



Organismo Congressuale Forense

Prot. n. 56

Roma, 26 novembre 2018

Comunicazione via E-Mail
n. 2 fogli compreso il presente

Preg.mo On.
Andrea OSTELLARI
Presidente della 2^a Commissione
“Giustizia”
Del Senato della repubblica

**OSSERVAZIONI SULLA BOZZA DEL
“NUOVO CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL’INSOLVENZA”
ATTO DEL GOVERNO N. 53**

L’impianto generale della riforma, che vede la sostituzione del termine fallimento (che provocava discredito sociale) con quello di liquidazione giudiziale (in linea con gli altri paesi europei) non può che essere accolto in modo favorevole dall’Organismo Congressuale Forense.

Si dà infatti priorità alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando continuità aziendale; si uniforma e semplifica la disciplina dei vari riti speciali previsti dalle precedenti disposizioni in tema di procedure concorsuali; si prevede la riduzione dei tempi e dei costi delle procedure concorsuali; si istituisce presso il Ministero della Giustizia l’albo di cui all’art. 356 dei soggetti destinati a svolgere su incarico del tribunale le funzioni di gestione e controllo nell’ambito delle procedure concorsuali, con indicazione di requisiti rigorosi di competenza, professionalità e moralità e obbligo di aggiornamento.

Purtuttavia sono presenti alcune criticità:

1) Art. 2- Definizioni: manca nell’elenco delle definizioni quella del professionista; potrebbe essere inserita una lettera ad hoc del seguente tenore: “chi esercita una professione intellettuale, come attività economica primaria, ed è iscritto in albi, collegi o elenchi”

2) Art. 2 - Definizioni: “gruppo di imprese”: è opportuno precisare dopo le parole “l’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" la previsione "e che alla data di chiusura del bilancio superano i limiti numerici di almeno due dei criteri seguenti: a) totale dello stato patrimoniale: venti milioni di euro; b) ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: quaranta milioni di euro; c) numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio: duecentocinquanta". Se così non fosse si verificherebbe la discrasia che un "piccolo" gruppo di imprese verrebbe ad essere irragionevolmente ricompreso nella competenza territoriale prevista per le imprese rilevanti o di grandi dimensioni.

3) Art. 6 – Prededucibilità: premesso che appare opinabile la scelta di limitare il riconoscimento della prededuzione per i crediti dei professionisti; si propone di sopprimerne "nei limiti del 75% del credito accertato" sia perché non è legittimo ripartire e trattare in modo differenziato un credito che per sua natura è unitario, sia perché la parola "accertato" presuppone un vaglio giudiziale anche sull'ammontare concordato tra le parti, il che non pare corretto in un sistema di compensi che privilegia la libera pattuizione dello stesso.

Sarebbe meglio precisare, con la finalità di contenere i costi, che "l'ammontare del compenso in ogni caso non può superare i parametri fissati con decreto ministeriale per le professioni regolamentate."

Al comma 3 si prevede che non sono prededucibili i crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI. La previsione pare di dubbia costituzionalità privando – di fatto- il debitore del diritto ad avere un'assistenza legale; sotto il profilo pratico, è infatti inevitabile osservare che il mancato riconoscimento della prededuzione ponga l'imprenditore assoggettato ad un'iniziativa di allerta nell'estrema difficoltà di reperire difensori e professionisti disposti a prestare la propria opera per tutelarne la posizione, laddove non disponga di garanzie o di liquidità di terzi. L'unico modo per ovviare a questa conseguenza pratica è quella di sopprimere il comma 3.

4) Desta perplessità la scelta di cui all'art. 12, 5° c., di rendere applicabili gli strumenti di allerta anche alle imprese minori, salvo aggiungere, con formulazione un po' generica (e come tale potenzialmente foriera di disomogeneità applicative), "compatibilmente con la loro struttura organizzativa". Ed invero, l'esperienza insegna come la ristrutturazione delle piccole imprese sia disagevole proprio a causa delle loro dimensioni, sicché la previsione in esame rappresenta, con buona probabilità, un eccesso del mezzo rispetto al fine (dato il modesto allarme sociale che la loro crisi suscita). Per tacere del fatto che un perimetro applicativo troppo ampio comporta un appesantimento del lavoro dei soggetti preposti alle segnalazioni, a cominciare dagli enti tributari e previdenziali, a inevitabile scapito della

qualità complessiva del servizio. Sarebbe dunque opportuno espungere il quinto comma della norma e ogni altra disposizione ad esso collegata

