

LUISS



Cattedra

RELATORE

CORRELATORE

CANDIDATO

Anno Accademico

*A Franco, la mia persona, le mie
passioni ed il mio angelo custode*

*A Michele Palazzolo e le
chiacchiere in ascensore grazie alle
quali ho deciso di intraprendere questa
strada*

*A Titti, a cui non ho potuto
stringere la mano ma che stringo forte
al cuore*

*“E quindi uscimmo a riveder le stelle”
(Inferno, XXXIV, 139)*

La logica della prevenzione nell'ambito della crisi d'impresa

Introduzione.

Pag. 5

Capitolo I

LA NUOVA DISCIPLINA DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

1. Premessa.

Pag. 12

2. Il quadro di riferimento: una visione d'insieme.

Pag. 13

2.1. (segue) I soggetti e le modifiche interessate dalla riforma.

Pag. 20

3. Nozioni, strumenti e procedure.

Pag. 26

3.1. (segue) Cosa cambia con la nuova stagione di riforme?

Pag. 32

3.2. Un quadro composto da misure d'allerta, "early warning" e la possibilità di prevenire.

Pag. 39

3.2.1. Un primo sguardo (sommario) alle procedure d'allerta e di composizione assistita della crisi.

Pag. 45

3.3. La regola della prevenzione alla base di tutto.

Pag. 48

3.3.1. Early warning e l'obbligo di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.

Pag. 50

3.3.2. (segue) Il nuovo impianto dell'art. 2086 c.c.

Pag. 55

4. L'Organismo di composizione della crisi: l'"assistente" di due importanti procedimenti.
Pag. 61
 - 4.1. (segue) Il procedimento di composizione assistita della crisi.
Pag. 69
 - 4.1.1. (segue) Una piccola nota sulle misure premiali e protettive concesse all'imprenditore.
Pag. 73
 - 4.2. L'insolvenza dei gruppi: il quadro delle discipline che a questi si applicano.
Pag. 76
5. Una visione di confronto con il sistema francese.
Pag. 88

Capitolo II

COME CAMBIA LA DISCIPLINA IN MATERIA DI CONCORDATO

1. Premessa. Un imprinting sulle disposizioni in tema di concordato.
Pag. 94
2. Il concordato preventivo.
Pag. 95
 - 2.1. (segue) Il profilo strutturale della procedura.
Pag. 101
3. L'importanza della continuità aziendale.
Pag. 106
 - 3.1.(segue) Il confronto con ciò che resta del concordato liquidatorio.
Pag. 113
4. Le offerte concorrenti e la disciplina del Cram Down.
Pag. 118
 - 4.1. (segue) Un'analisi maggiormente approfondita dei due istituti: le offerte concorrenti...
Pag. 121
 - 4.1.1. ...Il giudizio di Cram down.

Pag. 128

4.2. Il possibile conflitto di interessi fra creditori.

Pag. 134

5. Brevi cenni su altre tipologie di concordato: il concordato con riserva e il ruolo del pre-commissario.

Pag. 139

6. Breve conclusione.

Pag. 143

Capitolo III

I NUOVI ISTITUTI

1. Premessa. Gli strumenti negoziali stragiudiziali.

Pag. 145

2. Il piano di risanamento.

Pag. 147

3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Pag. 155

4. La Direttiva UE 1023/2019 e le misure da questa annunciate.

Pag. 160

5. Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento alla luce della L. n. 3/2012 e del CCII.

Pag. 166

5.1. Un *focus* sul concordato minore.

Pag. 172

6. La liquidazione giudiziale.

Pag. 176

7. Breve analisi sugli strumenti finanziari partecipativi.

Pag. 178

Conclusioni.

Pag. 181

Bibliografia

Pag. 185

INTRODUZIONE

La legge 8 marzo 2019, n. 20, recante “Delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui alla legge 19 ottobre 2017, n. 155” ha previsto la possibilità di emanare disposizioni correttive ed integrative del d. lgs. 12 gennaio 2019, n.14., ovvero il decreto legislativo che si occupa del Codice della crisi e dell'insolvenza. La L. n. 20/2019 che (allo scadere dei diciotto mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale) sarebbe dovuta entrare in vigore il 15 Agosto 2020, a causa della pandemia dovuta al diffondersi del Covid-19, ha visto slittare la sua entrata in vigore al Primo Settembre 2021.

Scopo della legge è stato: chiarire il contenuto di alcune disposizioni; apportare alcune modifiche per coordinare, *in primis* sotto un profilo logico-giuridico, la disciplina dei diversi istituti previsti dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; integrare la disciplina del Codice, in coerenza con i principi ed i criteri già esercitati, basandosi sulla legge delega n.155 del 2017, al fine di una migliore funzionalità degli istituti. La legge n. 155 del 2017 ha richiesto che il Governo tenesse conto, nell'esercizio della delega, della normativa europea: per tale motivo si è tenuto conto della Direttiva UE 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 in materia di quadri di ristrutturazione preventiva, esdebitazione e interdizioni, misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione¹.

Nella presente dissertazione il lavoro svolto ha riguardato le modifiche in materia di *crisi e insolvenza* andando ad abbracciare diversi temi senza dimenticare che il principio cardine a cui mi sono ispirata è sempre quello della *prevenzione*, principio che concede ai debitori/imprenditori una vera e propria *seconda chance*. I temi che sono stati trattati possono così elencarsi: le procedure e gli strumenti di allerta; la disciplina in tema di concordato preventivo con le sue sfaccettature, che vanno dall'importanza della continuità aziendale alla possibilità di intraprendere la procedura di concordato liquidatorio o di concordato c.d. “in bianco”; i nuovi istituti tra cui il piano di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, il concordato minore o ancora da ultimo (ma non per scarsa importanza) la liquidazione giudiziale che ha preso il posto da protagonista rispetto al precedente fallimento.

¹ CDM, *Relazione illustrativa decreto correttivo crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it, 2019.

La riforma che ha interessato questo ampio quadro di procedure prende le mosse da diverse direttrici tra cui: la *degiurisdizionalizzazione* e la *velocizzazione*. Per quanto riguarda la prima di queste direttrici, il suo intento è stato sicuramente quello di affievolire il carattere punitivo del fallimento, andando di conseguenza a “degiurisdizionalizzare”, cioè andando a ridimensionare la competenza giurisdizionale; tale linea guida ha interessato sia la riforma italiana quanto quella di altri Paesi, muovendosi in due direzioni:

- la *contrattualizzazione* alla base della gestione della crisi andando così a privatizzare le procedure di gestione dell’insolvenza pur non tralasciando il profilo pubblicistico; quello che deve intendersi per privatizzazione nella gestione delle procedure di risoluzione della crisi e dell’insolvenza è una maggiore libertà decisionale in capo al creditore nel riuscire a “progettare” una soluzione che meglio si confà alla situazione in cui versa;
- l’*arretramento* della posizione del giudice nella gestione delle procedure concorsuali in cui la gestione e la cura del patrimonio del debitore viene prettamente riservata al curatore, affidando invece al comitato dei creditori e al giudice delegato delle funzioni di vigilanza².

La seconda direttrice ha puntato su una riduzione dei tempi necessari per portare avanti e concludere le procedure, in virtù anche di una futura riduzione dei costi a queste connessi come si evince dall’art. 2, comma 1, lett. i) della legge delega in cui la riduzione dei tempi viene chiesta “*al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l’attivo delle procedure*”; non a caso il Considerando n.17 della Raccomandazione UE 135/2014 chiede ai vari Paesi, nel regolare le discipline, di cercare in tutti i modi i ritardi prevedendo tanto delle procedure più flessibili, quanto un minor intervento del giudice³.

Alla base della mia dissertazione, nonché principio guida della disciplina in esame, vi è la *prevenzione*: questa si rinviene in molte norme tra cui la L. 134/2012 che ha convertito il d. l. 83/2012, la L. 132/2015 che ha convertito il d. l. 83/2015 di matrice italiana, oltre che in molte disposizioni di Paesi europei ed extraeuropei come gli Stati Uniti. Lo stesso principio è alla base del Regolamento UE 848/2015 con cui l’Unione europea ha chiesto agli Stati Membri di “armonizzare” gli obiettivi in tema di insolvenza e

² S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè Editore, 2017, pp. 7 ss.

³ S. De Matteis, *cit.*, pp. 12 s.

di crisi d'impresa: ad uno sguardo complessivo del Regolamento ci si accorge di un cambio di prospettiva, poiché al centro della stessa l'obiettivo finale non è più rappresentato dalla liquidazione del patrimonio del debitore, che diventa una semplice opzione, bensì dal risanamento e dalla ristrutturazione ed anche dalla continuazione dell'attività d'impresa, che dovrà avere a cuore la ripresa e la crescita economica (anche in tema di livelli occupazionali) insieme alla tutela degli interessi di tutti gli *stakeholders* coinvolti; il Regolamento dal canto suo non solo incita gli Stati ad implementare delle procedure che possano salvare l'impresa già in una fase di *pre-insolvency*, ma spera di consentire a quegli imprenditori onesti una seconda possibilità⁴.

