Focus Team Crisi aziendali e ristrutturazioni del debito

Aprile 2019

1. **Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza**
2. **Impatto del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza sugli assetti di *governance* aziendale**

Focus Team Crisi aziendali e ristrutturazioni del debito



Focus Team Leader
Marco Arato, *partner*

Autore

Fabio Macrì



Fabio.Macri@belex.com
Tel: 010 8462378

IL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

- Introduzione: il D. Lgs. 14/2019
- Il ciclo di approfondimenti

Introduzione: il D. Lgs. 14/2019

Il D. Lgs. 12.1.2019, n. 14, pubblicato sul supplemento ordinario n. 6 L alla Gazzetta Ufficiale 14.2.2019, n. 38, ha introdotto, in attuazione della L. 19.10.2017, n. 155, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (**CCI**).

Il ciclo di approfondimenti

Continuiamo il ciclo dedicato di *newsletter*s che approfondiscono le novità più interessanti contenute nel CCI e le nostre riflessioni in merito.

Il ciclo si compone dei seguenti approfondimenti (l'ordine è meramente indicativo):



***

6 - IMPATTO DEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA SUGLI ASSETTI DI *GOVERNANCE* AZIENDALE



I. Premessa

La Parte Seconda del CCI (rubricata "*Modifiche al Codice Civile*") contiene alcune disposizioni in grado di incidere significativamente sul diritto d'impresa. Si tratta di disposizioni che, *da un lato,* risolvono alcuni dei punti lasciati in sospeso dalla Riforma del diritto societario del 2003 e, *dall'altro*, modificano la disciplina del codice civile (soprattutto in tema di assetti di *corporate governance* delle società a responsabilità limitata) al fine di tenere conto dei principi e dei precetti introdotti dal CCI.

Possiamo distinguere tali disposizioni in:

(i) disposizioni che **sono entrate in vigore il 16.3.2019**, in forza di quanto previsto dall'art. 389, comma 2, CCI, (*i.e.* gli artt. 375, 377, 378 e 379 CCI); e

(ii) disposizioni che **entreranno in vigore il 14.8.2020**, in forza di quanto previsto dall'art. 389, comma 1, CCI, (*i.e.* gli artt. 376, 380, 381, 382, 383 e 384 CCI).

In questa *newsletter* ci concentreremo principalmente sull'analisi delle disposizioni entrate in vigore il 16.3.2019 e sul loro impatto sulla *corporate governance* delle società. Si tratta, in particolare, delle disposizioni che hanno ad oggetto:

(i) gli assetti organizzativi imprenditoriali e societari (artt. 375 e 377 CCI);

(ii) l'esperibilità, da parte dei creditori sociali di una società a responsabilità limitata, dell'azione di responsabilità contro gli amministratori (art. 378, comma 1, CCI);

(iii) i criteri per determinare il *quantum* di danno risarcibile da parte degli amministratori per gli atti od omissioni da essi compiuti in violazione dell'art. 2486, comma 1, c.c. (art. 378, comma 2, CCI);

(iv) l'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore di una società a responsabilità limitata; e

(v) l'applicabilità del procedimento *ex* art. 2409 c.c. alle società a responsabilità limitata.

Il paragrafo finale della presente *newsletter* sarà comunque dedicato ad una sintesi delle disposizioni dettate dal CCI in materia di diritto d'impresa che, invece, entreranno in vigore il 14.8.2020.

II. Assetti organizzativi imprenditoriali e societari

L'art. 375 CCI (rubricato "*Assetti organizzativi dell'impresa*") è intervenuto sull'art. 2086 c.c. in due modi:

- *da un lato*, modificandone la rubrica che, da "*Gestione e gerarchia dell'impresa*" è divenuta, in un'ottica più aziendalistica, "*Gestione dell'impresa*" (v. art. 375, comma 1, CCI);
- *dall'altro* (ed è questo l'intervento più significativo), aggiungendo a tale disposizione un secondo comma, in forza del quale 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*" e "*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*" (v. art. 375, comma 2, CCI).

Ad un primo esame, tale ultima disposizione si pone in linea di continuità rispetto alle modifiche apportate a suo tempo dalla Riforma del diritto societario all'art. 2381 c.c. - che attribuisce al consiglio di amministrazione il compito di "*valuta*[re] *l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società*" e precisa che gli organi delegati devono "*cura*[re] *che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa*".

Ad una più attenta analisi, però, risulta chiaro che la disposizione in commento ha una portata ben più ampia di una semplice conferma dei precetti indicati nell'art. 2381 c.c..

