



Ciclo di incontro formativi

Lezioni di aggiornamento anno 2019

Risoluzione del concordato preventivo e fallimento

Avv. Ivan Libero Novera

Lezione 6

Milano, 16 luglio 2019

20122 MILANO

C.so Europa, 15

Tel. +39 02 778061

Fax +39 02 76021816

Email: milano@cbalex.com

00198 ROMA

Via Guido D'Arezzo, 18

Tel. +39 06 89262900

Fax +39 06 89262921

Email: roma@cbalex.com

35137 PADOVA

Galleria dei Borromeo, 3

Tel. +39 049 0979500

Fax +39 049 0979521

Email: padova@cbalex.com

30135 VENEZIA

Santa Croce, 251

Tel. +39 041 2440266

Fax +39 041 2448469

Email: venezia@cbalex.com

D-80539 MÜNCHEN

Ludwigstrasse 10

Tel. +49 (0)89 9901 6090

Fax +49 (0)89 9901 60999

Email: muenchen@cbalex.com



RISOLUZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO E FALLIMENTO
-
**I DOVERI E LE RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI DI CONTROLLO ALLA
LUCE DEL NUOVO CODICE DELLA CRISI**

Ivan Libero Nocera
Università di Brescia
Weigmann Studio Legale

RISOLUZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO E FALLIMENTO

Art. 186

Risoluzione e annullamento del concordato

1. Ciascuno dei creditori può richiedere la risoluzione del concordato per inadempimento.
2. Il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza.
3. Il ricorso per la risoluzione deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato.
4. Le disposizioni che precedono non si applicano quando gli obblighi derivanti dal concordato sono stati assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore.
5. Si applicano le disposizioni degli articoli 137 e 138, in quanto compatibili, intendendosi sostituito al curatore il commissario giudiziale.

L'AMMISSIBILITÀ DEL FALLIMENTO SENZA PREVIA RISOLUZIONE

Cass., 17 luglio 2017, n. 17703

“l'azione esperita dal creditore costituisce legittimo esercizio della propria autonoma iniziativa ai sensi della L. Fall., art. 6, non condizionata dal precetto di cui alla L. Fall., art. 184 e dunque a prescindere dalla risoluzione del concordato preventivo, il cui procedimento andrebbe attivato - previamente o concorrentemente - solo se l'istante facesse valere non il credito nella misura ristrutturata (e dunque falcidiata) ma in quella originaria, circostanza nemmeno dedotta o prospettata in ricorso; detto principio si evince dalla caduta, già con la riforma del 2005-2006, di ogni automatismo tra risoluzione del concordato e fallimento, permettendo dunque l'art. 186 l.fall., di provocare tale evento anomalo (o anche l'annullamento) senza però imporre alcuna dichiarazione officiosa di fallimento, ma questa scissione di prospettive non implica ovviamente neanche una preclusione a che la dichiarazione di fallimento si possa fondare su presupposti comuni che andranno accertati ex novo”

Cass., 11 dicembre 2017, n. 29632

Non vi sono preclusioni alla dichiarazione di fallimento di società con concordato preventivo omologato ove si faccia questione dell'inadempimento di debiti già sussistenti alla data del ricorso per concordato che con l'omologazione siano stati modificati, dovendosi comunque verificare all'epoca della decisione così sollecitata i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l.fall.

In tal caso, l'azione esperita dal creditore costituisce legittimo esercizio della propria autonoma

iniziativa ex art. 6 l.fall., non condizionata dal precetto di cui all'art. 184 l.fall. e dunque a prescindere dalla risoluzione del concordato preventivo, il cui procedimento andrebbe attivato solo se l'istante facesse valere non il credito nella misura ristrutturata (e dunque falcidiata) ma in quella originaria.

Al creditore che chieda il fallimento del debitore ammesso a concordato preventivo omologato, è possibile opporre la pendenza dell'esecuzione dello stesso e che dunque l'inadempimento di una o più obbligazioni concordatarie si giustifica con la sequenza dei pagamenti previsti nel piano.