Il Regolamento 848 del 2015 è un rifiuto del Regolamento 1346/2000 grazie al quale viene ampliato il perimetro di applicazione, aggiungendo nel novero degli strumenti europei anche le procedure nazionali dei diversi Paesi; in particolare i Considerando n. 1 e 6 evidenziano che “*di fronte alle differenze legislative presenti tra gli ordinamenti degli Stati membri, l'intenzione del legislatore europeo non è di istituire un'unica procedura di insolvenza uniforme, bensì di adottare norme di diritto internazionale privato e processuale in materia di giurisdizione, legge applicabile e riconoscimento volto a migliorare l'efficacia e l'efficienza delle procedure che presentano implicazioni transfrontaliere*”; nell'Allegato A del Regolamento in esame vengono elencate tutte le procedure attuabili in Italia tra cui: il concordato preventivo, il fallimento, l'accordo di ristrutturazione dei debiti, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria, le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (tra cui il piano attestato) e la liquidazione dei beni⁵.

Come abbiamo visto, in una riforma caratterizzata dalla volontà di prevenire la crisi nel miglior modo possibile, si intrecciano diversi strumenti che devono essere scelti *in primis* in base alla gravità della crisi ed in un secondo momento anche in base all'intervento di risanamento che si vuole porre in essere e alla struttura del ceto creditorio (soggetto che beneficerà o subirà dei danni a seguito della procedura adottata): da qui il consiglio del legislatore di utilizzare lo strumento dei piani attestati di risanamento e delle convenzioni di moratoria nei casi meno gravi e di rifarsi agli accordi di ristrutturazione prima e al concordato preventivo invece nei casi più gravi; in particolare il piano attestato

⁴ P. De Cesari, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *il Fallimento*, 10, 2015, pp. 1026 s.

⁵ Cfr. P. de Cesari, *cit.*, pp. 1029 ss.

di risanamento è uno strumento a disposizione del debitore, attivabile in una fase di pre-crisi che, d'altro canto non può essere fruibile nel caso in cui l'imprenditore versi in stato di insolvenza; da questa "disposizione" è evidente come le soluzioni del concordato, degli accordi di ristrutturazione e le convenzioni di moratoria vengano riservate alle sole ipotesi in cui l'imprenditore versi già in uno stato di crisi⁶.

Nell'analizzare la disciplina in esame dobbiamo fare riferimento agli interessi che da questa vengono tutelati: il pubblico e il privato. Nelle varie procedure qui trattate è evidente come i sacrifici (e i vantaggi in caso positivo) vengono subiti non solo dall'imprenditore ma anche dai creditori, dai lavoratori, dall'economia e dalla società in generale: ne consegue che gli interessi coinvolti possono essere in alcuni casi anche contrastanti tra di loro; da un lato vi saranno i creditori, particolarmente interessati alla liquidazione dei beni aziendali al fine di trarne un vantaggio dal ricavato, dall'altro lato vi saranno i soci e i lavoratori che punteranno ad una continuazione dell'attività d'impresa⁷.

Da queste due "fazioni" conseguono due correnti di pensiero: quella *privatistica* volta a privilegiare gli interessi dei creditori e quella *pubblicistica* che, al contrario, "tifa" per gli interessi dei soci e dei lavoratori; seppur in contrapposizione le due correnti di pensiero non prescindono l'una dell'altra e le stesse convivono nelle legislazioni statali, potendo propendere per il primo o per il secondo filone a seconda del periodo storico, dalla dimensione dell'impresa; le procedure concorsuali, nel nostro sistema, tenendo conto della compresenza di queste due visioni, non potendo asserire la prevalenza dell'una o dell'altra (in quanto sono in gioco troppi interessi contrastanti) oscilleranno "come un pendolo nella tutela degli interessi protetti"⁸.

Per quanto riguarda lo schema che ci troveremo davanti, nel primo capitolo della dissertazione ho evidenziato quelle che sono state le principali novità introdotte dal Codice della crisi e dell'insolvenza, andando ad analizzare sia un profilo formale che un profilo strutturale. Questo mi ha portato in prima battuta ad esaminare tutti i termini nozionistici che sono stati introdotti, modificati o rimossi nel passaggio dalla Legge fallimentare al CCII, tra cui a titolo esemplificativo la sostituzione del termine fallimento con quello di liquidazione giudiziale.

⁶ Si veda S. De Matteis, *cit.*, pp. 192 s.

⁷ Cfr. S. De Matteis, *cit.*; pp. 62 ss.

⁸ S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 62 ss.

Ancora sono state oggetto dell'analisi del primo capitolo le *procedure d'allerta* e la *procedura di composizione assistita della crisi* che sotto la prudente vigilanza dell'Organismo di composizione della crisi, svolgono un ruolo fondamentale per permettere all'imprenditore di attivarsi durante una fase prodromica dello stato di crisi: il tutto è reso possibile grazie al sapiente lavoro dei soggetti indicati agli articoli 14 e 15 del Codice predetto, che possono essere tanto interni quanto esterni, e che si attivano nel momento in cui suona un *campanello d'allarme* ovvero gli indici significativi per l'emersione della crisi disciplinati all'articolo 13 del presente Codice.

In seconda battuta ho analizzato la fattispecie dell'*early warning*, ovvero quel complesso di strumenti che garantiscono all'imprenditore, in un momento anticipatorio, di accorgersi del cattivo andamento della performance aziendale, con la conseguenza che lo stesso possa "attivarsi" tempestivamente nel rintracciare la procedura che meglio si adatti alla situazione in atto; al principio di *early warning* è strettamente connesso l'obbligo in capo alle società di istituire degli assetti (societari) adeguati, che permettano di individuare i punti di forza e quelli di debolezza che, durante la gestione dell'impresa, caratterizzano la stessa: questo obbligo è sancito dall'art. 2086 c.c., il cui ambito di applicazione è stato ridimensionato dal CCII.

Un'altra parte del primo capitolo ha riguardato le discipline di insolvenza che si possono applicare nel momento in cui soggetto alla crisi sia un gruppo d'impresе: anche qui sono stati evidenziati i punti di forza, quelli di debolezza e le novità realmente introdotte dal Codice in quanto prima della stesura dello stesso, in nessun'altra norma era prevista una disciplina specifica per i gruppi d'impresa. Da tempo si sentiva la necessità di colmare questa lacuna ed il legislatore è riuscito anche in questo intento.

Il primo capitolo si conclude con una visione di confronto tra il sistema italiano e quello francese che può essere definito "nostro cugino d'oltralpe" nel regolare la crisi e l'insolvenza.

Il secondo capitolo si incentra nell'analisi del concordato preventivo, considerato uno degli strumenti più importanti a disposizione dell'ampio ventaglio di procedure concesse all'imprenditore in stato di crisi: lo stesso basandosi sul principio di continuazione dell'attività d'impresa tanto in capo allo stesso debitore (*continuità diretta o soggettiva*), quanto in capo ad un soggetto diverso dal debitore (*continuità indiretta oggettiva*), permette un proficuo risanamento dell'attività d'impresa in quanto

sostanzialmente, si basa su una proposta fatta dal debitore che però deve ottenere l'approvazione da parte dei creditori (rispettando le soglie di pagamento che vedremo per i creditori chirografari con la distinzione tra procedure con continuità e procedure non in continuità), con la conseguenza che in caso di esito negativo la proposta concordataria dovrà essere omologata dal tribunale.

Alla base di tutta la procedura e della proposta concordataria vi dovrà essere sempre il principio base del *miglior soddisfacimento dei creditori*, ovvero la possibilità che con tale procedura i creditori ottengano una soluzione migliore rispetto all'ipotesi fallimentare.

Questa visione ha quasi accantonato, relegando in un angusto angolo, la procedura del concordato liquidatorio, in quanto essendo la finalità principale quella della continuazione dell'attività d'impresa, pur essendo ammissibile che a tal fine venga avviata una liquidazione dei beni, non trova più ragione d'esistere il concordato meramente liquidatorio.

Inoltre in tema di concordato preventivo l'ambiguità del legislatore ha riguardato il comportamento che effettivamente il debitore deve porre in essere: se quest'ultimo presenterà proposte sopra soglia, eviterà la possibilità che provengano *proposte concorrenti* da parte dei creditori, mentre se il debitore presenterà un'offerta sotto-soglia e poco accattivante, sarà più probabile che i creditori presentino, a loro volta, offerte concorrenti *migliorative* rispetto all'offerta originaria.

Altro strumento analizzato nel secondo capitolo è stato il giudizio di Cram Down, regolato dal quarto comma dell'art. 180 l. f. secondo cui è permesso ai creditori dissenzienti, chirografari o non aderenti suddivisi in classi o ai creditori che rappresentano almeno il 20% dei crediti ammessi, la possibilità di opporsi all'omologazione della proposta concordataria: questa possibilità è ammessa nel caso in cui gli stessi riescano a provare che la proposta arrechi loro significativi danni; tuttavia è possibile che il tribunale, nonostante l'opposizione, omologhi la proposta creditoria originaria se dimostra che i creditori non avrebbero potuto ottenere un soddisfacimento migliore neppure con altre procedure alternative.

Oltre all'analisi sul possibile conflitto di interesse che può insorgere tra i creditori all'interno di questa procedura, il secondo capitolo ha da ultimo analizzato la procedura di concordato con riserva: in questo caso viene data la possibilità al debitore di presentare domanda per accesso alla procedura di concordato, ma in aggiunta allo stesso viene

concesso un termine compreso tra i sessanta e i centoventi giorni (prorogabile per ulteriori sessanta) in cui gli è consentito depositare documentazione, piano e proposta necessari per la procedura: così facendo vengono rimandati in un secondo momento gli adempimenti formali, purché il debitore abbia comunque fatto presente la sua volontà di accesso alla procedura.