L'art. 375, comma 2, CCI si rivolge, infatti, *non solo* alle società per azioni (come l'art. 2381 c.c.), *ma* a **qualunque impresa "*societaria o collettiva*"**. Ciò è ribadito anche dal successivo art. 377 CCI, il quale – oltre a meglio definire i principi cui deve uniformarsi la gestione dell'impresa da parte dell'organo amministrativo di una società per azioni (quale che sia il sistema di amministrazione e controllo adottato) – estende espressamente il modello organizzativo indicato dal modificato art. 2086, comma 2, c.c. anche alle società di persone e alle società a responsabilità limitata. Inoltre, con specifico riferimento alle società a responsabilità limitata, sempre l'art. 377 CCI estende a quest'ultimo tipo societario la disciplina dettata dall'art. 2381 c.c. in materia di poteri delegati nelle società per azioni.

In secondo luogo, le modifiche apportate all'art. 2086, comma 2, c.c. hanno un impatto diretto e significativo sull'attività e le responsabilità degli organi sociali, e in particolare:

- dell'organo amministrativo, che è il diretto destinatario degli obblighi sanciti dagli articoli 375, comma 2, e 377, commi 1 – 4, CCI e che sarà, quindi, **direttamente responsabile** del mancato o non esatto adempimento di tali obblighi. Peraltro, la valutazione che, ai sensi dell'art. 375 CCI, l'organo amministrativo è ora chiamato a svolgere diviene più precisa ed è strettamente collegata alla prevenzione e, se del caso, soluzione di ogni situazione di crisi concernente l'impresa. Si crea così un **collegamento diretto fra il "diritto d'impresa" e il "diritto della crisi d'impresa**", nella misura in cui le valutazioni che è chiamato a compiere l'organo amministrativo devono essere funzionali a garantire sia l'immediata percezione della sussistenza di indici di uno stato di crisi, sia la pronta reazione dell'impresa di fronte a tali indici, mediante l'attivazione delle procedure opportune previste dal CCI per porre rimedio a tale situazione di crisi;

- dell'organo di controllo, che, in conformità ai suoi compiti specifici, **dovrà verificare l'adempimento da parte degli amministratori degli obblighi** su di essi incombenti ai sensi delle disposizioni di legge sopra illustrate, come oggi espressamente sancito dall'art. 14, comma 1, CCI che prevede, fra le altre cose, che l'organo di controllo debba "*verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo è adeguato*".

III. Azione di responsabilità promossa dai creditori sociali di società a responsabilità limitata contro gli amministratori

L'art. 378, comma 1, CCI (riprendendo la formulazione dell'art. 2394 c.c. per le società per azioni e dell'art. 2455 c.c. per le società in accomandita per azioni) aggiunge all'art. 2476 c.c., in materia di società a responsabilità limitata, un nuovo sesto comma, il quale prevede che:

(i) gli amministratori sono **responsabili nei confronti dei creditori sociali** per la violazione degli obblighi inerenti alla **conservazione** dell'**integrità del patrimonio sociale**;

(ii) l'azione di responsabilità contro gli amministratori può essere esperita dai creditori sociali **solo** quando il patrimonio sociale risulta **insufficiente** ai fini del soddisfacimento dei crediti degli stessi;

(iii) la **rinuncia**, da parte della società ad esperire l'azione di responsabilità contro gli amministratori **non impedisce l'esercizio di tale azione da parte dei creditori sociali**; e

(iv) la **transazione** sull'azione di responsabilità può essere impugnata dai creditori **solo** con l'azione revocatoria, ove esperibile.

Tale disposizione è più che opportuna, atteso che, come noto, la Riforma del diritto societario non aveva preso posizione circa l'esperibilità dell'azione di responsabilità dei creditori nella società a responsabilità limitata e ciò aveva provocato lo sviluppo di due opposti orientamenti giurisprudenziali (rispettivamente, favorevole e contrario all'applicazione analogica anche alla società a responsabilità limitata della disciplina dell'azione di responsabilità promossa dai creditori sociali dettata per la società per azioni).

L'art. 378, comma 1, CCI, ha quindi posto fine a questo dibattito giurisprudenziale sancendo definitivamente che i **creditori** di una società a responsabilità limitata possono **esperire** l'**azione di responsabilità** contro gli amministratori che hanno violato gli obblighi di conservazione del patrimonio sociale.

IV. I criteri per la quantificazione del danno risarcibile *ex* art. 2486 c.c.

Sempre nell'ottica di risolvere uno dei punti lasciati aperti dalla Riforma del diritto societario, l'art. 378, comma 2, CCI detta per la prima volta i criteri per la determinazione del danno risarcibile dagli amministratori,

per gli atti od omissioni compiuti dagli stessi in violazione dell'obbligo di gestire la società ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, nella gestione della società dopo che sia verificata una causa di scioglimento e fino al momento della consegna di cui all'art. 2487-*bis* c.c..

