciplina di adottare le necessarie misure organizzative e di poter studiare il testo della legge*.

Il **secondo comma** dell'articolo in commento, però, prevede delle **eccezioni** e recita che *gli articoli 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 entrano in vigore il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del presente decreto*.

Si tratta di norme ritenute capaci di **agevolare immediatamente una migliore gestione delle procedure**.

Qui sotto vengono rapidamente passati in rassegna gli articoli del decreto che entreranno in vigore il trentesimo giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

- **Art. 27 comma 1** e **art. 350** (alle **SS.II.** la **competenza per le AS e Gruppi** di rilevanti dimensioni).

Già dopo 30 giorni dalla pubblicazione del decreto, i **procedimenti** di regolazione della crisi o dell'insolvenza **relativi alle imprese in amministrazione straordinaria** e ai **gruppi di imprese di rilevante dimensione**, e le controversie che ne derivano, saranno di competenza dei tribunali sedi delle **sezioni specializzate in materia di imprese** (avuto riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi

principali).

- Art. **356, 357, 359** (la creazione di un **Albo dei curatori, commissari e liquidatori**).

Entro 30 giorni dalla pubblicazione del decreto dovrà anche essere istituito presso il Ministero della giustizia l'Albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza.

L'art. 356 disciplina anche i **requisiti** per ottenere l'iscrizione nell'Albo e prevede che ai fini del **primo popolamento** dell'albo, possono ottenere l'iscrizione anche i soggetti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 358, comma 1, lettere a), b) e c) che documentano di essere stati nominati, **alla data di entrata in vigore del presente articolo**, in **almeno quattro procedure negli ultimi quattro anni**, curatori fallimentari, commissari o liquidatori giudiziali.

L'art. 357, però, rimanda – per il funzionamento dell'albo – ad un decreto del Ministro della giustizia da adottare entro il 1° marzo 2020. Ed anche il successivo art. 359 rimette ad un futuro DM la definizione delle modalità tecniche e dei contenuti della prevista area web riservata.

Sembrerebbe che l'intento del legislatore sia quello di voler istituire subito un albo, di popolarlo con soggetti già minimamente esperti, rimandando al 2020 la sua entrata a regime con le regole per il suo funzionamento.

- Artt. **363 e 364** (da subito, o quasi, anche il **certificato unico**)

Tra le disposizioni ritenute in grado di agevolare immediatamente l'attività istruttoria nelle procedure concorsuali, vi sono anche i due articoli in esame.

In base a tali previsioni, il debitore o il tribunale possono richiedere a **INPS, INAIL, all'Amministrazione finanziaria** e agli **enti preposti** il rilascio di un **certificato unico** con l'indicazione dei crediti dagli stessi vantati nei confronti del debitore a titolo di contributi e premi assicurativi (per INPS e INAIL) o sull'esistenza di debiti risultanti dai rispettivi atti, dalle contestazioni in corso e da quelle già definite per le quali i debiti non sono stati soddisfatti (per l'Amministrazione finanziaria e degli enti preposti all'accertamento dei tributi di loro competenza).

INPS, INAIL e Agenzia delle Entrate sono tenute a **definire le modalità per il rilascio** dei predetti certificati unici **entro novanta giorni dall'entrata in vigore dei due articoli**.

Praticamente, poiché è difficile immaginare che gli Enti rilascino i certificati unici prima di aver definito i loro contenuti e le modalità per il rilascio, anche tali norme non vedranno applicazione concreta prima di alcuni mesi dall'entrata in vigore del decreto (almeno 120 giorni dalla pubblicazione in G.U. = 30+90).

- Art. **366** (modifica all'articolo 147 del **Testo unico** in materia di **spesa di giustizia**)

La norma stabilisce quale soggetto è tenuto a farsi carico delle spese della procedura, compreso il compenso del curatore, in caso di revoca della liquidazione giudiziale.

Tale norma è di immediata applicazione (30 gg) e si applica anche alle revoche delle dichiarazioni di fallimento adottati con provvedimento emesso a norma dell'articolo 18 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

Tra quelle finora esaminate, questa pare la prima norma di (davvero) immediata applicazione; l'esigenza di

far cassa è preminente.

Viene da dire che tale norma si applicherà alle revoche delle dichiarazioni di fallimento che prendono il via da istanze di fallimento depositate dopo 30 giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto.