Nel terzo ed ultimo capitolo mi sono occupata dell'analisi degli *strumenti negoziali stragiudiziali* in cui sono inclusi il piano di risanamento e l'accordo di ristrutturazione dei debiti, evidenziando le loro analogie e le norme che li regolano.

Successivamente ho analizzato il concetto di ristrutturazione preventiva alla luce della Direttiva UE n. 1023 del 2019, evidenziando quello che significa *early intervention*, esaminando la disciplina dell'allerta precoce.

Dei quadri di ristrutturazione preventiva, metto in luce le analogie con il CCII e quello che lo stesso non è riuscito a recepire e a fare proprio.

Sono poi passata all'analisi delle procedure ammesse per i debitori-consumatori e per quelli che in generale, non essendo assoggettabili alle procedure concorsuali, sono invece assoggettati alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento ai sensi sia della L. n. 3/2012, sia del Codice della crisi, occupandomi in dettaglio della procedura di concordato c.d. *minore*.

Gli ultimi due paragrafi hanno brevemente analizzato la *liquidazione giudiziale*, ovvero l'ex fallimento che altro non è che l'*extrema ratio* della sorte di un debitore in stato di crisi o di insolvenza ed infine gli *strumenti finanziari partecipativi* nella nuova visione stabilita per gli stessi dal Codice della Crisi e dell'Insolvenza.

In generale tutte le procedure oggetto della trattazione possono essere considerate dei modelli destinati allo sviluppo del *favor* della continuità aziendale, potendo essere gli stessi più o meno invasivi nelle sfere personali e non dei soggetti interessati⁹.

⁹ Cfr. S. de Matteis, *op. cit.*, p. 195.

CAPITOLO I

LA NUOVA DISCIPLINA DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

SOMMARIO: 1. *Premessa* 2. *Il quadro di riferimento: una visione d'insieme* 2.1(*segue*) *I soggetti e le modifiche interessate dalla riforma* 3. *Nozioni, strumenti e procedure* 3.1(*segue*) *Cosa cambia con la nuova stagione di riforme?* 3.2 *Un quadro composto da misure d'allerta, "early warning" e possibilità di prevenire* 3.2.1 *Un primo sguardo (sommario) alle procedure d'allerta e di composizione assistita della crisi* 3.3 *La regola della prevenzione alla base di tutto* 3.3.1 *Early warning e l'obbligo di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.* 3.3.2(*segue*) *Il nuovo impianto dell'art. 2086 c.c.* 4. *L'Organismo di composizione della crisi: l'"assistente" di due importanti procedimenti* 4.1(*segue*) *Il procedimento di composizione assistita della crisi* 4.1.1(*segue*) *Una piccola nota sulle misure premiali e protettive concesse all'imprenditore* 4.2 *L'insolvenza dei gruppi: il quadro delle discipline che a questi si applicano* 5. *Una visione di confronto con il sistema francese*

1. Premessa.

Il tema che andrò ad analizzare in questa dissertazione è forse fino ad oggi uno dei più controversi, per il fatto di essere stato recentemente oggetto di una decisiva "rivoluzione".

Indubbiamente le continue modifiche che si sono avvicinate negli ultimi quindici anni erano necessarie in questo ambito, dato che la legge fallimentare non aveva subito modifiche dal 1942 sino al 2005¹⁰; l'evoluzione è stata richiesta anche a fronte di una continua sollecitazione da parte dell'Unione europea che, con il Progetto Best Commissione UE-Enterprise DG del 2003¹¹, aveva già chiesto ai Paesi europei di adottare delle misure di "early warning"¹², in modo tale che alla base dei vari sistemi nazionali vi

¹⁰ Cfr. M. Irrera, *Lineamenti generali della riforma Rordorf*, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, Giappichelli, 2, 2016.

¹¹ S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè Editore, 2017, p.1.

¹² Come evidenziato da S. De Matteis in *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 6, 2017, p.1294, questo concetto viene definito dalla Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in tema di procedure di ristrutturazione e insolvenza pubblica, all'art. 3 n. 1 come "il complesso degli strumenti che possono evidenziare l'avvio di un peggioramento della performance dell'impresa e segnalare all'imprenditore la necessità di attivarsi con urgenza".

fosse una logica di prevenzione¹³; in effetti gli altri Paesi europei ed extraeuropei si sono mossi in tale direzione prima dell'Italia.

A questa continua evoluzione, tuttavia, si è contrapposto un “arresto cardiaco” dovuto alla crisi epidemiologica¹⁴ in atto, che ha colpito non solo l'Italia ma anche tutti gli altri Paesi europei ed extraeuropei e che ha fatto slittare l'entrata in vigore del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, fissata per il 15 Agosto 2020¹⁵, al 1° Settembre 2021.

Ho deciso di imbartermi in questo tema tanto ostico perché ritengo che al riguardo si debba fare un po' di chiarezza e perché, penso sia necessario fornire una visione generale di quella che sarà la riforma della crisi d'impresa e dell'insolvenza e di quelli che saranno i nuovi istituti che entreranno a farvi parte, ripercorrendo tutte le fasi che sono state percorse.

2. Il quadro di riferimento: una visione d'insieme.

Per arrivare a ciò a cui ci troviamo di fronte oggi è necessario fare alcuni passi indietro nel tempo, partendo dai lavori della Commissione Trevisanato¹⁶ ed arrivando a quelli della Commissione Rordorf¹⁷.

Entrambe si sono poste l'obiettivo di far attecchire nel nostro sistema di diritto fallimentare quella che è la logica del “prevenire la crisi”, introducendo dei sistemi validi tali da garantire un rimedio efficace per la soluzione della stessa.

In particolare, come approfondirò nel successivo paragrafo, la Commissione Trevisanato¹⁸ si è focalizzata sull'obiettivo di rafforzare e introdurre dei *sistemi di*

¹³ Il debitore deve essere messo in grado di “*poter procedere alla ristrutturazione in una fase precoce, non appena sia evidente che sussiste probabilità di insolvenza*” par. III, lett. A, punto 6, lett. a, Raccomandazione della Commissione UE n.135 del 12.3.2014.

¹⁴ “*Ci si trova in uno scenario del tutto diverso rispetto ad un'altra grave crisi, quella finanziaria del 2008. Allora, il fattore tributario aveva addirittura concorso a determinarla [...]. Questo tema oggi non si pone: la crisi è semplicemente dovuta a una pandemia, capace di fermare la produzione e consumi a livello mondiale*” Cit. G. Melis; F. Rasi, *Crisi e fiscalità*, in *Oltre la pandemia. Società, salute economia e regole nell'era post-covid-19*, di G. Palmieri, Napoli, 2020, p.1372.

¹⁵ Il CCII, fermo restando la sua entrata in vigore il prossimo anno a causa della crisi epidemiologica in atto, sarebbe dovuto entrare in vigore il 15 Agosto 2020 dopo 18 mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale sicuramente perché necessitava di un periodo di tempo medio lungo per poter attecchire nel nostro sistema in quanto trattati di un Codice ricco di novità che cambieranno, in alcuni casi, la realtà attuale da bianco a nero, cfr. G. Bonfante, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* a cura dello stesso, in *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Settembre 2019, p.1943.

¹⁶ La prima delle due Commissioni fu istituita con decreto ministeriale del 28.11.2001 e portò all'emanazione di un testo, votato a maggioranza il 20.6.2003; la seconda fu istituita il 27.2.2004 e concluse i lavori nel 2004, v. S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, *cit.*, p.337.

¹⁷ La Commissione interministeriale Rordorf, che deve l'omonimo nome al presidente di Sezione della Corte di Cassazione Renato Rordorf nonché presidente della stessa, è stata istituita con Decreto del Ministro della Giustizia il 28 Gennaio 2015.

informazione circa le difficoltà delle imprese, in modo tale da avere un quadro informativo chiaro dal quale possono emergere chiari sintomi di una situazione che necessita di essere affrontata con tempestività.

Principio guida della Commissione Rordorf, invece, è stato quello di riformare la disciplina in tema di insolvenza e procedure concorsuali confrontandosi con interlocutori istituzionali quali il CNDCEC¹⁹, il CNF²⁰ e Confindustria²¹, riuscendo così a presentare al Ministro una Relazione illustrativa nel Dicembre del 2015; il passo successivo è avvenuto l'11 Marzo 2016 con la presentazione da parte del Governo alla Camera dei deputati del disegno di Legge delega n. 3671 *bis*²² rubricato “*Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell’insolvenza*”²³. Successivamente il disegno è stato presentato in Senato il 3 Febbraio 2017²⁴.

In conclusione, il Codice della crisi e dell’insolvenza è diventato legge a tutti gli effetti, tramite il D. Lgs. 12 Gennaio 2019 n.14, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 14 Febbraio dello stesso anno²⁵. La riforma in atto si inserisce all’interno di una serie di altre riforme, tra cui il D.L n. 35/2005, convertito in L. n. 80/2005 con cui si è giunti al D.L. n. 59/2016 convertito nella L. n. 119/2016, preceduto dal D.L. n. 83/2015 modificato e convertito nella L. n. 132/2015²⁶.

