

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

20122 MILANO - VIA FREGUGLIA - PALAZZO DI GIUSTIZIA

TELEFONO 02.5492921 - FAX 02.54101447 - 02.55181003

www.ordineavvocatimilano.it

Osservazioni alla bozza di decreto delegato sul codice della Crisi d'Impresa all'esame del Senato dal 14 novembre 2018 (atto n. 54 della XVIII legislatura)

Le presenti osservazioni avranno ad oggetto soltanto gli aspetti critici di ordine giuridico rilevati nel breve tempo a disposizione, con particolare riferimento alle eventuali divergenze rispetto agli obiettivi della legge delega e alla coerenza del testo, sia interna, tra le norme medesime, sia esterna con riferimento agli studi e alle migliori prassi in materia fallimentare.

I

Misura di allerta

Il rinvio dell'art. 17 comma 7 rischia di consentire una lettura che esclude gli avvocati dagli OCRI

Subito dopo l'insediamento dei gestori, l'art. 17 quinto comma richiede una dichiarazione al collegio dei membri dell'OCRI in conformità all'art. 2 comma 2 lett. o).

Quest'ultima disposizione definisce il professionista indipendente come un soggetto iscritto all'OCRI e nel registro dei revisori, in nessun modo legato all'imprenditore.

Sembrerebbe che la dichiarazione richiesta debba avere obbligatoriamente ad oggetto l'autodichiarazione dell'iscrizione nel registro dei revisori, il che escluderebbe gli avvocati e non solo la dichiarazione di indipendenza.

Occorrerebbe limitare il richiamo alla dichiarazione di indipendenza e non anche all'iscrizione nel registro dei revisori: diversamente potrebbero vedersi esclusi dagli OCRI gli avvocati che a norma dell'art. 356-358 lett. a) CCI devono essere scelti anche tra gli avvocati gli esperti contabili, non solo tra i revisori.

Una simile lettura sarebbe anche in aperta contraddizione con il disposto di cui all'art. 17 quarto comma che impone che il referente nomini il collegio degli OCRI in modo che il collegio disponga delle professionalità contabili e legali per affrontare la crisi.

II

Il Concordato preventivo

Voto nel concordato maggiore

L'attuale fisionomia del concordato prevede l'abolizione dell'adunanza dei creditori e all'art. 107 ottavo comma prevede il voto dei creditori a maggioranza assoluta espressa.

La proposta viene approvata se riporta la maggioranza assoluta dei creditori ammessi al voto (salvo il caso di un unico creditore).

Nel concordato minore a norma dell'art. 79 terzo comma il voto è invece espresso nelle forme del silenzio assenso

A norma del primo considerando della raccomandazione 135/2014 UE, obiettivo del legislatore degli stati membri è consentire al debitore di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza.

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

20122 MILANO - VIA FREGUGLIA - PALAZZO DI GIUSTIZIA

TELEFONO 02.5492921 - FAX 02.54101447 - 02.55181003

www.ordineavvocatimilano.it

Il voto espresso impedisce la piena realizzazione degli obiettivi della legge delega: sia perché non può rendere effettivo il ricorso all'istituto sia perché l'approvazione con un voto espresso rende assai ardua l'adozione dell'istituto se vi siano più istituti di credito nella massa dei creditori, con il rischio di disgregare i valori aziendali nella liquidazione giudiziale dopo il tentativo di concordato, oltretutto con un patrimonio eroso dalle spese di una procedura che non ha potuto realizzare gli interessi dei creditori.

Queste le ragioni del rischio.

In un sistema di PMI tipicamente sottocapitalizzate, le crisi di impresa vedono sempre di più il sistema bancario titolare della maggioranza dei crediti ammessi al voto nel concordato.

Se il concordato deve essere incentivato, come proclama la relazione illustrativa, per essere effettivamente utilizzato non può essere previsto il meccanismo del voto espresso dei creditori, ma deve essere previsto il silenzio assenso anche nel concordato maggiore.

Gli istituti di credito che mantengono il sostanziale diritto di approvazione insieme all'erario, infatti, rifiutano di negoziare o votare con le PMI o perché il credito è troppo esiguo in rapporto ai costi di consulenza per comprendere il piano dell'imprenditore, o perché vi è il rischio che i comitati o i funzionari deputati ad esprimere il voto siano poi passibili di responsabilità ove si espongano suggerendo l'adesione al concordato.