L'art. 2486, comma 2, c.c. previgente prevedeva unicamente che gli amministratori fossero personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi per gli atti od omissioni compiuti in violazione dell'obbligo sopra citato, ma non dettava alcuna disposizione circa la quantificazione del danno risarcibile. Al riguardo, in giurisprudenza si erano formati due orientamenti:

- un primo orientamento affermava l'applicabilità del criterio della c.d. "**differenza tra attivo e passivo fallimentare**" e, pertanto, quantificava il danno risarcibile in misura pari alla differenza tra l'attivo e il passivo accertati nell'ambito della procedura concorsuale. Tale orientamento ha comunque avuto un'operatività limitata nella prassi, trovando applicazione solo ove le scritture contabili mancassero o fossero completamente inattendibili o laddove il dissesto fosse diretta conseguenza di condotte colpose degli amministratori;

- un secondo orientamento riteneva invece giustificata l'applicazione del criterio della c.d. "**differenza dei netti patrimoniali**" e, pertanto, quantificava il danno risarcibile in misura pari alla differenza tra il patrimonio netto della società al momento dell'effettivo verificarsi della causa di scioglimento ed il patrimonio netto della società al momento della sua formale messa in liquidazione.

Entrambi i suddetti criteri non erano comunque esenti da critiche: il criterio della c.d. "differenza fra attivo e passivo fallimentare" era ritenuto incompatibile con il nesso causale che deve sussistere fra condotta e danno; per contro, il criterio della c.d. "differenza dei netti patrimoniali" non considerava adeguatamente se la perdita fosse effettivamente la conseguenza degli atti di cattiva gestione degli amministratori.

Nel tentativo di comporre il suddetto contrasto giurisprudenziale e di superare le critiche sopra illustrate, l'art. 378, comma 2, CCI **aderisce in principio al criterio della c.d. "differenza dei netti patrimoniali"**, *ma* riconosce l'applicabilità in alcuni casi del criterio della c.d. "differenza fra attivo e passivo fallimentare". Precisamente, si prevede che:

- in **linea generale** e salva la prova di un diverso ammontare, il danno risarcibile *ex* art. 2486 c.c. si **presume** pari alla **differenza**

tra *(a)* il patrimonio netto della società 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 *(b)* il patrimonio netto della società alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento *ex* art. 2484 c.c., detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al completamento della liquidazione;

- in via **residuale** – laddove sia stata aperta una procedura concorsuale e manchino le scritture contabili o laddove i netti patrimoniali non siano determinabili (a causa della irregolarità delle scritture contabili o per altra ragione) – il danno risarcibile *ex* art. 2486 c.c. è pari alla **differenza tra l'attivo e il passivo accertati nella procedura concorsuale**.

V. Nomina degli organi di controllo nelle società a responsabilità limitata

L'art. 379, comma 1, CCI ha modificato l'art. 2477 c.c. prevedendo che la **nomina** dell'organo di controllo o del revisore nelle società a responsabilità limitata sia **obbligatoria** se la società abbia **almeno uno** dei seguenti requisiti:

(i) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato;

(ii) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti;

(iii) ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti: (a) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 2 milioni di euro; (b) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 2 milioni di euro; (c) dipendenti occupati in media durante l'esericizio: 10 unità. Ai sensi dell'art. 379, comma 1, ultimo paragrafo, CCI con riferimento a tale ultimo requisito, l'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore **cessa** quando, per tre esercizi consecutivi (e non più due, come precedentemente stabilito dall'art. 2477 c.c.), non è superato alcuno dei limiti indicati nel presente punto (iii).

Le modifiche apportate dall'art. 379 CCI all'art. 2477 c.c. mirano ad **ampliare la platea delle società a responsabilità limitata tenute alla nomina dell'organo di controllo o del revisore, per consentire un più esteso controllo sulla gestione societaria.** Tenuto conto dei doveri attribuiti dal CCI all'organo di controllo, la finalità ultima della norma è consentire una più rapida percezione della crisi e, conseguentemente, un

più veloce intervento per risolvere la stessa. Infatti, con riferimento al requisito indicato al precedente punto (iii), l'art. 379, comma 1, CCI ha, *da un lato*, **abbassato i limiti** il cui superamento determina l'obbligatorietà della nomina (l'art. 2477 precedentemente in vigore richiamava i ben più elevati parametri di cui all'art. 2435-*bis*, comma 1, c.c.) e, *dall'altro lato*, previsto che tale obbligo ricorra al superamento di **almeno uno** dei parametri indicati dall'art. 2477 c.c. (laddove la versione precedente di tale articolo richiedeva il superamento di almeno due dei parametri ivi indicati).