Prima di mostrare il quadro generale con le varie novità apportate dalla riforma ritengo necessario, *ab origine*, analizzare il senso dell’espressione *diritto societario della crisi*, in quanto protagonista della trattazione.

Ricollegandomi a quanto sostenuto da P. Montalenti, per questa espressione bisogna fare una tripartizione a cui si ricollegano tre significati diversi:

¹⁸ La Commissione nel caso specifico si è occupata di creare due elaborati, uno di minoranza e uno di maggioranza che tuttavia, non sono giunti ad una linea comune, v. G. Bonfante, *Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza*, *op. cit.*, p.1945.

¹⁹ Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili.

²⁰ Consiglio Nazionale Forense.

²¹ M. Irrera, *Lineamenti generali della riforma Rordorf*, *op. cit.*

²² Da un’attenta analisi del testo del Ddl emergono delle differenze con quelli che erano stati i lavori portati avanti dalla Commissione Rordorf, tra cui ad esempio la competenza del Tribunale in tema di giudizio sulla fattibilità economica di un piano di concordato, v. M. Irrera, *Lineamenti generali della riforma Rordorf*, *cit.*

²³ G. Verna, *Gli strumenti di risanamento delle imprese. Esperienze e prospettive di riforma*, in *Gestione delle procedure concorsuali nella crisi d’impresa*, Ipsoa Manuali, 2016, p. 11.

²⁴ P. Montalenti, *Diritto dell’impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, in *Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, 1, 2018, p.80.

²⁵ Si veda G. Bonfante, *Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza*, *op. cit.*, p.1943.

²⁶ Per questi riferimenti si veda S. De Matteis, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, *cit.*, p.1292.

- i. “*diritto societario della crisi*” inteso come “*declinazione dei principi e delle regole societarie di amministrazione e controllo nelle situazioni di crisi*” nella fase c.d. *twilight zone*²⁷;
- ii. “*diritto societario concorsuale*”, riferendosi alla globalità di principi e regole della legge fallimentare che vanno a modificare i principi cardine di diritto societario;
- iii. infine, “*diritto dell’impresa in crisi*”, focalizzandosi per questo aspetto su tutto quanto concerne i nuovi istituti che le varie riforme si sono occupate di far attecchire nel nostro sistema²⁸.

Ritengo doveroso, a questo punto, analizzare quelle che sono le principali novità apportate dalla riforma, che entreranno ufficialmente in vigore il prossimo anno (in realtà alcune di esse sono già entrate in vigore)²⁹ e che cambieranno il modo di approcciarci alla crisi d’impresa.

Filo conduttore della riforma, come abbiamo detto, è la logica della prevenzione (e della corretta diagnosi)³⁰; quest’ultima fa sì, come vedremo, che la procedura di fallimento da sempre al vertice del nostro sistema, venga relegata in un’angusta cantina pronta a venir fuori solo in extremis, andando a preferire una soluzione fruttuosa della crisi dell’impresa anziché l’eliminazione di quest’ultima dal mercato.

Per raggiungere questo obiettivo, nella sua *saturnia lanx* il legislatore ha inserito sette istituti alternativi al fallimento fra cui: il piano attestato di risanamento, il concordato preventivo, il concordato con riserva, le proposte di concordato concorrenti, il concordato

²⁷ Ovvero la fase di pre-crisi che ammette ancora la possibilità che la crisi sia reversibile, cfr. P. Montalenti, *Diritto dell’impresa in crisi, op. cit.*, p.62.

²⁸ Cfr. P. Montalenti, *Diritto dell’impresa in crisi, op. cit.*, pp.62-63.

²⁹ “Risultano già entrati in vigore al 16 Marzo 2019 gli artt. 27, 1° comma e 350 concernenti alcune disposizioni in tema di amministrazione straordinaria, gli artt. 356 e 357 in tema di Albo dei soggetti incaricati dall’Autorità giudiziaria a svolgere le funzioni di gestione e di contratto nelle procedure di risoluzione della crisi e dell’insolvenza, l’art. 359 relativo alla realizzazione di un’area web riservata come forma suppletiva di notifica, gli artt. 363 e 364 sul rilascio del certificato unico da parte dell’ Inps e degli Uffici dell’Amministrazione finanziaria e degli enti preposti all’accertamento dei tributi per i creditori risultanti dai rispettivi atti, l’art. 366 in tema di spese di giustizia in caso di revoca della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, gli artt. 375 e 377 in tema di obbligo per le imprese di istituire un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato, l’art. 378 in tema di responsabilità degli amministratori e commisurazione del danno in caso di continuazione dell’attività dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, l’art. 379 che modifica l’art. 2477 c.c. ampliando i casi di obbligatorietà dell’organo di controllo, gli artt. 385, 386, 387, 388 in tema di garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire”, cfr. G. Bonfante, *Il nuovo diritto della crisi, cit.*, p. 1946.

³⁰ P. Montalenti, *Diritto dell’impresa in crisi, op. cit.*, p.78.

con continuità aziendale, gli accordi di ristrutturazione dei debiti e, infine, l'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria³¹.

Ciononostante, perché tutti questi istituti possano condurre ad una soluzione positiva di superamento delle difficoltà, sono necessarie alcune condizioni fra cui: un utilizzo responsabile, una condotta seria e meritevole da parte del professionista attestatore o ancora un giudizio equilibrato da parte dei giudici³². In aggiunta a ciò, sono stati introdotti ulteriori strumenti normativi che si possono sintetizzare in tre aspetti:

- i. *correttezza*;
- ii. *adeguati assetti organizzativi*;
- iii. *controllo*;

per quanto attiene al punto i) si può dire che questo strumento normativo, quale sistema di complete informazioni e di procedure decisionali, richiede delle necessarie valutazioni in termini di responsabilità sia per quanto attiene alla legalità che al merito; il punto ii) si riferisce invece a sistemi di procedure, di gestione e di controllo facendo riferimento ai doveri, poteri e responsabilità degli amministratori non più dipendenti dalla tipologia di società ma dalle dimensioni di quest'ultimo; infine il parametro del controllo di cui al punto iii) quale comportamento doveroso fa una distinzione fra il *risk assessment* (cioè la rilevazione dei rischi) e il *risk management* (ovvero il controllo dei rischi)³³.

Per quanto riguarda la nozione di controllo non ci si può fermare a questa blanda distinzione, essendo doveroso aggiungere altre classificazioni all'interno della nozione stessa. In primis il controllo può essere sia una "*verifica giuridica o tecnica*" sia uno "*strumento di organizzazione*" che può essere utilizzato per una migliore gestione dell'impresa; ancora altra distinzione riguarda la tipologia di controllo, poiché oltre ai classici controlli di merito e di legalità vi è anche il controllo di "*correttezza e adeguatezza organizzativa*"; altra differenza riguarda i concetti di "*controllo diretto*" e "*controllo indiretto*"; per ultimo ma non ultimo il controllo si distingue tra "*controllo come funzione de jure optimo, in termini di esercizio dell'impresa, e vigilanza, come supervisione sintetica e generale*"³⁴.

³¹ Per un'analisi più completa si veda P. Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi, cit.*, pp.68-69.

³² Come ampiamente sostenuto da P. Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi, op. cit.*, p.70.

³³ V. P. Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi, op. cit.*, p.75.

³⁴ Il tema è stato affrontato in modo dettagliato da P. Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi, cit.*, pp.75-76.

Come detto nella premessa di questo capitolo, la necessità che il nostro legislatore spingesse per una riforma delle procedure concorsuali dipendeva non solo dal fatto che il nostro sistema era rimasto statico e in assenza di evoluzione dal 1942 al 2005³⁵, bensì anche a fronte di una spinta da parte dell'UE³⁶ che ha richiesto alle legislazioni nazionali dei vari Paesi europei di muoversi verso un sistema che potesse garantire alle proprie imprese di imboccare una via positiva per il superamento delle difficoltà e il recupero dell'attività produttiva anziché un sistema sanzionatorio e liquidatorio³⁷, com'è stato fino al momento in cui sono state apportate le rispettive modifiche normative.

Le richieste di adeguamento per l'Italia sono giunte anche da oltreoceano, da parte di organismi internazionali come l'Uncitral che si è fatta carico di stabilire il principio del *Model Law*³⁸ e la Banca Mondiale, a sua volta artefice dei c.dd. *Legislative Guide on Insolvency Law e Principi Banca Mondiale*³⁹. Effettivamente anche il presente Codice elabora un unico modello procedimentale ai sensi dell'art.15 l. f.; all'interno vanno a confluire vari percorsi alternativi che permettono di accedere agli strumenti di regolazione della crisi opposti a quella che è la liquidazione giudiziale⁴⁰.

Da un primo confronto con il sistema europeo, come andremo ad analizzare in un successivo paragrafo, vi sono degli elementi di continuità tra il sistema italiano e quello francese: anche quest'ultimo, dalla logica sanzionatoria del fallimento degli anni '80 si è mosso seguendo l'onda del “*prevenire è meglio che curare*”, introducendo con la *Loi de sauvegarde des entreprises* 845/2005 due procedure di prevenzione: *la conciliation* e *la sauvegarde*⁴¹.