5) Il quarto comma dell'art. 14, ai sensi del quale gli intermediari finanziari, "nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni negli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti" è verosimilmente viziato da eccesso di delega, dal momento che all'art. 4 della legge n. 155/2017 si parla esclusivamente di creditori pubblici qualificati e tali non sono le banche: il che basterebbe di per sé a suggerire la soppressione, per eccesso di delega, della previsione. Se proprio non si volesse rinunciare (per vero incomprensibilmente stante il difetto di delega) a detta disposizione, andrebbe prevista soltanto la segnalazione della revoca (e non anche della revisione) degli affidamenti, indicandone altresì un importo minimo.

6) Art. 20 (Misure protettive procedimento su stato di allerta avanti OCRI per le procedure di composizione della crisi): si prevede la competenza delle sole sezioni specializzate in materia di imprese, senza distinguere tra "gruppi di imprese di rilevante dimensione" o "gruppi di imprese" e le procedure di allerta che riguardano imprenditori non soggetti all'amministrazione straordinaria o che non siano ricompresi nel concetto di imprese di rilevante dimensione ai sensi dell'art. 2 lettere g) h) i) e che per questa ragione dovrebbero rivolgersi ai tribunali circondariali.

7) Art. 21- Conclusione del procedimento: sopprimere dal comma 4 le parole "o di un procedimento penale". La norma, come formulata, prevede l'utilizzabilità nell'ambito di un procedimento penale degli atti relativi al procedimento di composizione della crisi e dei documenti prodotti o acquisiti nel corso dello stesso (la formulazione potrebbe avere un effetto disincentivante del ricorso alle procedure proprio in relazione a tale rischio)

8) Art. 25 - Misure premiali: la tempestiva presentazione dell'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero della domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza comporta i seguenti benefici, cumulabili tra loro: a) riduzione degli interessi che maturano sui debiti tributari dell'impresa alla misura legale; b) riduzione delle sanzioni tributarie.

Nulla si prevede in termini di benefici in caso di debiti derivanti dal mancato versamento di contributi previdenziali, creando così un'evidente disparità di trattamento tra creditori che sono, come noto, assistiti da privilegio; per queste ragioni si propone di aggiungere all'art. 25 alle lettere a) b) e c) del primo comma dopo la parola "tributari" l'espressione "e previdenziali"

9) Art. 32 - Competenze sulle azioni che derivano dall'apertura delle procedure di liquidazione: l'art. 7.8 della legge n.155/2017 stabilisce che "il sistema di accertamento del

passivo è improntato a criteri di maggiore rapidità, snellezza e concentrazione, adottando misure dirette a [...] attrarre nella sede concorsuale l'accertamento di ogni credito opposto in compensazione ai sensi dell'art. 56 del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267". Come noto l'art. 56 introduce una deroga ai principi generali sanciti dall'art. 1243 c.c., legittimando la compensazione anche tra crediti e debiti inizialmente non "omogenei" (ovvero parimenti certi, liquidi ed esigibili), ma che lo diventino al momento della pronuncia giudiziale, purché per entrambi i crediti oggetto di compensazione sia anteriore alla dichiarazione di fallimento il "fatto genetico" della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte (in tal senso Cass. SU 775/1999; Cass. 21784/15). La modifica introdotta dall'art. 7.8 della legge 155/2017 e la sua attuazione nella previsione dell'art. 32 pone problematiche non solo processuali ma anche sostanziali in ordine alla contrazione del diritto di difesa del debitore/creditore del fallito. Si pensi all'ipotesi, tutt'altro che remota, in cui il curatore del fallimento agisca in sede ordinaria nei confronti del debitore/creditore ottenendo un decreto ingiuntivo (magari provvisoriamente esecutivo) presentando il ricorso davanti ad un Tribunale competente per territorio (es. ove ha sede o residenza il debitore/creditore) diverso da quello fallimentare, il tutto nelle more del termine previsto per l'esame dell'eccezione di compensazione formulata dallo stesso debitore/creditore del fallito; quest'ultimo, al fine di impedire il passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo, sarebbe costretto a proporre opposizione nei termini di legge, introducendo anche davanti al giudice dell'opposizione ex art. 645 c.p.c. l'eccezione di compensazione; eccezione però destinata ad essere dichiarata inammissibile dal giudice dell'opposizione alla stregua dell'applicazione dell'art.7.8 legge155/17 e dell'art. 32del d.lgs. in oggetto; né potrebbero trovare applicazione gli artt. 36 o 40 c.p.c. per determinare l'attrazione anche della domanda del curatore in sede fallimentare, sia in ragione della competenza funzionale esclusiva del giudice dell'opposizione, sia soprattutto della considerazione che nel caso si determinerebbe un possibile conflitto di competenza e soprattutto di rito. Il debitore/creditore non potrebbe neanche invocare l'applicazione della sospensione del giudizio di opposizione ai sensi dell'art. 295 c.p.c. nel caso in cui sia ancora in fase di verifica la propria eccezione di compensazione, posto che i provvedimenti resi dal giudice delegato in tale fase non sono idonei a formare giudicato sostanziale, spiegando effetti unicamente nell'ambito della procedura concorsuale (Cass. n. 12823/03); il debitore/creditore del fallito si vedrebbe quindi soggetto al rischio concreto di non avere mezzi di opposizione avverso l'ottenimento da parte del curatore di un titolo esecutivo nei suoi confronti. Si suggerisce di prevedere che "l'attrazione di cui all'art. 32 non si applica nei casi di cui in cui il debitore del fallito eccepisca, o abbia eccepito in un giudizio instaurato prima dell'apertura della procedura, la compensazione di cui all'art. 155"; introducendo un chiarimento processuale atto a risolvere le problematiche che altrimenti si possono manifestare, nella salvaguardia dei principi generali di unitarietà ed economia processuale.