Quando tuttavia possa considerarsi cessata la fase esecutiva con esaurimento dell'attivo o sia dimostrata l'inidoneità delle attività al rispetto degli obblighi assunti con il concordato, è possibile provocare il giudizio sulla solvibilità dell'impresa ai sensi degli artt. 6, 7 e 15 l.fall. assumendo, ove necessario, come fatto sopravvenuto ogni circostanza successiva alla omologazione.

Una volta che sia stato omologato il concordato preventivo e sia scaduto il termine per la sua risoluzione (o rigettata la relativa domanda), il debitore continua ad essere obbligato agli obblighi di adempimento, per cui si riapre lo scenario comune delle possibili iniziative dirette a farne accertare l'insolvenza, con possibilità di proporre istanza di fallimento non solo per i creditori già concorsuali nella misura falcidiata, ma anche dal P.M. e dallo stesso debitore, oltre che dai nuovi creditori.

IL “DISTINGUO” OPERATO DALLA RECENTE CASS. N. 26002/2018

Il Collegio non ignora il principio, che deriva dalla caduta di ogni automatismo tra risoluzione del concordato e fallimento, secondo cui, nell'ipotesi in cui il fallimento faccia seguito ad un concordato preventivo omologato, il procedimento per la risoluzione del concordato "andrebbe attivato - previamente o concorrentemente solo se l'istante facesse valere non il credito nella misura ristrutturata (e dunque falcidiata) ma in quella originaria" (Cass. n. 17703/2017). Da questa affermazione, tuttavia, non è corretto desumere un principio generale secondo il quale i creditori dovrebbero sempre continuare a sopportare gli effetti esdebitatori e definitivi del concordato omologato, a norma della L. Fall., art. 184, anche quando l'attuazione del piano sia resa impossibile per l'intervento medio tempore di un evento come il fallimento che, sovrapponendosi al concordato, inevitabilmente lo rende irrealizzabile

LA TESI DELL'ESCLUSIVITÀ DEL RIMEDIO RISOLUTORIO

Trib. Pistoia, 20 dicembre 2017

In tema di concordato preventivo con cessione dei beni, l'imprenditore assume l'obbligo di porre a disposizione dei creditori l'intero patrimonio dell'impresa ma non l'obbligo di garantire il pagamento dei crediti in una misura percentuale prefissata, a meno di un'espressa previsione in tale senso. Qualora, dunque, l'imprenditore abbia regolarmente adempiuto al predetto obbligo non potrà configurarsi alcun tipo di inadempimento non sussistendo più alcun credito: di conseguenza, non sarà possibile agire, né ex art. 186 l.fall. per la risoluzione del concordato, né ex art. 6 l.fall. per conseguire il fallimento rispetto all'originaria insolvenza.

L'art. 186 l.fall., con la previsione del termine annuale di decadenza dall'azione risolutoria, è norma scritta anche al fine di dare stabilità all'accordo concordatario e così certezza alle relazioni commerciali ed ai rapporti giuridici correlati alla ristrutturazione; pertanto, una volta maturata tale decadenza, la regolamentazione concordataria si cristallizza, rendendo impossibile la risoluzione del concordato. Tale impossibilità, a propria volta, impedisce la dichiarazione di fallimento rispetto all'originaria insolvenza.

Appello Firenze, 16 maggio 2019

I debiti concordatari possono fondare la dichiarazione di fallimento dell'impresa della quale sia stato omologato il concordato preventivo solo a seguito della risoluzione del concordato.

I DOVERI E LE RESPONSABILITÀ DEGLI ORGANI DI CONTROLLO ALLA LUCE DEL NUOVO CODICE DELLA CRISI

Art. 2

Definizioni

1. Ai fini del presente codice si intende per:

a) «crisi»: 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**;

Art. 4

Doveri delle parti

1. Nell'esecuzione degli accordi e nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza e durante le trattative che le precedono, debitore e creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza.