- Artt. **375, 377, 378, 379 (modifiche al codice civile)** - rinvio

Entreranno in vigore dopo 30 giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto anche quelle modifiche del codice civile (previste nella PARTE SECONDA del decreto) *che hanno una funzione in qualche modo preparatoria dell'entrata in vigore delle disposizioni in materia di misure d'allerta.*

Ad esse verrà dedicato un breve approfondimento più avanti.

- Artt. **385, 386, 387 e 388**

Anche le disposizioni concernenti le garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire di cui alla (PARTE TERZA del decreto) entrano in vigore il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Infine, si segnala che il terzo comma dell'art. 389 (accogliendo un'osservazione della Commissione Giustizia della Camera) prevede anche che le disposizioni di cui agli articoli 3 e 4 del decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, nella loro nuova formulazione, si applichino anche nelle more dell'adozione dei decreti di cui agli articoli 3, comma 7-bis, e 4, comma 1-bis e che il contenuto della fideiussione e della polizza assicurativa debba essere determinato dalle parti nel rispetto di quanto previsto dalle richiamate disposizioni (così testualmente nella relazione illustrativa del decreto).

- **Art. 390 - Disciplina transitoria**

L'art. 390 del D.Lgs. prevede - come regola generale - che **tutte le procedure pendenti** alla data di entrata in vigore del decreto (anche se è stato depositato soltanto l'atto introduttivo) **continuano ad essere disciplinate** dal R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (**attuale legge fallimentare**), nonché della legge 27 gennaio 2012, n. 3 (**attuale disciplina del sovraindebitamento**).

Il secondo comma dell'articolo in discorso, aggiunge che la "vecchia disciplina" si applica **anche alle procedure aperte a seguito della definizione dei ricorsi e delle domande depositati prima** dell'entrata in vigore del decreto legislativo. (Per es.: un procedimento di esdebitazione successivo alla chiusura di una procedura di fallimento o di liquidazione del patrimonio, ecc.)

*Ciò per esigenze di semplificazione e per evitare difficoltà operative nel passaggio da una sentenza o un decreto pronunciati ai sensi del r.d. n.267 del 1942 o della legge n.3 del 2012 a procedure definite diversamente anche solo sotto il profilo lessicale.*

Il **terzo comma** si occupa della **materia penale** e - al fine di garantire la continuità delle fattispecie criminose - prevede che quando, in relazione alle procedure che continuano ad essere regolate dalla "vecchia disciplina", sono commessi i fatti puniti dalle disposizioni penali della legge fallimentare e della legge sul sovraindebitamento, a tali fatti si applicano le predette disposizioni.

Concludendo: la **nuova disciplina di regolazione della crisi e dell'insolvenza** si applicherà alle **procedure che prenderanno avvio dopo** il decorso di **18 mesi** dalla data della **pubblicazione del decreto** nella Gazzetta Ufficiale (e che non siano il seguito di procedure aperte precedentemente). Fino ad allora continueranno a rimanere applicabili le regole attuali della legge fallimentare e della disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento.

- **Art. 391 - Disposizioni finanziarie e finali**

Come si legge nella relazione illustrativa, la disposizione contiene la clausola di invarianza finanziaria, coerentemente con quanto previsto dall'articolo 16 della legge delega.

### **3. Disposizioni transitorie sul funzionamento dell'OCRI. Possibile conflitto di norme sull'entrata in vigore (Parte prima - Titolo X – art. 352)**

Oltre agli articoli analizzati, vi sono anche altre disposizioni del decreto che si occupano della fase di passaggio dalla attuale alla nuova normativa.

In particolare, per quanto riguarda più propriamente il CCI e la gestione delle procedure di allerta, è balzato all'attenzione degli scriventi l'art. 352 del D.L.gs.; anche perché non appare chiaro il coordinamento di quest'articolo con altre disposizioni transitorie e con le regole per l'entrata in vigore delle varie parti del decreto.

- **Art. 352 - Disposizioni transitorie sul funzionamento dell'OCRI**

Tale articolo stabilisce che, **fino alla istituzione** presso il Ministero della giustizia **dell'albo di cui all'articolo 356**, i **componenti del collegio degli esperti** (di cui all'articolo 17, comma 1, lettere a e b – destinato ad operare all'interno dell'OCRI) siano **individuati tra** gli iscritti all'albo dei dottori **commercialisti** e degli esperti contabili o all'albo degli **avvocati** i quali abbiano **svolto funzioni di commissario** giudiziale o di **attestatore** o **abbiano assistito il debitore** nella presentazione della domanda di accesso **in almeno tre procedure di concordato preventivo che abbiano superato la fase dell'apertura o tre accordi di ristrutturazione** dei debiti che siano stati **omologati**.