10) Art. 38 - Iniziativa del pubblico ministero: la disposizione del comma 1 è generica (Il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza). L'iniziativa del pubblico ministero andrebbe limitata alle sole ipotesi di cui al comma 2.

11) Art. 40- Domanda di accesso alla procedura: si suggerisce di sopprimere il comma 6 (Quando la notificazione a mezzo di posta elettronica certificata di cui al comma 5 non risulta possibile o non ha esito positivo per causa imputabile al destinatario, il ricorso e il decreto sono notificati senza indugio, a cura della cancelleria, mediante il loro inserimento nell' area web riservata ai sensi dell'articolo 359. La notificazione si ha per eseguita nel terzo giorno successivo a quello in cui è compiuto l'inserimento) perché di dubbia costituzionalità. Meglio prevedere che in questi casi la notifica debba avvenire come previsto al comma 7

12) Art. 44 – comma 1 lettera a): accesso al concordato preventivo ed al giudizio per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione: occorrerebbe aumentare i termini, oggettivamente alquanto ristretti, per la presentazione del piano, stabilendo, alla lett. a) del primo comma dell'art. 44, un termine perentorio compreso fra quarantacinque e novanta giorni, essendo irrealistico, specie nelle situazioni più complesse, pretendere che proposta, piano e relativa documentazione vengano predisposti in un arco temporale compreso fra i trenta e i sessanta giorni.

13) Art. 44 – comma 1 lettera d): Inutilmente “afflittiva” è la norma relativa alle spese che il debitore sarà chiamato a versare prima ancora dell'ammissione al concordato (art. 44, 1° c., lett. d). Anche alla luce dell'intervenuta abbreviazione dei termini, questo onere è poco giustificabile, oltre a schiudere la porta a prassi differenti per via del riferimento alla “misura necessaria fino all'approvazione da parte dei creditori”, non facilmente calcolabile.

14) Art. 54 – Misure cautelari protettive: è censurabile l'art. 54, 1° c., sui provvedimenti cautelari adottabili nel corso del procedimento. In base a tale previsione, infatti, il tribunale può, “su istanza di parte”, porre sotto sequestro l'azienda o il patrimonio del debitore ove ciò venga ritenuto idoneo ad assicurare in via provvisoria l'attuazione della sentenza che omologa il concordato o l'accordo di ristrutturazione.