2. 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.

Art. 375

Assetti organizzativi dell'impresa

1. La rubrica dell'articolo 2086 del codice civile è sostituita dalla seguente: «Gestione

dell'impresa».

2. All'articolo 2086 del codice civile, dopo il primo comma è aggiunto il seguente:

Art. 2086

Gestione dell'impresa

~~Direzione e gerarchia nell'impresa~~

I. L'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori.

II. 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.

Art. 3

Doveri 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'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.**

Art. 377

Assetti organizzativi societari

1. All'articolo 2257 del codice civile, il primo comma è sostituito dal seguente: «La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086,

secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Salvo diversa pattuizione, l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci disgiuntamente dagli altri.»

2. All'articolo 2380-bis del codice civile, il primo comma è sostituito dal seguente: «La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale.»

3. All'articolo 2409-novies, primo comma, del codice civile, il primo periodo è sostituito dal seguente: «La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente al consiglio di gestione, il quale compie le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale.»

4. All'articolo 2475 del codice civile, il primo comma è sostituito dal seguente: «La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma, e spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo, l'amministrazione della società è affidata a uno o più soci nominati con decisione dei soci presa ai sensi dell'articolo 2479.»

5. All'articolo 2475 del codice civile, dopo il quinto comma è aggiunto il seguente: «Si applica, in quanto compatibile, l'articolo 2381.»

Art. 14

Obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari

1. Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti 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.

2. La segnalazione deve essere motivata, fatta per iscritto, a mezzo posta elettronica certificata o comunque con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione, e deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese. In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata

adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i soggetti di cui al comma 1 informano senza indugio l'OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'articolo 2407, primo comma, del codice civile quanto all'obbligo di segretezza.

3. La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI. Non costituisce giusta causa di revoca dall'incarico la segnalazione effettuata a norma del presente articolo.

4. Le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti.

Art. 2477

Collegio sindacale e revisione legale dei conti

~~Sindaco e revisione legale dei conti~~

1. L'atto costitutivo può prevedere, determinandone le competenze e i poteri, ivi compresa la revisione legale dei conti, la nomina di un organo di controllo o di un revisore. Se lo statuto non dispone diversamente, l'organo di controllo è costituito da un solo membro effettivo.

2. La nomina dell'organo di controllo o del revisore è obbligatoria se la società:

a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato;

b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti;

c) ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4 milioni di euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 4 milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 20 unità.

3. L'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore di cui alla lettera c) del secondo comma cessa quando, per tre esercizi consecutivi, non è superato alcuno dei predetti limiti.

4. Nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico, si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni.

5. L'assemblea che approva il bilancio in cui vengono superati i limiti indicati al terzo comma deve provvedere, entro trenta giorni, alla nomina dell'organo di controllo o del revisore. Se l'assemblea non provvede, alla nomina provvede il tribunale su richiesta di qualsiasi soggetto interessato o su segnalazione del conservatore del registro delle imprese.

6. Si applicano le disposizioni dell'articolo 2409 anche se la società è priva di organo di controllo.

Art. 378

Responsabilità degli amministratori

1. All'articolo 2476 del codice civile, dopo il quinto comma è inserito il seguente:

«**Gli amministratori rispondono 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 il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti. La rinuncia all'azione da parte della società non impedisce l'esercizio dell'azione da parte dei creditori sociali. La transazione può essere impugnata dai creditori sociali soltanto con l'azione revocatoria quando ne ricorrono gli estremi.»

2. All'articolo 2486 del codice civile dopo il secondo comma è aggiunto il seguente:

«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**».