³⁵ Si rimanda alla nota n.9.

³⁶ Su questo tema l'attenzione viene posta su alcuni Regolamenti e Raccomandazioni europee, quali innanzitutto il Regolamento CE 1346/2000 circa le procedure di insolvenza transfrontaliera e quello 848/2015. Ancora la Raccomandazione UE 135/2014 con cui l'UE richiede agli Stati membri di adottare dei sistemi che possano risanare le imprese in crisi andando a preferire la possibilità di recupero anziché quella di eliminazione dell'impresa, v. S. De Matteis, in *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, op. cit., p.17.

³⁷ Vedi su questo tema S. De Matteis in *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., p. 17. Lo stesso sostiene come il nostro legislatore si sia mosso, già con la riforma del 2006/2007, ad eliminare sanzioni personali e limitazioni della libertà nei confronti del debitore in modo tale da evitare eccessivo discredito nei confronti di quest'ultimo.

³⁸ In particolare, il *model law* è ciò che emerge dalla Legge Modello circa l'insolvenza transazionale, emanata per l'appunto dall'Uncitral nel '97; questa permette una procedura unica per quel debitore insolvente, sia esso persona fisica o giuridica, che ha beni, creditori ed in generale rapporti che riguardano più Stati. Il Paese origine della procedura verrà scelto in base al COMI (Centre of Main Interest) del debitore stesso, v. G. Bonfante, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p.1944.

³⁹ Si veda per un raffronto G. Bonfante, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, op. cit., p.1945.

⁴⁰ L. Boggio, *L'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in (a cura di) G. Bonfante, *Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Settembre 2019, p.1954

⁴¹ Vedi S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., pp.20-21.

Giocoforza per una risoluzione positiva della crisi è, senza dubbio, la tempestività⁴²: prima si ha contezza di una situazione di crisi meglio è per gestirla in modo proficuo⁴³; direttamente proporzionale alla tempestività è la dimensione dell'impresa⁴⁴ in questione: maggiore sarà la dimensione dell'impresa, maggiore sarà la necessità che ci si attivi in tempo; questo richiede sia che le informazioni circolino adeguatamente (così come sostenuto anche dalla Commissione Trevisanato) e che l'impresa abbia un corretto assetto organizzativo, sia che periodicamente venga verificata la corretta gestione dell'impresa e una proficua attuazione della strategia e della struttura aziendale⁴⁵.

La crisi cui si fa riferimento nel CCII presuppone che questa possa trasformarsi nel breve periodo in uno stato “*di vera e propria insolvenza*”; riguardo al concetto di crisi che affronteremo (si rimanda per un'approfondita analisi al paragrafo 3 del presente capitolo) tuttavia, le opinioni non sono sempre positive, ritenendo alcuni che questa nozione sia controversa ed in alcuni casi anche superflua⁴⁶; invero la non affinità di vedute deriva, per alcuni, dal fatto che la disciplina occupandosi dell'emersione di una crisi che si è già manifestata, non si occupa di come questa si sia sviluppata internamente all'impresa e di come possano reagire gli organi sociali di fronte ad una crisi atipica, cioè quando ancora l'impresa si trova in stato di difficoltà e non di conclamata insolvenza⁴⁷; per altra parte della dottrina è erroneo “*aver voluto distinguere, a livello concettuale e giuridico, la crisi dall'insolvenza, laddove questa distinzione può essere utile tutt'al più per consentire, e non per impedire, l'accesso a determinati istituti di composizione delle difficoltà*”

⁴² V. S. De Matteis, in *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., p.2.

⁴³ Così S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., p.19, tale concetto si evince anche dal Considerando n.1 della Raccomandazione UE 135/2014 in cui si richiede di “*garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza massimizzandone pertanto il valore per i creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale*”.

⁴⁴ V. S. De Matteis, in *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, op. cit., p.2.

⁴⁵ V. S. De Matteis, in *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., p.3.

⁴⁶ Ciò risulta essere sostenuto da G. Lo Cascio, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *il Fallimento*, 3, 2019, p.264 e da D. Fico, *Brevi riflessioni sulla nozione di crisi e di insolvenza del debitore nel nuovo Codice della crisi d'impresa*, in www.ilFallimentarista.it, 2019.

⁴⁷ Per questo ed altro, cfr. A. Rossi, *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, in *il Fallimento*, 3, 2019, p.294. Secondo lo stesso, tale definizione risulta utile e atta a distinguere ciò che è lecito da ciò che non lo è nel momento in cui viene attivata una procedura ai sensi dell'art. 18, comma 3 del Codice che permette di andare ad archiviare le segnalazioni ricevute dall'OCRI se il collegio ritiene insussistente la crisi; v. anche D. Fico, *Brevi riflessioni sulla nozione di crisi e di insolvenza del debitore nel nuovo Codice della crisi d'impresa*, in www.ilFallimentarista.it, 2019.

dell'impresa, e quindi per allargare lo spettro delle situazioni passibili di intervento e non per precludere"⁴⁸.

Dal punto di vista schematico, il Codice composto da 391 articoli, risulta diviso in quattro parti: la prima che va dall'art. 1 all'art. 374 è il corpo di tutto il Codice, la seconda che va dall'art. 375 all'art. 384 si è occupata delle Modifiche al Codice civile, la terza che va dall'art. 385 all'art. 388 si occupa delle Garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire, infine la quarta parte che va dall'art. 389 all'art. 391 è rubricata Disposizioni finali e transitorie⁴⁹.

Le novità introdotte dalla riforma non sono applicabili indistintamente a tutte le situazioni di crisi, ma è necessario fare una differenziazione tra quelle che prospettano una situazione reversibile della crisi e quelle che si presentano già in fase di irreversibilità, non dimenticando mai di avere ben presenti gli interessi da tutelare: da un lato il salvataggio dell'azienda e dall'altro la tutela dei creditori e di tutti i portatori di interessi⁵⁰, contemperando i sacrifici da imporre a tutte le parti in gioco⁵¹.

In particolare, ritornando al tema della reversibilità o meno della crisi, bisogna fare una distinzione tra ipotesi di pre-crisi⁵², crisi manifesta ma reversibile⁵³ e crisi irreversibile⁵⁴.

Nel primo caso prevenire significa attuare operazioni col fine ultimo di impedire che l'impresa si imbatta in una situazione di crisi, ponendo in essere dei sistemi di allarme anti-insolvenza⁵⁵; nel secondo caso i sistemi e le operazioni utilizzati, non potendo prevenire la crisi che si è già manifestata, cercano quanto meno di ridurre il danno che da questa può essere arrecato, evitando di sfociare nell'impossibilità di risoluzione della stessa; nell'ultimo caso, quello di crisi irreversibile, le operazioni che ci si prefigge di realizzare hanno l'obiettivo di interrompere l'attività di impresa ed eliminare lo stato insolvente pur cercando di non giungere ad una procedura di fallimento⁵⁶.

⁴⁸ A. Jorio, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in corso di pubblicazione negli Studi di onore di Michele Sandulli, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2, 2019.

⁴⁹ G. Bonfante, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 1946.

⁵⁰ I c.d. *stakeholders*.

⁵¹ V. G. Verna, *Gli strumenti di risanamento delle imprese*, cit., p. 10.

⁵² V. S. De Matteis, in *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, op. cit., p. 3.

⁵³ V. S. De Matteis, in *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., p. 3.

⁵⁴ Vedi G. Verna, *Gli strumenti di risanamento delle imprese*, op. cit., p. 5.

⁵⁵ Vedi S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., p. 3.

⁵⁶ Su questo tema, G. Verna, *Gli strumenti di risanamento delle imprese*, cit., p. 5.

Le cause della crisi e le tipologie che ne conseguono, inoltre possono essere le più disparate: la crisi può infatti avere sia carattere *economico* (perché il prodotto fornito non è più valido nel mercato, perché non si innova o perché vi è un'inefficienza della gestione d'impresa) sia carattere *finanziario-patrimoniale* (causata in questo caso dai troppi debiti o da squilibrate fonti finanziari di sostentamento dell'impresa)⁵⁷.

Ciononostante, non sempre i meccanismi che vengono attivati lo sono in tempo o sono adeguati, in altri casi non vengono attivati per nulla. Per porre rimedio in questi casi la soluzione è quella del *risanamento*⁵⁸.

Lo stesso risanamento viene considerato un “giubbotto di salvataggio” per l'impresa che si trova in difficoltà in quanto, potendo essere attivato prima di avviare una procedura concorsuale, evita il peggiorare irrimediabilmente della crisi in atto.

Possiamo dire che in generale tutte le tecniche preventive, che il legislatore offre, sono mosse dallo spirito comune di proteggere l'impresa e garantirle una limpida e normale prosecuzione.

Risanare può significare tanto andare a recuperare quelle che sono le normali condizioni di produttività di un'impresa, quanto modificare del tutto la strategia o la struttura della stessa⁵⁹.

Nella scelta dell'opzione migliore, o quantomeno più giusta per l'impresa, l'imprenditore non ha di certo completa libertà di scelta, in quanto quest'ultima viene limitata dall'attenzione per gli interessi dei creditori; per meglio focalizzarsi sull'obiettivo finale l'imprenditore dovrebbe fare piena fede sulla sua competenza tecnica e sulla valutazione tecnica di un professionista attestato⁶⁰, facendo molta attenzione alla sintomatologia della crisi d'impresa.