Ne è consapevole il codice della crisi, che, come detto, prevede già il silenzio nel concordato minore; l'approvazione dell'accordo di ristrutturazione del debito, poi, può essere omologata anche in mancanza di una adesione espressa da parte dell'amministrazione finanziaria, ove l'erario sia determinante (art. 48 V comma).

D'altra parte. Il silenzio assenso nella versione antecedente al 2015 ha dimostrato di aver incentivato l'adozione dell'istituto, crollata dopo il 2015 per effetto dell'introduzione del voto espresso, su spinta del ceto bancario che temeva subire la sostanziale imposizione della proposta di concordato senza riuscire a dotarsi i mezzi organizzativi in grado di vagliare i piani dei debitori ed esprimere, eventualmente, un voto negativo in un contesto di silenzio assenso.

Fig.1

	Fallimenti(1)	Concordati (2)	Accordi di ristrutturazione
2007	6159	423	nd
2008	7504	566	nd
2009	9381	957	nd
2010	11232	1027	76
2011	12153	975	137
2012	12543	1119	165
2013	14128	2279	246
2014	15685	1828	314
2015	14729	1415	392
2016	13472	817	488
2017 Isem	6284	336	nd

Fonte: Infocamere per i dati sui fallimenti e i concordati preventivi; elaborazioni su dati PST per gli accordi di ristrutturazione.

Note: (1) fallimenti dichiarati; (2) concordati ammessi.

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

20122 MILANO - VIA FREGUGLIA - PALAZZO DI GIUSTIZIA

TELEFONO 02.5402021 - FAX 02.54101447 - 02.55181003

www.ordineavvocatimilano.it

Simile contegno oggi però non sarebbe più giustificabile con il nuovo codice, perché il rafforzamento degli obblighi di buona fede gravanti sui creditori imposti dall'art. 4 CCI, impone al ceto bancario di dotarsi di sistemi che consentano di negoziazione della proposta: le proposte dovranno essere esaminate e vagliate comunque dai creditori che rispettino il nuovo codice della crisi.

Vi è il rischio tuttavia, che ove i creditori istituzionali, banche in primis, continuino di rifiutarsi di sedere al tavolo delle negoziazioni per le PMI, la violazione del dovere di buona fede nelle trattative per la definizione della crisi risulti privo di concreta attuazione per l'assenza di una reazione: l'imprenditore vittima di una lesione della buona fede nelle trattative ad opera di un creditore inerte, non verrà mai risarcito, poiché sarà soggetto al nuovo fallimento e non potrà più chiedere alcunché. Del resto le ipotesi nell'ordinamento in cui è richiesta la maggioranza assoluta espressa sono pochissime (una di queste è la modifica della legge costituzionale) e sono tutte legate all'espressione di voto di una collettività organizzata, non a una collettività casualmente aggregata come la **massa dei creditori**.

Oltretutto, la massa dei creditori perde ogni possibilità di confronto e di approfondimento per un voto consapevole con l'abolizione dell'adunanza dei creditori (il voto è espresso per posta elettronica senza udienza), con il rischio che

- (i) gli imprenditori più facoltosi potranno rivolgersi a professionisti per trasferire le informazioni al ceto bancario per raccogliere il voto, aumentando ulteriormente i costi della procedura e frustrando gli obiettivi di economicità imposti dalla legge delega.
- (ii) Gli imprenditori più piccoli non potranno permettersi un simile esborso e non intraprenderanno il concordato; oppure, se intraprenderanno questa strada, il loro concordato non verrà approvato, con duplicazione di costi per la consecuzione delle procedure (concordato-ex fallimento) e con ricadute sotto il profilo dell'inefficienza della definizione della crisi e dei tempi di realizzo dei crediti .

D'altra parte, le remore che avevano mosso il legislatore nel 2015 a reintrodurre il voto espresso sono assai attenuate, mentre le opportunità del voto con il meccanismo del silenzio assenso sono indubbie.

Esse erano riconducibili a un eccessivo *favor* al debitore in concordato che poteva imporre un abuso dello strumento

Tuttavia, nel codice è previsto l'obbligo espresso di dichiarare le eventuali azioni di responsabilità contro l'organo gestorio; il precommissario viene nominato sin dall'eventuale fase in bianco per verificare ogni eventuale irregolarità (art. 44 lett. b) e il periodo di grazia per la preparazione del piano è sceso da massimo 120 giorni prorogabili a 30-60 giorni (improrogabili se non sussistono istanze di liquidazione giudiziale), ed è inoltre di norma preceduto dalla fase di allerta da parte dell'OCRI, che costituisce di certo una preventiva verifica di eventuali deviazioni dell'imprenditore rispetto al percorso di risanamento segnato in via normativa.