Però, poiché l'inciso iniziale dell'art. 352 prevede che tale metodo di nomina sia applicabile **"Sino alla istituzione presso il Ministero della giustizia dell'albo di cui all'articolo 356"**, verrebbe da dire che **ci potrebbe essere un errore di coordinamento tra norme e loro entrata in vigore**.

Infatti, in base al primo comma dell'art. 389, l'**art. 352 dovrebbe entrare in vigore dopo 18 mesi** (regola generale) dalla pubblicazione del decreto nella G.U.

Mentre (come già illustrato nel commento all'art. 389) l'istituzione dell'**albo di cui all'articolo 356** presso il Ministero della giustizia è prevista entro **30 giorni** dalla pubblicazione del decreto.

Tale circostanza già pone un primo grosso dubbio poiché, se così fosse, la previsione dell'art. 352 **non troverebbe mai applicazione** in quanto il giorno della sua entrata in vigore ci dovrebbe essere già l'albo istituito e popolato.

Se – invece - si volesse ipotizzare (ma non sembra previsto, al momento) l'entrata in vigore immediata dell'art. 352, questo sarebbe destinato ad **operare per soli 30 giorni**, ossia fino all'istituzione dell'albo (il

cui primo popolamento è già previsto con requisiti un po' diversi). E neanche tale soluzione sembra convincente.

La cosa più probabile, che si è tentati di ipotizzare, è che l'inciso dell'art. 352 ove si legge "Sino alla istituzione presso il Ministero della giustizia dell'albo di cui all'articolo 356" ... in realtà doveva essere scritto e potrebbe essere letto: "Sino al **pieno funzionamento** dell'albo di cui all'articolo 356" (cfr. art. 357).

Però, anche in tale ultima ipotesi, la previsione del primo popolamento dell'albo (art. 356) non quadra con i requisiti previsti per le nomine dall'art. 352.

Ad ogni modo (sempre salva la possibilità di un errore di lettura da parte di chi scrive), non pare una svista gravissima in un contesto di così ampia riforma. Magari qualcuno fornirà dei chiarimenti.

#### 4. Modifiche anticipate di alcune disposizioni del codice civile

Come abbiamo visto nel commento all'art. 389, tra le norme che entreranno **in vigore dopo 30 giorni** dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto vi sono anche quelle che apportano delle modifiche ad alcune **disposizioni societarie del codice civile** (PARTE SECONDA del decreto) *che hanno una funzione in qualche modo preparatoria dell'entrata in vigore delle disposizioni in materia di misure d'allerta*.

Proviamo ad analizzarle un po' più nel dettaglio.

- **Art. 375 - Assetti organizzativi dell'impresa**

L'articolo in discorso dispone la modifica dell'**articolo 2086 del codice civile** che, decorsi 30 gg dalla pubblicazione del decreto, sarà rubricato "**Gestione dell'impresa**" e che avrà un secondo comma del seguente tenore:

*"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**".*

Si tratta di una previsione di immediata applicazione (30 gg) introdotta per favorire l'emersione tempestiva della crisi, che obbliga l'imprenditore ad istituire da subito un **assetto organizzativo**, amministrativo e contabile **adeguato** alla natura e alle dimensioni dell'impresa e **idoneo alla tempestiva rilevazione dei sintomi della crisi**, e che gli prescrive di attivarsi senza indugio – attraverso i nuovi strumenti previsti dal CCI - per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale (per tentare di superare la difficoltà).

- **Art. 377 – Assetti organizzativi societari**

Per ragioni di coerenza sistematica, l'articolo 377 del D.Lgs. estende a tutti i tipi di società gli obblighi previsti dal nuovo articolo 2086, comma 2, del codice civile. A tal fine, vengono modificati i seguenti articoli del codice civile: 2257, 2380-bis, 2409-novies, 2475 e 2475 con l'inserimento del sesto comma.

- **Art. 378 - Responsabilità degli amministratori**

Questa norma mira a sistematizzare ed a precisare le responsabilità degli amministratori per la violazione del dovere di gestire la società ai soli fini conservativi al **verificarsi di una causa di scioglimento**.