2.1 (segue) I soggetti e le modifiche interessati dalla riforma.

Un altro cambio di rotta attuato dal nostro legislatore è stato quello dei soggetti che si intendono tutelare con queste diverse misure che è specificato all'art.1, comma 1 del Codice rubricato “Ambito di applicazione”⁶¹: al centro non vi è più l'imprenditore quanto

⁵⁷ P. Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi*, op. cit., p. 7.7

⁵⁸ Sul tema v. S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, op. cit., p. 4.

⁵⁹ Questi concetti sono stati affrontati da S. De Matteis in *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., pp.4-5.

⁶⁰ Cfr. P. Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi*, op. cit., p. 77.

⁶¹ Art.1, comma 1: “il presente codice disciplina le situazioni di crisi o di insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, una attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica, o altro ente collettivo,

l'impresa ed in generale l'attività produttiva; ciononostante, è normale rendersi conto come queste due figure siano strettamente collegate (quasi come due gemelli siamesi) e di conseguenza la tutela dell'impresa finisce per condurre indirettamente anche alla tutela dell'imprenditore⁶².

Il cambio di rotta riguarda anche la scala degli interessi coinvolti, passando da un primario interesse per la tutela dei creditori ad un maggior interesse per la salvaguardia dell'occupazione e dei posti di lavoro, fino alla salvaguardia del complesso valore aziendale e dell'avviamento dell'impresa⁶³.

Per quanto riguarda la tipologia di debitori assoggettabili al Codice, quest'ultimo prevede sia procedure riferibili a tutti gli imprenditori⁶⁴, sia procedure riferibili al solo imprenditore commerciale, o, ancora procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento riferibili specificatamente al "non imprenditore"⁶⁵.

Ricollegandoci a questo tema, si è deciso di eliminare la nozione di *imprenditore fallito* e di *fallimento* per evitare discredito nei confronti dello stesso, sostituendo il termine fallimento con quello di liquidazione *giudiziale*⁶⁶, che viene ad essere anche la

gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici", v. A. Bassi, *I presupposti delle procedure concorsuali nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in (a cura di) G. Bonfante, *Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Settembre 2019, p. 1948.

⁶² Riprendiamo qui un tema sostenuto da G. Verna, *Gli strumenti di risanamento delle imprese*, cit., p. 4.

⁶³ Cfr. S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., p.117.

⁶⁴ Mostrandovi un quadro generale, sono applicabili a tutti gli imprenditori le *procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, restando tuttavia escluse dall'applicazione delle procedure di allerta i soggetti individuati nell'art.12, comma 4 del Codice e i soggetti individuati all'art. 12, comma 5 dello stesso. Ancora sono applicabili a tutti gli imprenditori senza distinzione le misure premiali di cui all'art.25 del Codice, *i piani attestati di risanamento* ex art. 56 del CCII, *gli accordi di ristrutturazione dei debiti* ai sensi dell'art. 57 del presente codice purché l'imprenditore non sia cancellato dal registro delle imprese, ed infine si vede applicabile a tutti anche la *convenzione di moratoria* ex art. 62. La procedura di liquidazione giudiziale, per contro, è applicabile al solo imprenditore commerciale purché questo non superi le soglie dimensionali stabilite all'art.2, comma 1, lett. d) (con esclusione, tuttavia, dell'imprenditore agricolo) e agli enti e imprenditori collettivi non societari. Anche il concordato preventivo è applicabile ai soli imprenditori assoggettabili a liquidazione giudiziale, a patto che anche in questo caso non vengano superate le soglie dimensionali di cui all'art.2, comma 1, lett. d) e purché l'imprenditore non sia cancellato dal registro delle imprese, cfr. A. Bassi, *I presupposti delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 1950.

⁶⁵ Cfr. A. Bassi, *I presupposti delle procedure concorsuali nel codice della crisi*, cit., p.1949. Lo stesso autore esplicita nelle pagine successive come siano applicabili a questa tipologia di debitori procedure quali la composizione della crisi da sovraindebitamento ai sensi degli artt. 65 e segg., la ristrutturazione dei debiti del consumatore ex art.67 del CCII, il concordato minore ai sensi dell'art.74 i cui soggetti inclusi ed esclusi sono indicati all'art 2, lett. c), con esclusione del consumatore (art. 2, comma 1, lett. d)).

⁶⁶ V. G. Verna, *Gli strumenti di risanamento delle imprese*, cit., p.13. Ancora sulle modifiche inerenti ai termini delle procedure concorsuali vedi A. Fittante, *Il Ddl della Commissione Rordorf: una riforma organica della crisi d'impresa*, in www.ilFallimentarista.it, 2016.

procedura sostitutiva del primo⁶⁷, o ancora con il termine di *insolvenza*; in aggiunta un'altra modifica riguardante i termini usati è quella che ha per oggetto il termine crisi, il quale è stato sostituito con l'espressione "*probabilità di futura insolvenza*"⁶⁸.

Le modifiche introdotte dal Ddl della Commissione Rordorf sono parecchie: *in primis* il rafforzamento dei poteri in capo ai curatori; quindi le modifiche riguardanti l'accertamento del passivo, l'introduzione di una disposizione che si occupa della sorte dei rapporti di lavoro causata dagli effetti di una procedura concorsuale, novità in tema di maggiore specializzazione dei giudici che si occupano delle procedure concorsuali; altre novità, di cui mi occuperò specificatamente nei successivi paragrafi e capitoli, sono la possibilità di intraprendere una procedura di composizione assistita della crisi innanzi all'OCRI per quanto attiene alle imprese commerciali e innanzi all'OCC⁶⁹ per i debitori soggetti ad una procedura di sovraindebitamento⁷⁰, ovvero per le imprese "minori"⁷¹(che ha natura non giudiziale e confidenziale), la possibilità di chiedere al giudice la concessione di misure protettive o di misure premiali ma anche di vedersi attribuite dallo stesso delle misure cautelari: in particolare le prime tendono ad essere una sorta di sollievo per il debitore poiché impediscono azioni sul suo patrimonio, di contro le seconde, più a carattere punitivo, impediscono che vengano eseguite azioni deleterie che possano in un certo qual modo indebolire l'attivo destinato ai creditori⁷².

Si veda in aggiunta l'introduzione di una disciplina della crisi d'impresa riguardante i gruppi di imprese, anche in virtù della presa di posizione di alcuni tribunali che chiedevano non solo una corretta definizione di "gruppo"⁷³, ma anche la necessità che per questi venisse adottata una disciplina specifica⁷⁴.

⁶⁷ Nello specifico, la liquidazione giudiziale, che abbiamo detto prendere il posto del fallimento, resta l'unica procedura liquidatoria, atta a soddisfare i creditori tramite la conclusione dell'attività d'impresa e la vendita del patrimonio del debitore, che da ultimo può vedersi applicare anche delle sanzioni penali. Inoltre, come sostiene lo stesso autore, tutte le altre procedure sono "*di beneficio*" rimesse all'iniziativa del debitore, cfr. A. Bassi, *I presupposti delle procedure concorsuali nel codice della crisi*, op. cit., p.1948.

⁶⁸ Si veda per questo M. Irrera, *Lineamenti generali della riforma Rordorf*, cit.

⁶⁹ Organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento.

⁷⁰ Organismo di composizione della crisi.

⁷¹ Così oggi definite le piccole imprese per le procedure concorsuali, v. M. Perrino, *Crisi d'impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *il Corriere Giuridico*, 5, 2019, pp 661.

⁷² Sul punto P. Bosticco, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza: disposizioni generali e definizioni*, in www.ilFallimentarista.it, 2019.

⁷³ La definizione di gruppo e di direzione unitaria a cui si fa riferimento è quella propria del Codice civile, cfr. P. Bosticco, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, cit.

⁷⁴ Cfr. P. Bosticco, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., qui nel caso specifico si fa riferimento a Tribunale di Milano, 10 Novembre 2009, Tribunale di Palermo, 4 Giugno 2014, Tribunale di Teramo, 5 Gennaio 2016 e Tribunale di Bergamo 13 Febbraio 2019.

In particolare, focalizzandoci su questo aspetto, si può notare come la definizione che viene data di “gruppo di imprese” giochi un ruolo fondamentale per quanto attiene ai requisiti di accesso alle procedure: a tal riguardo si veda come sia possibile gestire in modo unitario e uniforme la procedura di liquidazione giudiziale o ancora, ex art.285 l. f., è possibile trasferire all’interno tra i vari componenti del gruppo le risorse necessarie per gestire le diverse procedure d’insolvenza o da ultimo all’art. 286 l. f. viene ribadito come sia necessario, per l’annullamento di un concordato di gruppo, che l’inadempimento non riguardi solo alcune imprese appartenenti allo stesso⁷⁵.

Come vedremo, altre importanti modifiche hanno riguardato il concordato preventivo, per il quale ad oggi viene sostenuta l’importanza del mantenimento della continuità aziendale, quale requisito necessario che possa garantire una continuazione in modo diretto o meno dell’attività produttiva, in base ad un piano appositamente e conformemente redatto; ed infine altre modifiche hanno riguardato la disciplina in tema di piani attestati di risanamento ex art.67 comma 2, lett. d) della Legge fallimentare e in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti e ristrutturazione preventiva, a cui fanno riferimento la Direttiva UE 1023/2019 e l’art. 57 del d. lgs 14/2019⁷⁶.