E' dunque assai più difficile immaginare in un simile contesto che vi siano utilizzi abusivi dell'istituto, come quelli che erano emersi nell'applicazione pratica tra il 2012 e il 2015 e che possano imporre la permanenza del voto espresso per evitare un utilizzo troppo disinvolto del concordato.

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

20122 MILANO - VIA FREGUGLIA - PALAZZO DI GIUSTIZIA

TELEFONO 02.5492921 - FAX 02.54101447 - 02.55181003

www.ordineavvocatimilano.it

I vantaggi dell'introduzione di un voto, superano di gran lunga gli svantaggi e si armonizzano anche con le legislazioni straniere: il modello di riferimento il *Chapter Eleven* prevede addirittura che la proposta passi se anche solo una classe voti positivamente, a prescindere dal suo peso percentuale rispetto a tutti i creditori (Cfr par. 1129 (a) e ss. U.S. *Bankruptcy Code*).

Se l'obiettivo della crisi è sempre più quello di conservare valori aggregati della azienda, almeno nel concordato in continuità il voto deve essere dunque manifestato nella forma del silenzio assenso, come per il concordato minore.

Concordato liquidatorio

L'ultimo comma dell'art. 84 prevede che il concordato liquidatorio possa essere esperito solo se incrementa del 10% il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non possono essere soddisfatti in misura inferiore al 20%.

I primi interpreti hanno dato una lettura possibile della norma che potrebbe condurre a diverse interpretazioni: secondo una prima opzione la norma imporrebbe un incremento dell'intero patrimonio del debitore del 10%, secondo una seconda, verrebbe richiesto un incremento del 10% della sola frazione di patrimonio che sarebbe destinata ai creditori chirografari nel riparto di una liquidazione giudiziale (quest'ultima lettura mi pare la più corretta).

Sarebbe opportuno un chiarimento per evitare difformità applicative.

Il rischio di imporre un'autodenuncia all'imprenditore in crisi

A norma dell'art. 87 del codice, l'imprenditore deve indicare nel piano di concordato le azioni recuperatorie esperibili.

La norma riproduce in modo troppo ampio il diritto vivente della Cassazione che impone all'imprenditore di indicare le azioni di responsabilità connesse agli illeciti compiuti durante l'amministrazione.

La disposizione può essere interpretata nel senso di imporre all'imprenditore in crisi di indicare tutti gli illeciti che ha compiuto a prescindere all'interesse e dall'utilità dei creditori che potrebbe costituire una "gogna concorsuale" di stampo giustizialista.

Essa si pone in evidente contrasto con l'art. 111 della Costituzione, con l'art. 6 della CEDU e con l'art. 14 terzo comma lettera g) della convenzione di New York sui diritti civili e politici del 1966: non è mai possibile per lo Stato imporre un trattamento degradante quale l'autodenuncia, oltretutto per accedere alla ristrutturazione del debito che è un diritto accordato al solo imprenditore, tramite il quale può beneficiare l'intero ceto creditorio.

Si propone di limitare all'art. 87 primo comma lett. d) l'indicazione delle azioni risarcitorie utili alla massa e di indicare che il concordato non può essere revocato o arrestato ex art. 106 per l'inesatta o mancata indicazione delle azioni di responsabilità da illecito gestorio.

Il cambiamento della proposta

L'attuale art. 172 l. fall. permette di mutare la proposta entro quindici giorni dall'adunanza: ma nel codice l'adunanza sparisce e non è prevista alcuna possibilità di mutare il piano dopo l'ammissione.

Dovrebbe essere introdotta la possibilità di cambiare il piano in corsa, almeno prima dell'espressione di voto poiché la proposta è il portato di un dialogo tra gli organi di giustizia

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

20122 MILANO - VIA FREGUGLIA - PALAZZO DI GIUSTIZIA

TELEFONO 02.5492921 - FAX 02.54101447 - 02.55181003

www.ordineavvocatimilano.it

(commissario e giudice) e l'imprenditore che impone successivi aggiustamenti: senza questa possibilità, aumenta il rischio di rigetto della proposta per ragioni solo formali, che di riflesso potrebbero determinare l'emersione di costi di professionali non giustificabili.

III

Esercizio dell'impresa e liquidazione giudiziale

Liquidazione giudiziale ed esercizio dell'impresa (ex esercizio provvisorio)

La possibilità di mantenere i livelli di avviamento dell'impresa dopo la dichiarazione formale di insolvenza costituisce un altro strumento di mantenimento dei valori aggregati dell'impresa, che risulta poco valorizzato nonostante siano stati riscontrati successi straordinari da parte di curatori particolarmente solerti e capaci.