La norma è francamente abnorme: quale imprenditore deciderà di accedere allo strumento del concordato (e a maggior ragione dell'accordo di ristrutturazione) se dovrà mettere in conto che la sua azienda e il suo patrimonio possono venire sequestrati prima dell'apertura della procedura; norma di oggettiva pericolosità per i pervasivi effetti di cui è foriera (oltre che di discutibile utilità), che si pone fra l'altro in flagrante controtendenza rispetto all'obiettivo della tempestiva emersione della crisi e al ribadito favor per le soluzioni negoziate della stessa. Senza dire dei possibili dubbi di incostituzionalità (i) per eccesso di

delega (di un precetto così invasivo non vi è la minima traccia nella legge delega); (ii) per lesione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), non risultando l'ipotesi normativa in questione strumentale al perseguimento dell'utilità sociale; (iii) per irragionevolezza (art. 3 Cost.), stante la sproporzione del mezzo rispetto all'obiettivo perseguito, nonché per incongrua equiparazione nel trattamento, giacché la norma considera sullo stesso piano istituti – accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e liquidazione giudiziale – che occorre invece disciplinare in modo differenziato. Si chiede perciò l'espunzione della norma nella parte in cui si riferisce al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione, potendo essa eventualmente mantenersi con riguardo alla liquidazione giudiziale

15) Art. 170 - Limiti temporali delle azioni revocatorie e d'inefficacia: pare violare la legge delega L. 19 ottobre 2017, n. 155 laddove prevede che le azioni revocatorie e di inefficacia non possano essere promosse dal curatore decorsi tre anni dall'apertura della liquidazione giudiziale e si prescrivano decorsi cinque anni dal compimento dell'atto. La norma, facendo riferimento all'apertura della liquidazione, si discosta dall'art. 7, comma 4, lett. b) della legge delega che delegava il governo ad introdurre una norma che facesse decorrere il periodo sospetto "dal deposito della domanda cui sia seguita l'apertura della liquidazione giudiziale". Ciò peraltro non assume particolare rilievo, perché nell'ambito in esame non si tratta di stabilire gli effetti degli atti compiuti successivamente all'apertura della procedura, ma di stabilire fino a quando, in un calcolo a ritroso, possa estendersi il periodo rilevante per la declaratoria di inefficacia o la revocatoria di atti avvenuti anteriormente, e sotto tale profilo la pubblicità che si voglia attribuire alla domanda di apertura della liquidazione giudiziale non pare assumere particolare rilievo.

16) Occorre, infine, prevedere la necessaria presenza di un difensore per tutti gli istituti previsti nel codice (comprese le procedure di allerta avanti l'OCRI, la presentazione di domanda in proprio di liquidazione e le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento), riconoscendo la prededucibilità dei relativi compensi all'avvocato incaricato secondo i parametri ministeriali vigenti, e prevedendo la possibilità per il sovraindebitato di ricorrere al patrocinio a spese dello Stato nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento.

17) Sulle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento ci si è limitati ad un restyling formale ma non sostanziale. Gli istituti rimangono benché denominati in modo diverso (l'accordo diventa il concordato minore; il piano del consumatore diventa il piano di ristrutturazione dei debiti e la liquidazione la liquidazione controllata). Poteva invece essere un'occasione per intervenire in modo serio su un istituto che ha grandi potenzialità ma che a causa della farraginosità della normativa stenta ad esplicare al meglio la sua

Organismo Congressuale Forense

funzionalità che è quella di accedere all'esdebitazione il debitore non fallibile (in linea con gli altri paesi europei).

18) Ma sicuramente l'aspetto che va censurato è quello concernente gli OCRI di cui all'art. 16 che dovranno occuparsi delle procedure di allerta.

Questi organismi verranno costituiti presso le CCIAA e saranno composti da un collegio di tre esperti iscritti nell'albo di cui all'art. 356 designati

-dal Presidente del Tribunale delle imprese (sede distrettuale)

- dal Presidente della CCIAA

-dalle associazioni rappresentative degli interessi della categoria di riferimento del debitore.

Trattasi di un meccanismo poco chiaro e trasparente ma soprattutto non in linea con le esigenze di professionalità e trasparenza nella gestione delle crisi d'impresa ispiratrici della riforma.

Sarebbe stato sicuramente più opportuno affidare tali procedure proprio a causa dell'estrema delicatezza (sono propedeutiche ad evitare la crisi e quindi a salvare l'azienda) e rilevanza delle stesse, agli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento che stanno efficacemente operando sul territorio (ve ne sono 182 iscritti di cui oltre 100 forensi).

* * * * *

Per tutto quanto esposto, si confida che la Commissione, nell'espressione del proprio parere sull'atto in oggetto, tenga conto delle osservazioni formulate dell'Organismo Congressuale Forense.

Il Coordinatore
Avv. Giovanni Malinconico