Nell’analisi in prima battuta del testo emergono modifiche che andranno a riguardare l’adozione di un unico modello processuale ex art. 15 l. f.⁷⁷, in modo tale che accertare lo stato di crisi o insolvenza sia uguale a prescindere dalla categoria di debitore in questione; ed ancora viene data maggiore competenza al PM che può attivarsi nel momento in cui sia a conoscenza di uno stato di crisi o di insolvenza; viene cancellata la possibilità di dichiarare il fallimento *ex officio* ed infine vengono ridotti costi e tempi per le procedure d’insolvenza in modo tale che la tutela possa essere maggiormente celere ed efficace⁷⁸.

L’attenzione deve però essere posta su una delle maggiori novità introdotte dal Ddl ovvero l’introduzione di una “*preventiva fase di allerta*”⁷⁹.

⁷⁵ Suddetto tema viene esplicitato da P. Bosticco in *Il nuovo codice della crisi e dell’insolvenza*, op. cit.

⁷⁶ Per queste ed altre novità si veda A. Fittante, *Il Ddl della Commissione Rordorf*, cit.

⁷⁷ Si fa riferimento alla Legge fallimentare.

⁷⁸ Sui temi si veda M. Irrera, *Lineamenti generali della riforma Rordorf*, cit., ed ancora S. De Matteis, *I principi generali della legge delega di riforma*, cit., p.1305.

⁷⁹ A. Fittante, *Il Ddl della Commissione Rordorf*, cit. Le disposizioni in tema di procedure di allerta sono contenute negli artt. 12 e segg. del Codice, v. A. Bassi, *I presupposti delle procedure concorsuali*, op. cit., p.1949.

Le procedure collegate a questa fase, insieme alla procedura di composizione assistita della crisi, hanno il chiaro obiettivo di prevenire, giocando d'anticipo nei confronti di un'emersione tempestiva della crisi d'impresa⁸⁰, in modo tale, come abbiamo già ripetutamente affermato, che si possa giungere ad una quanto più positiva soluzione della stessa.

Dalle novità apportate con la nuova riforma, se da un lato vengono escluse le imprese di grandi dimensioni⁸¹ e gli enti pubblici, dall'altro viene incluso tra le tipologie di imprenditori assoggettabili alla liquidazione giudiziale anche l'imprenditore agricolo, prima escluso⁸².

Riguardo alle prime si è deciso di continuare ad applicare la normativa previgente, ovvero il D. lgs. 270/1999, ed infatti il nuovo CCII⁸³ vi apporta solo alcune modifiche marginali; in particolare in merito alle imprese di grandi dimensioni i dubbi maggiori riguardano l'applicazione della disciplina in tema di composizione assistita della crisi, stante l'esenzione per queste dell'applicazione dei meccanismi d'allerta: è tuttavia logico ritenere come si debba protendere anche per l'esclusione della disciplina di composizione assistita della crisi innanzi all'OCRI, in quanto questa dipende da una precedente attivazione dei meccanismi suddetti⁸⁴.

Per quanto attiene ai secondi, come detto, questi sono esclusi dall'applicazione del CCII, di contro però si vanno a considerare soggette all'applicazione del nuovo Codice le società "in house"⁸⁵ che vengono assimilate alle "società pubbliche"⁸⁶.

A seguito dell'introduzione del CCII, si sono apportate delle modifiche⁸⁷ anche al Codice civile: queste hanno riguardato *l'attività d'impresa in linea generale* ex art. 375

⁸⁰ V. M. Irrera, *Lineamenti generali della riforma Rordorf*, cit.

⁸¹ Per la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle imprese di grandi dimensioni è stato previsto dalla Commissione Rordorf il disegno di legge n.3671 *ter* rubricato "*Delega al Governo in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in tema di insolvenza*" con delibera della Camera dei deputati del 18 Maggio 2016 e successivamente trasmesso in Senato l'11 Maggio 2017, v. P. Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi*, cit., p.80. inoltre, si può notare da un'attenta lettura del testo come l'autore sia contrario al fatto di aver separato questo disegno legge da quello n.3671 *bis*.

⁸² Sul punto si veda P. Montalenti, *Diritto dell'impresa in crisi*, op. cit., p.80.

⁸³ Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

⁸⁴ Per questo spunto si veda P. Bosticco, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, cit.

⁸⁵ V. P. Bosticco, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, cit.

⁸⁶ Cfr. P. Bosticco, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., questo è stato sostenuto anche dalla nostra giurisprudenza in Cass. Sez. Un., 1° Dicembre 2016, n.24591 e Cass. Sez. Un., 13 Settembre 2018, n.22406. Di contro secondo quanto sostenuto da A. Bassi in *I presupposti delle procedure concorsuali*, cit., p.1949, "*le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi d'impresa delle società pubbliche*", intese come tali quelle definite dall'art. 2, comma 1, lett. f) del D. Lgs. 19 Agosto 2016, n.175, si ritengono escluse dal Codice della crisi.

del Decreto intervenendo sull'art. 2086 c.c. che va a riferirsi all'obbligo di dotarsi di un assetto organizzativo adeguato⁸⁸; *i tipi societari* ex art. 377 del Decreto che si occupa della società di persone intervenendo sull'art. 2257 c.c., della S.p.a. intervenendo sugli artt. 2380 bis e 2409 *novies* c.c. e della S.r.l. intervenendo sull'art. 2475 c.c.; ancora hanno riguardato *le società di capitali* ex art. 378 del Decreto andando a sua volta ad intervenire sull'art. 2486 c.c.; da ultimo intervengono *sulla società a responsabilità limitata* ex art. 378 del Decreto intervenendo sull'art. 2476 ed infine l'art. 379 del Decreto interviene sull'art. 2477 c.c..

Se da un lato il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza è portatore di novità, dall'altro, prima ancora della sua entrata in vigore, si è già macchiato di alcuni profili di incostituzionalità.

A tal riguardo si può notare come tale aspetto attenga alla *competenza* ad occuparsi delle procedure concorsuali: nello specifico i Tribunali sedi delle sezioni specializzate in materia di impresa si sarebbero dovuti occupare delle procedure che avevano per oggetto le imprese commerciali, di contro, per le procedure da sovraindebitamento la competenza sarebbe dovuta appartenere ai Tribunali esistenti nel territorio.

Così non è stato e, mentre si è mantenuta per le cause inerenti ad amministrazioni straordinarie e per i gruppi di impresa di significative dimensioni la competenza delle sedi di sezioni specializzate in materia d'impresa, per le imprese commerciali e per i debitori soggetti a procedure di sovraindebitamento resta ferma la competenza dei tribunali circondariali⁸⁹.

Traendo una conclusione da quanto brevemente accennato in questo paragrafo, si può dire come obbiettivi cardine della riforma e della normativa fallimentare, in generale, siano non soltanto la capacità di garantire *ex-post* l'efficacia delle procedure, ma anche quella di una fase *ex-ante* e una fase intermedia, di *pre-insolvency*, così come sostenuto anche dalla dottrina economica⁹⁰: per quanto attiene all'efficienza *ex-ante*, questa dovrebbe garantire alle imprese *in bonis* di essere in grado di adottare strumenti e prendere

⁸⁷ Art. 14 legge delega 19 Ottobre 2017, v. N. Abriani e A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Le Società*, 4, 2019, p. 393.

⁸⁸ Questa, che è la principale modifica che interessa il c.c., serve a garantire che l'emersione della crisi sia tempestiva, dotando l'imprenditore del dovere di attivarsi in modo proficuo per la risoluzione della stessa.

⁸⁹ G. Bonfante, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., p.1947.

⁹⁰ M. Bianco-M. Marcucci, *Procedure fallimentari ed efficienza economica: valutazioni teoriche e riflessioni per l'economia italiana*, in *Banca Impr. Soc.*, 2001, p.22.

decisioni adeguate e proporzionate alle risorse a disposizione in modo tale da non logorare il patrimonio e il valore dell'impresa in vista di una possibile fase di insolvenza e di rimborso dei creditori; l'efficienza nella *pre-insolvency* riguarda invece il momento in cui le imprese non hanno ancora attivato le procedure concorsuali, ritenendosi a tale scopo necessario che il debitore si attivi in modo celere e non faccia scelte che, con l'intento di evitare la crisi, la peggiorino⁹¹.

In conclusione, il sistema che ne scaturisce, come sostenuto dai più, è un modello di superamento della crisi improntato sulla c.d. *seconda chance*⁹² data al debitore, in modo tale che questo possa non solo risolvere positivamente la crisi ma anche continuare ad esercitare l'attività d'impresa.

3. Nozioni, strumenti e procedure.

Per quanto attiene ai termini modificati e a quelli che sono stati introdotti, è giusto esplicitare le definizioni che il CCII dà di *crisi, insolvenza, sovraindebitamento, indicatori della crisi e tempestività dell'iniziativa*.

Ai sensi dell'art.2, comma 1, lett. a), la crisi è intesa come “*lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore*”⁹³, e che, per le imprese, si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”; alla lett. b) dello stesso articolo viene definito il concetto di insolvenza come “*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*”; ancora alla lett. c) si esplicita il significato di sovraindebitamento come quello “*stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al D.L. 18 Ottobre 2012, n.179 convertito, con modificazioni, dalla L. 17 Dicembre 2012, n.221 e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal Codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi e di insolvenza*”⁹⁴.