E' però assai probabile che il tempo necessario al curatore per focalizzare l'eventuale utilità dell'esercizio dell'impresa insolvente determini la dispersione dell'avviamento e la sostanziale inutilità della continuazione dell'attività di impresa dopo la sentenza di liquidazione giudiziale.

L'istituto non appare sufficientemente coordinato: il curatore chiamato a decidere se continuare l'attività di impresa deve avere la possibilità di entrare nella stanza dei bottoni dell'imprenditore con un quadro sufficientemente chiaro di rapporti contrattuali, delle dinamiche di impresa, delle analisi di redditività dei singoli dipartimenti dell'impresa.

In questo contesto è necessario che gli stessi OCRI nella fase di allerta siano richiesti di predisporre un progetto di esercizio provvisorio quale opzione possibile insieme alle altre previste dalla legge e che, una volta adottato il piano dalla liquidazione giudiziale successivamente dichiarata, l'imprenditore possa godere dei benefici e delle premialità connesse alla tempestività dell'iniziativa (art. 24-25 cci)

IV

Sovraindebitamento

Criticità dell'attuale schema di decreto delegato in ordine alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento

L'attuale sistema riversa tutti i costi di funzionamento sugli OCC e sui gestori. Il meccanismo di rotazione automatica degli incarichi previsto dalla legge, derogabile solo per casi eccezionali, rende poco gestibile il (delicato) ruolo dei gestori delle crisi minori e li espone anche a possibili meccanismi indiretti di indebita influenza per ottenere le risorse necessarie al proprio lavoro e per l'aggiornamento biennale.

E' esemplificativo che nell'esdebitazione del debitore incapiente impossibilitato a versare alcunché, prevista dall'art. 283 CCI, il debitore non verserà alcunché perché non ha nulla, ma i compensi del debitore sono ridotti della metà.

Il lavoro del gestore se fatto bene ha dei costi: l'accesso alle banche dati, le visure, il contributo unificato per il deposito devono essere anticipati dall'OCC-gestore.

Si propone almeno che il referente permetta ai gestori minori di organizzare meccanismi di rotazione degli incarichi che consentano la sostenibilità dei costi e dei possibili compensi, eliminando la possibilità che essi vengano liquidati dai giudici al termine della procedura, che può avvenire anche dopo anni.

Deve anche essere previsto l'accesso alle banche dati pubbliche (visure, anagrafe tributaria, cassetto fiscale e previdenziale siano gratuite) in via generalizzata.

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

20122 MILANO - VIA FREGUGLIA - PALAZZO DI GIUSTIZIA

TELEFONO 02.5492921 - FAX 02.54101447 - 02.55181003

www.ordineavvocatimilano.it

Profili di incostituzionalità connesse alla violazione del diritto di difesa

In tutte le procedure di sovraindebitamento è espressamente stabilito che la difesa tecnica non sia obbligatoria. Ciò comporta un grave *vulnus* ai principi costituzionali ogni volta in cui la procedura possa sfociare in una situazione di contenzioso, come nell'opposizione all'omologa del concordato minore e della ristrutturazione dei debiti del consumatore, oppure ancora quando la domanda di liquidazione controllata sia stata proposta da un terzo o dal PM.

In simili evenienze, ove vengono contrapposti veri e propri diritti, non è ipotizzabile che l'OCC possa patrocinare il sovraindebitato senza un avvocato, se non a pena di violare l'art. 24 della Costituzione.

Peraltro, anche ove l'OCC sia un avvocato, sussiste il rischio di incompatibilità tra l'incarico di OCC e i diritti del sovraindebitato.

L'incarico di OCC impone il perseguimento di interessi collettivi (per esempio l'emersione degli atti di frode compiuti dal sovraindebitato), mentre i doveri dell'avvocato sono votati a perseguire in primo luogo gli interessi del patrocinato (per esempio il legale non può divulgare circostanze che potrebbero essere soggette a segreto professionale, proprio come il perseguimento di atti di frode).

Si chiede, pertanto, che la difesa tecnica venga prevista come obbligatoria anche nel sovraindebitamento, oppure, quantomeno, che sia prevista esplicitamente come obbligatoria nelle fasi contenziose delle procedure ed eliminato l'esplicito riferimento previsto nelle norme circa la non necessità dell'assistenza di un difensore (artt. 68, 76).