Art. 255

Azioni di responsabilità

1. Il curatore, autorizzato ai sensi dell'articolo 128, comma 2, può promuovere o proseguire, anche separatamente:

a) l'azione sociale di responsabilità;

b) l'azione dei creditori sociali prevista dall'articolo 2394 e dall'articolo 2476, sesto comma, del codice civile;

c) l'azione prevista dall'articolo 2476, settimo comma, del codice civile;

d) l'azione prevista dall'articolo 2497, quarto comma, del codice civile;

e) tutte le altre azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge.

Capo IV

Misure premiali

Art. 24

Tempestività dell'iniziativa

1. Ai fini dell'applicazione delle misure premiali di cui all'articolo 25, l'iniziativa del debitore **volta a prevenire l'aggravarsi della crisi** non è tempestiva se egli propone una domanda di accesso ad una delle procedure regolate dal presente codice oltre il termine di **sei mesi**, ovvero l'istanza di cui all'articolo 19 oltre il termine di **tre mesi**, a decorrere da quando si verifica, alternativamente:

a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;

b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;

c) il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'articolo 13, commi 2 e 3.

2. Su richiesta del debitore, il presidente del collegio di cui all'articolo 17 attesta l'esistenza dei requisiti di tempestività previsti dal presente articolo.

Art. 25

Misure premiali

1. All'imprenditore che ha presentato all'OCRI istanza **tempestiva** a norma dell'articolo 24 e che ne ha **seguito in buona fede le indicazioni**, ovvero ha proposto **tempestivamente** ai sensi del medesimo articolo domanda di accesso a una delle procedure regolatrici della crisi o dell'insolvenza di cui al presente codice **che non sia stata in seguito dichiarata inammissibile**, sono riconosciuti i seguenti benefici, cumulabili tra loro:

a) durante la procedura di composizione assistita della crisi e sino alla sua conclusione gli interessi che maturano sui debiti tributari dell'impresa sono ridotti alla misura legale;

b) le sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine dalla comunicazione dell'ufficio che le irroga sono ridotte alla misura minima se il termine per il pagamento scade dopo la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 19, comma 1, o della domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza;

c) le sanzioni e gli interessi sui debiti tributari oggetto della procedura di composizione assistita della crisi sono ridotti della metà nella eventuale procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza successivamente aperta;

d) la proroga del termine fissato dal giudice ai sensi dell'articolo 44 per il deposito della proposta di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti è pari al doppio di quella che ordinariamente il giudice può concedere, se l'organismo di composizione della crisi non ha dato notizia di insolvenza al pubblico ministero ai sensi dell'articolo 22;

e) la proposta di concordato preventivo in continuità aziendale concorrente con quella da lui presentata non è ammissibile se il professionista incaricato attesta che la proposta

del debitore assicura il soddisfacimento dei creditori chirografari in misura non inferiore al 20% dell'ammontare complessivo dei crediti.

Art. 13

Indicatori della crisi

1. Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi 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 o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24.

2. Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, tenuto conto delle migliori prassi nazionali ed internazionali, elabora con cadenza almeno triennale, in riferimento ad ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni I.S.T.A.T., gli indici di cui al comma 1 che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa. Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili elabora indici specifici con riferimento alle start-up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n.179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, alle PMI innovative di cui al decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2015, n. 33, alle società in liquidazione, alle imprese costituite da meno di due anni. Gli indici elaborati sono approvati con decreto del Ministero dello sviluppo economico.

3. L'impresa che non ritenga adeguati, in considerazione delle proprie caratteristiche, gli indici elaborati a norma del comma 2 ne specifica le ragioni nella nota integrativa al bilancio di esercizio e indica, nella medesima nota, gli indici idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi. Un professionista indipendente attesta l'adeguatezza di tali indici in rapporto alla specificità dell'impresa. L'attestazione è allegata alla nota integrativa al bilancio di esercizio e ne costituisce parte integrante. La dichiarazione, attestata in conformità al secondo periodo, produce effetti per l'esercizio successivo.