In primo luogo (comma 1), viene esplicitamente introdotta anche nella disciplina delle srl (con l'aggiunta del comma 5-bis all'art. 2746 c.c.) l'azione dei creditori sociali finora espressamente prevista solo per le spa dall'art. 2394 c.c. (ma già, di fatto, applicata anche nelle srl in base alla prevalente interpretazione estensiva della norma).

La norma, inoltre, introduce un **terzo comma all'articolo 2486** del codice civile in tema di **quantificazione del danno nell'azione di responsabilità** per violazione del dovere di gestire la società ai soli fini conservativi quando si sia verificata una causa di scioglimento.

Prevedendo che: *“Quando è accertata la responsabilità degli amministratori a norma del presente articolo, e salva la prova di un diverso ammontare, **il danno risarcibile si presume pari alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, 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. Se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura**”*

**Nelle azioni di responsabilità il criterio dei netti patrimoniali diventa la regola.**

Balza subito all'occhio degli operatori della materia che - mentre la “bozza Rordorf” aveva previsto che il danno risarcibile in caso di prosecuzione illegittima dell'attività in presenza di una causa di scioglimento era solo quello provocato dai singoli atti compiuti in violazione del dovere di gestione conservativa, consentendo il ricorso al criterio dei “netti patrimoniali” nelle sole ipotesi di scritture sociali mancanti o inattendibili - con la nuova versione del decreto, **il criterio dei netti patrimoniali diventa la regola**; ponendo **a carico dei convenuti la prova di un diverso ammontare** del danno.

La norma riguarda tutte le azioni di responsabilità, anche se promosse al di fuori di una procedura concorsuale.

Con l'aggiunta che se **è stata aperta una procedura concorsuale** – in caso di scritture contabili mancanti o irregolari - **il danno può anche** essere liquidato in misura **pari alla differenza tra attivo e passivo** accertati nella procedura; contrariamente all'indirizzo giurisprudenziale che si era andato consolidando fino a qualche mese fa.

Nella Relazione illustrativa, a tale ultimo proposito, si legge che “La norma si fa carico di risolvere, anche in funzione deflattiva, il contrasto giurisprudenziale esistente in materia e l'obiettivo difficoltà di quantificare il danno in tutti i casi, nella pratica molto frequenti, in cui mancano le scritture contabili o le stesse sono state tenute in modo irregolare”.

Che l'ispirazione della norma sia davvero la funzione deflattiva, o magari più un'esigenza punitiva, poco importa. Certamente gli organi societari (e i loro consulenti) dovranno adeguarsi ed abituarsi in fretta a far emergere tempestivamente la crisi o ad accertare una causa di scioglimento per non trovarsi automaticamente esposti a risarcimenti divenuti quasi oggettivi.

- **Art. 379 - Nomina degli organi di controllo**

Tale disposizione apporta modifiche all'art. 2477 del codice civile e, in particolare

- **amplia le ipotesi** in cui le società a responsabilità limitata sono obbligate a nominare l'**organo di controllo**

o il **revisore**,

- prevede che il tribunale può provvedere alla nomina dell'organo di controllo (in caso di inerzia dell'assemblea) anche su segnalazione del conservatore del registro delle imprese;
- prevede espressamente che **anche alle srl** si applicano le disposizioni dell'articolo **2409** (denuncia al tribunale di gravi irregolarità nella gestione), anche se la società è priva di organo di controllo.

#### **Decorrenza.**

Il comma 3 dell'art. 379 prevede che **le società interessate dalla modifica** (società a responsabilità limitata e le società cooperative **costituite alla data di entrata in vigore dell'articolo**), quando ricorrono i requisiti indicati, devono **provvedere a nominare gli organi di controllo o il revisore** e, se necessario, ad **uniformare l'atto costitutivo e lo statuto** alle disposizioni del nuovo articolo 2477 cc, **entro 9 mesi dalla data di entrata in vigore dell'articolo 379**.

Quindi, poiché l'articolo 379 entra in vigore il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto, **le società interessate dovranno provvedere** alla nomina dell'organo di controllo e alla eventuale modifica dell'atto costitutivo e/o dello statuto **entro 9 mesi + 30 giorni dalla pubblicazione** nella Gazzetta Ufficiale del decreto.