Critiche puntuali alle norme sul sovraindebitamento

- 1) Art 65 co 3 "*La nomina dell'attestatore è sempre facoltativa*": (s.e.) è un refuso, l'attestatore non è previsto nel sovraindebitamento perché la funzione dell'attestatore rimane solo nel concordato e nel sovraindebitamento è svolta dall'OCC
- 2) Art 66: "*i membri della stessa famiglia possono presentare un unico progetto di risoluzione della crisi da sovraindebitamento...*" atteso che la liquidazione non è un progetto di risoluzione della crisi da sovraindebitamento, non è chiaro se sia possibile svolgere anche una domanda di liquidazione controllata congiunta e se i creditori o il pm possano proporre una domanda di liquidazione controllata congiunta. Sarebbe opportuno prevedere questa possibilità per ragioni di coordinamento e di economia.
- 3) Quando uno dei due membri della famiglia è consumatore (ad es. pensionato o casalinga) e l'altro è professionista o imprenditore, non è chiaro quale istituto comune sia applicabile in caso di crisi familiare, posto che ristrutturazione dei debiti del consumatore e concordato minore sono rigidamente separati e il coordinamento tra le due procedure può essere complicato (e.g. nel concordato minore c'è il voto, nella ristrutturazione dei debiti del consumatore no).
- 4) Art 68 co 1: "*La domanda deve essere presentata al giudice tramite un OCC costituito nel circondario del tribunale competente ai sensi dell'articolo 27, comma 2.*" cosa accade se non sia costituito l'OCC? in base all'art 389 l'art 15 L 3/2012 non sarà più applicabile e dunque non sarà più possibile nominare l'OCC sulla base della domanda rivolta al tribunale. L'OCC deve peraltro avere accesso al Processo civile telematico relativo al fascicolo del suo assistito, diversamente non potrà depositare il ricorso e verificare lo stato del procedimento.
- 5) L'art 42 dispone che al deposito della domanda i dati risultanti dai pubblici registri sono acquisiti direttamente dalla cancelleria; tuttavia il gestore ha necessità dei dati prima del deposito della domanda e non

ORDINE DEGLI AVVOCATI DI MILANO

20122 MILANO - VIA FREGUGLIA - PALAZZO DI GIUSTIZIA

TELEFONO 02.5492921 - FAX 02.54101447 - 02.55181003

www.ordineavvocatimilano.it

dopo. All'art. 42 deve essere inserito che l'OCC prima della domanda ha accesso gratuito a tutti i pubblici registri, eventualmente facendone istanza alla cancelleria del tribunale competente anche prima del deposito del ricorso.

- 6) Sebbene all'art 2 lett f) la bozza di decreto richiami il D.M. 202/2014 per la disciplina dell'OCC, poi all'art 71 e 81 abroga di fatto le disposizioni di cui agli artt 14 e ss del D.M. stesso in quanto disciplina interamente la tematica della liquidazione del compenso prescindendo completamente dall'accordo tra il debitore e l'OCC prevista dall'art 10 co 4 D.M. 202/2014. Va chiarito che il compenso è di regola pattuito tra OCC e debitore e la liquidazione del giudice è solo residuale ove non risulti un accordo (del resto è lo stesso meccanismo per il compenso degli OCRI previsto dall'art. 351 CCI).
- 7) La domanda di liquidazione controllata può essere proposta da un creditore e dal pm (per gli imprenditori minori) in presenza di una procedura esecutiva. In questo caso il compito dell'OCC diventa assai arduo perché non potrà accedere in nessun caso ai dati per la relazione particolareggiata. Si propone che l'OCC possa richiedere agli istituti bancari, all'Erario e alla Banca d'Italia l'accesso a titolo gratuito delle banche dati.
- 8) L'art. 277 secondo comma riproduce una disposizione della legge 3/2012 (14 *duodecies* secondo comma): prevede che la prededuzione sia recessiva rispetto al privilegio ipotecario e pignoratizio. In tal modo sarebbe impossibile alienare i beni sui quali insiste il privilegio, poiché il liquidatore giudiziale dovrebbe non solo lavorare senza compenso, che non gli verrebbe pagato in prededuzione, ma pagare il commissionario o le spese di trasferimento, il che renderebbe inefficiente e fuori sistema una previsione che antepone un debito di massa alle spese di funzionamento e di impulso della procedura.

Avv. Chiara Valcepina
Il Consigliere delegato

Avv. Fabio Cesare
Gestore dell'OCC