Per quanto riguarda le società a responsabilità limitata e le società cooperative già costituite alla data del 16.3.2019, la valutazione circa il superamento dei nuovi limiti imposti dal nuovo art. 2477 c.c. dovrà essere effettuata con riferimento agli esercizi 2017 e 2018. In aggiunta, si prevede un **periodo di transizione** di **9 mesi** per consentire alle società a responsabilità limitata e alle società cooperative di nominare gli organi di controllo o il revisore e, se necessario, uniformare l'atto costitutivo e lo statuto ai precetti sopra indicati (art. 379, comma 3, CCI).

Inoltre, l'art. 379, comma 2, CCI ha attribuito anche al **conservatore del registro delle imprese** il diritto di segnalare al tribunale competente l'inerzia dell'assemblea tenuta alla nomina dell'organo di controllo o del revisore. Quest'ultimo, infatti, attraverso il bilancio, è in grado di venire a conoscenza delle società che, pur avendone l'obbligo, non hanno provveduto alla nomina dell'organo di controllo o del revisore.

VI. Applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle società a responsabilità limitata

Il CCI è inoltre opportunamente intervenuto per dirimere un'ulteriore questione che si era sviluppata successivamente alla Riforma del diritto societario del 2003: se la disciplina prevista dall'art. 2409 c.c. per le società per azioni fosse applicabile anche alle società a responsabilità limitata.

Al riguardo, infatti, la Riforma del diritto societario aveva abrogato l'art. 2488 c.c. (che prevedeva espressamente l'applicabilità dell'art. 2409 c.c. anche alle società a responsabilità limitata) e non aveva stabilito alcunché circa il controllo giudiziario nelle società a responsabilità limitata.

Si erano quindi sviluppati due orientamenti giurisprudenziali, uno contrario all'applicazione dell'art. 2409 c.c. alle società a responsabilità limitata e uno, invece, favorevole a estendere il controllo giudiziario anche alle società a responsabilità limitata, ora ad ogni modo superati: l'art. 379,

Contatti del Focus Team Crisi aziendali e Ristrutturazione del debito

Marco Arato, FT leader
Marco.Arato@belex.com

Vittoria Giustiniani
Vittoria.Giustiniani@belex.com

Vittorio Lupoli
Vittorio.Lupoli@belex.com

Massimo Merola
Massimo.Merola@belex.com

Paolo Oliviero
Paolo.Oliviero@belex.com

Marco Passalacqua
Marco.Passalacqua@belex.com

Giuseppe Sacchi Lodispoto
Giuseppe.SacchiLodispoto@belex.com

Riccardo Ubaldini
Riccardo.Ubaldini@belex.com

Elisabetta Varni
Elisabetta.Varni@belex.com

Lucia Radicioni
Lucia.Radicioni@belex.com

Gianpaolo Ciervo
Gianpaolo.Ciervo@belex.com

Luca De Menech
Luca.DeMenech@belex.com

Lucio Guttilla
Lucio.Guttilla@belex.com

Fabio Macrì
Fabio.Macri@belex.com

Francesca Pollicina
Francesca.Pollicina@belex.com

comma 2, CCI ha introdotto un nuovo comma dell'art. 2477 c.c. che prevede espressamente l'**applicabilità** dell'art. 2409 c.c. anche alle società a responsabilità limitata, anche se prive dell'organo di controllo.

VII. Le norme di non immediata attuazione

Come anticipato, vi sono alcune norme dettate dal CCI in tema di *corporate governance* o comunque di diritto d'impresa che non sono di immediata applicazione e che **entreranno in vigore il 14.8.2020**. Si tratta, in particolare:

(i) dell'art. 376 CCI che modifica l'art. 2119 c.c. nel senso di (a) escludere dal novero delle giuste cause di risoluzione del contratto di lavoro la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa e (b) prevedere che gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro siano regolati dal CCI;

(ii) dell'art. 380 CCI che inserisce l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale e della liquidazione controllata tra le cause di scioglimento delle società di capitali;

(iii) dell'art. 381 CCI che (a) assoggetta a liquidazione giudiziale le cooperative che svolgono attività commerciale e (b) consente all'autorità di vigilanza, in caso di irregolare funzionamento della cooperativa, di revocare gli amministratori e i sindaci e affidare la gestione della società ad un commissario. La stessa autorità di vigilanza, in caso di crisi o insolvenza della cooperativa, può autorizzare tale commissario a domandare la nomina del collegio o del commissario per la composizione assistita della crisi o l'accesso ad una delle procedure regolatrici della crisi;

(iv) dell'art. 382 CCI che sostituisce, agli artt. 2288 c.c., 2308 c.c. e 2497 c.c., i termini "fallito" e "fallimento" col termine "liquidazione giudiziale";

(v) dell'art. 383 CCI che elimina l'obbligo sancito nell'art. 2467 c.c. di restituzione delle somme versate a titolo di rimborso del finanziamento soci avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società;

(vi) dell'art. 384 CCI, che abroga l'art. 2221 c.c.