

Le procedure concorsuali

Tra riforme organiche e prospettive comparatistiche

Incontro di studi del Master di II Livello

Business and Company Law. International and Comparative Perspectives

Roma, 5 maggio 2017

Il “crepuscolo” dell’impresa e l’accesso alle procedure concorsuali

Nicola de Luca – Luiss e Univ. Campania Vanvitelli

**Stop, tempi di frenata,
responsabilità del
conducente**



Fase fisiologica

Zone grigie (twilight zone)

Fase Patologica



Fisiologia e patologia dell'impresa

Aziendalisti:

- Balance sheet test +
- Solvency test +

Aziendalisti:

- **declino**, **crisi**, insolvenza e dissesto
- Tensione finanziaria: EBIT/OF < 2 (1 = grave)

Aziendalisti:

- Balance sheet test - (oppure)
- Solvency test -

Giuristi:

- PN positivo
- Utili di esercizio

Giuristi:

- Perdite (gravi) di capitale
- Vicinity of insolvency twilight zone
- Insolvenza prospettica
- Rischio di insolvenza insolvenza imminente

Giuristi:

- Perdita integrale del capitale
- Stato di crisi
- Insolvenza

“Proposal for a directive on Insolvency, Restructuring and Second Chance”, 22-11-2016: “[t]oday in Europe half of all businesses survive less than 5 years”.

- Presupposti per *reorganization* (Ch. 11) o *liquidation* (Ch. 7)

(1) «a **deficiency of assets** below liabilities with **no reasonable prospect** that the business can be successfully continued in the face thereof» *Geyer v. Ingersoll Publ'ns Co.*, 621 A.2d 784, 789 (Del.Ch.1992) **Balance sheet test**

(2) «an **inability to meet maturing obligations** as they fall due in the ordinary course of business») *McDonald v. Williams*, 174 U.S. 397, 403, 19 S.Ct. 743, 43 L.Ed. 1022 (1899) **cash flow test**

Distinzione tra **insolvency** e **zone of insolvency**:

- «a corporation is **insolvent** when it is unable to pay its debts as they become due or when the corporation has liabilities in excess of the reasonable market value of its assets»;
- «a corporation is in the **zone of insolvency** when the corporation is close enough to insolvency that a reasonable person would know that its ability to pay creditors is significantly threatened» (*Wooley v. Lucksinger*, 2008 WL 6457570 (So.2d) (La.App. 1 Cir., 2008))

Trust Fund Doctrine (shifting duty)

*Corporate assets are held as a **trust fund** for the benefit of shareholders and creditors and that the corporate officers have a **fiduciary duty** to deal with them properly.*

Delaware Case Law

Credit Lyonnais (1991)

*At least where a corporation is operating in the **vicinity of insolvency**, a board of directors is not merely the agent of the residue risk bearers, but owes its duty to the corporate enterprise.*

Gheewalla (2006)

*When a solvent corporation is navigating in the **zone of insolvency**, the focus for Delaware directors does not change: directors must continue to discharge their fiduciary duties to the corporation and its shareholders by exercising their business judgment in the best interests of the corporation for the benefit of its shareholder owners.*

? **Azione diretta o derivative** ? Delaware, New York, California ≠

Section 214 Insolvency Act 1986.



Wrongful trading occurs when the directors of a company have continued to trade a company past the point when they:

- *"knew, or ought to have concluded that there was **no reasonable prospect of avoiding insolvent liquidation**"; and*
- *they did not take "every step with a view to minimising the potential loss to the company's creditors".*

Legittimazione: liquidatori

Responsabilità: amministratori di diritto o di fatto, e "shadow"

Onere della prova: liquidatore (giudizio di probabilità)

Danno: "difference between the net assets of the company at the date that the directors should not have traded beyond, and the net assets at the date of liquidation"

Vantaggi e spese: se l'azione è fruttuosa, a vantaggio di tutti (non solo privilegiati); se è infruttuosa paga il curatore in proprio

UK:
Wrongful trading

- *Zahlungsunfähigkeit* (§ 17 InsO)

- Consiste nella incapacità di effettuare i pagamenti a scadenza e si accerta con un *solvency* o *cash flow test*

- *drohende Zahlungsunfähigkeit* (§ 18)

- Consiste nel rischio o probabilità di incapacità di effettuare i pagamenti a scadenza;
- Non esiste un test specifico ma è accertata dall'imprenditore quando l'insolvenza è prevedibile (“voraussichtlich”);

- *Überschuldung* (§ 19 InsO)

- Consiste nel sovraindebitamento, ossia nella formazione di patrimonio o attivo netto negativo; si accerta con un *balance sheet test*
- È un presupposto alternativo all'insolvenza valevole solo per le persone giuridiche

- *Zahlungsunfähigkeit* (§ 17 InsO); *Überschuldung* (§ 19 InsO)
 - Obbliga gli amministratori di società di persone o di capitali a ricorrere ad una procedura fallimentare entro 3 settimane (“Antragspflicht”) (§ 15a InsO)
 - Nelle società di capitali, impone la cessazione dei pagamenti salvo che quelli effettuati con la diligenza dell’uomo d’affari capace (“Zahlungsverbot”) (§ § 64 GmbHG; 92-93 AktG)
- *drohende Zahlungsunfähigkeit* (§ 18)
 - Consente ma non obbliga all’accesso ad una procedura di insolvenza
 - Non impone la immediata cessazione dei pagamenti (“Zahlungsverbot”)
 - Nelle società senza capitale (Unternehmensgesellschaft) impone l’immediata convocazione dell’assemblea (§ 5a GmbHG)
- *Insolvenzverschleppungshaftung* = responsabilità degli amministratori da ritardo nella apertura del fallimento

- *Insolvencia (Art. 2.2 Ley concursal)*
 - «aquel estado en el que se encuentra el deudor **que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles**»
 - Presupposto per la dichiarazione di fallimento ad iniziativa di chiunque;
 - Obbliga il debitore (e se società gli amministratori) a richiedere il fallimento entro due mesi «siguientes a la fecha en que **hubiera conocido o debido conocer** su estado de insolvencia» (art. 5 Ley concursal)
- *Insolvencia inminente (Art. 2.3 Ley concursal)*
 - «se encuentra en estado de **insolvencia inminente** el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones»; precisa Rojo, «a corto plazo»
 - Presupposto per la dichiarazione di fallimento a sola iniziativa del debitore
- Responsabilità degli amministratori: tutti i debiti successivi alla mancata presentazione della domanda di fallimento (art. 367 *Ley sociedades de capital*)

- *Stato di insolvenza* = L’imprenditore «non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni»
 - Reversibilità o irreversibilità dello stato
 - Situazione di impotenza economica funzionale e non transitoria
 - Insolvenza prospettica
- *Stato di crisi* = Relazione di continenza con l’insolvenza, dunque maggiore ampiezza
 - La «bocciatura del mercato finanziario» (Stanghellini, 2007, 123-125)
 - «la difficoltà economica che può essere superata anche senza il ricorso a nuova finanza, agendo esclusivamente sul fronte delle passività» (de Luca, Dir. fall, 2010, I, 70, a 88 ss.)
- Obbligo o facoltà di accedere ad una procedura e “timing”
 - non esiste una regola che indichi quando il debitore deve chiedere il fallimento o altra procedura;
 - Indizi si traggono dagli artt. 217 e 224 l. fall., in tema di bancarotta semplice, che punisce chi “ritarda” il proprio fallimento in danno dei creditori

- **Obblighi degli amministratori di una società in “crisi”**
 - Convocare i soci e chiedere loro di «battere un colpo» [2446-2447]
 - Non pregiudicare l’integrità e il valore del patrimonio della società [2486]
- **Responsabilità degli amministratori**
 - Se il patrimonio si rivela incapiente, gli amministratori rispondono dell’inosservanza al dovere di garantire l’integrità del patrimonio [2394]
 - Differenza tra attivo e passivo [Cass. civ., sez. un., 06-05-2015, n. 9100]
 - Teoria dei netti patrimoniali

*«Il danno non può essere esclusivamente quantificato sulla base del criterio c.d. dei netti patrimoniali qualora il ritardo nell’assunzione dei provvedimenti di cui agli artt. 2446, comma 2, e 2447 cod. civ. sia dovuto all’esenzione di cui all’art. 182-sexies legge fallim. In questi casi, laddove la presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di una domanda di ammissione al concordato preventivo abbia colpevolmente ritardato la dichiarazione di fallimento, **il danno imputabile agli amministratori, ai sindaci e all’attestatore del piano deve essere quantificato sulla base del maggiore indebitamento che si sarebbe evitato se il fallimento fosse stato dichiarato tempestivamente**» (T. Venezia, 19-05-2015, *Dir. fallim.*, 2016, 1040, n. Napolitano).*

- (Art. 2 – Principi generali)
 - «introdurre una definizione dello **stato di crisi**, intesa come probabilità di futura insolvenza, distinta dalla nozione di insolvenza di cui all’attuale articolo 5 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267»;
 - «adottare un **unico modello processuale** per l’accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore»;
- (Art. 4 – Procedure di allerta e composizione assistita della crisi)
 - «[porre] a carico degli **organi di controllo societari e del revisore legale** l’obbligo di avvisare immediatamente l’organo amministrativo della società dell’esistenza di fondati indizi della crisi e, in caso di omessa o inadeguata risposta, di informare direttamente il competente organismo di composizione della crisi»
- (Art. 6 – Concordato preventivo)
 - **Iniziativa dei creditori** per le proposte di concordato preventivo, ma solo in caso di insolvenza.
- (Art. 13 – Modifiche al codice civile)
 - Abrogazione dell’**art. 2394-bis**.
 - «il dovere dell’imprenditore e degli organi sociali di istituire **assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale**, nonché di attivarsi per l’**adozione tempestiva di uno degli strumenti** previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale»
 - Sospensione delle disposizioni su **scioglimento e perdite gravi**
 - Definizione dei criteri per la **determinazione del danno**.