⁹¹ S. De Matteis, *I principi generali della legge delega*, op. cit., p.1294.

⁹² Fra tutti G. Bonfante, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, op. cit., p.1944.

⁹³ Questa definizione di crisi che viene data, prende spunto da quanto definito dalla Commissione Trevisanato che nel suo schema di d. d. l. elaborato nel 2004, al cui art. 2, lettera h) ne dà la seguente definizione “*come la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza*” facendo degli accenni anche alla legge tedesca, cfr. S. De Matteis, *I principi generali della legge delega di riforma*, op. cit., p.1297.

⁹⁴ S. De Matteis, op. cit.; p.1297.

Seguendo il filo del discorso l'art.13 definisce i c.d. indicatori della crisi intesi come “*gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale e 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, rilevabilità attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno sei⁹⁵ 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*”: indici importanti sono “*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*” o ancora “*ritardi nei pagamenti reiterati e significativi anche in base a quanto previsto dall'art. 24*” ed ancora “*l'assenza di una prospettiva di continuità aziendale nell'esercizio in corso per cause diverse dall'insolvenza*”: la minaccia alla continuità aziendale⁹⁶ può essere rilevata o tramite indici che vedremo successivamente o, facendo riferimento al principio di revisione stabilito dallo IAS 570 ; *last but not least*, per tempestività dell'iniziativa si intende “*il termine entro il quale le iniziative del debitore sono considerate tempestive*” (sei mesi o tre mesi) rispetto all'emersione: a) di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) superamento nell'ultimo bilancio approvato o comunque per oltre tre mesi degli indici⁹⁷ elaborati ai sensi dell'art.13, commi 2 e 3⁹⁸.

⁹⁵ A detta di A. Guiotto, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *il Fallimento*, 4, 2019, p. 412, si tratta di un approccio basato sul *forward-looking*, ovvero la necessità che gli indicatori della crisi vengano valutati in maniera prospettica, sulla base di elementi che si realizzeranno in futuro.

⁹⁶ F. Superti-Furga e C. Sottoriva, *Riflessioni sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Le Società*, 1, 2020, p.13.

⁹⁷ Ogni tre anni gli indici vengono elaborati da un gruppo di lavoro all'interno del CNDCEC in quanto si ritiene che questo sia il soggetto preposto a tale ruolo, e per fare ciò, lo stesso deve attenersi alla prassi nazionale e internazionale. L'individuazione degli indici viene fatta in base alle tipologie di attività economiche stabilite dall'Istat, cfr. A. Danovi - P. Riva, *Le cinque fasi della crisi e dell'allerta*, in www.ilFallimentarista.it, 2018. Inoltre, in aggiunta agli indici elaborati dal CNDCEC, è possibile per le imprese creare degli “indici domestici”, appositamente e preventivamente attestati da un professionista che ne verifichi l'adeguatezza (attestazione che decorre dall'esercizio successivo e non solo per l'esercizio a cui si riferisce il bilancio; per cui non è necessario rinnovarli anno per anno), inseriti nella nota integrativa del bilancio d'esercizio a patto che venga indicato il perché le stesse ritengono inadeguati quelli predisposti dal CNDCEC, cfr. F. Lamanna, *La corretta definizione di “crisi” e “indici della crisi” secondo il primo Correttivo al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in www.ilFallimentarista.it, 2020. Ancora secondo quanto sostenuto da A. Guiotto, *I sistemi di allerta*, cit., p. 413, gli indici elaborati (di cui non si

Quando si parla del concetto di “prevenire la crisi”, bisogna però rendersi conto che nel chiedere al debitore una sua tempestiva attivazione, questa non finisca per essere dannosa e prematura⁹⁹, perché lo stesso debitore deve essere messo nelle condizioni di poter preparare “un piano” positivo di risoluzione della stessa per non rischiare di finire nell’abisso e non essere più in grado di risalire a galla¹⁰⁰ e, di conseguenza, evitare che le procedure a beneficio fornite, vengano utilizzate a sproposito¹⁰¹, portando più danni che benefici.

Per questo devono essere previsti dei requisiti stringenti di accesso alle procedure che finiscono col richiedere che queste vengano attivate esclusivamente nel caso di “*probabilità di futura insolvenza*”, ovvero in uno stato prodromico della stessa prima che la crisi si manifesti apertamente¹⁰². Le nozioni dei termini contenuti nell’art. 2 del nuovo Codice ne delineano comunque i soli aspetti essenziali, così da poter essere lasciati a diverse vie interpretative¹⁰³.

Il fatto che il nuovo CCII introduca la nozione di crisi, non ci deve far dimenticare che già con le riforme del 2005 e del 2010 il legislatore aveva introdotto il concetto di “stato di crisi”, pur non dandone una definizione, assoggettandolo a presupposto oggettivo di accesso alle procedure di concordato preventivo ex art. 160, comma 1 l. f. e di accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182- *bis* l. f.¹⁰⁴.

conosce ancora il numero che verrà elaborato per ciascuna categoria economica) devono essere sottoposti al vaglio del Ministero dello Sviluppo Economico.

⁹⁸ Cfr. A. Bassi, *I presupposti delle procedure concorsuali*, cit., p.1951.

⁹⁹ Così, S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, op. cit., p.121.

¹⁰⁰ Si veda S. De Matteis, *I principi generali della legge delega*, cit., p.1298.

¹⁰¹ Cfr. S. de Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., p.122, secondo cui le stesse non devono essere usate da chi essendo “*in una situazione di difficoltà, non si trova ancora in condizioni tali da mettere a rischio, nell'immediatezza, la soddisfazione dei creditori e ciò per la capacità dell'imprenditore di superare la crisi con mezzi propri o autonomamente reperiti*”.

“*Diversamente opinando, si avrebbe una illecita lesione della concorrenza, in quanto il debitore otterrebbe un'abusiva falcidia dei debiti, con pregiudizio dei debitori concorrenti che, invece, devono adempiere regolarmente le proprie obbligazioni*”, cfr. S. De Matteis, *Prime riflessioni sulla legge delega n. 155/2017 di riforma delle procedure concorsuali*, in www.unicost.eu, 2019. Secondo M. Sandulli, *Sub art. 160 l. fall.*, in (a cura di) A. Nigro - M. Sandulli -V. Santoro, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, 2014, p.9 ss.

¹⁰² Cfr. S. De Matteis, *I principi generali della legge delega*, cit., p.1298; inoltre “*Si tratta, infatti, della prevedibile incapacità di adempiere le obbligazioni esistenti, ma non ancora scadute: il giudizio attuale dell'imprenditore è positivo, tuttavia la prognosi è negativa*”, cfr. N. Rocco di Torrepadula, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, p.233.

¹⁰³ Cfr. D. Fico, *Brevi riflessioni sulla nozione di crisi e di insolvenza*, cit.

¹⁰⁴ Si veda D. Fico, *Brevi riflessioni sulla nozione di crisi e di insolvenza*, cit.

A tal proposito, analizzando nello specifico i termini sopra citati, la *crisi* non è altro che una situazione prodromica¹⁰⁵ al venir meno del *going concern* (come gli anglosassoni definiscono la continuità aziendale¹⁰⁶) in cui è ancora possibile trovare una soluzione fruttuosa di superamento della crisi; l'*insolvenza* è invece una situazione irreversibile¹⁰⁷; entrambe pur essendo diverse¹⁰⁸, sono oggi assoggettate a presupposto oggettivo di accesso alle procedure di concordato preventivo ora ex art. 85, comma 1 CCII e di sovraindebitamento, come sappiamo definito all'art. 2, comma 1, lett. c) del presente Codice¹⁰⁹.

Un'altra differenza attinente ai termini più controversi di questo Codice riguarda gli strumenti di allerta: mentre il legislatore sostiene che lo stato di crisi è il presupposto oggettivo per accedere alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, di contro afferma che vengono qualificati come indicatori della crisi ex art. 13 del CCII le situazioni che presentano la sintomatologia dello stato di insolvenza come ad esempio “*ritardi nei pagamenti reiterati e significativi*”¹¹⁰; ci si chiede allora quale sia la sottile

¹⁰⁵ “*La crisi rappresenta un momento successivo al declino e si traduce in gravi carenze sul piano dei flussi finanziari sotto forma di crisi di liquidità, di difficoltà nell’accesso al credito e di perdita di fiducia degli stakeholders aziendali*”, v. anche S. De Matteis, *L’emersione anticipata della crisi d’impresa*, op. cit., p. 30.

¹⁰⁶ Seguendo l’art. 2423 bis, comma 1, n.1, c.c., la crisi si contrappone alla “*prospettiva della continuazione dell’attività*”; tuttavia, non sempre il verificarsi di uno stato di crisi elimina la prospettiva di continuità, cfr. S. De Matteis, op. cit., p.119; ne consegue che “*lo stato di crisi è costituito da quella situazione che pone a rischio la prospettiva dell’attività*”, così M. Sandulli, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d’impresa*, in *Le Società* 2009, p. 1104.

¹⁰⁷ Cfr. S. De Matteis, *L’emersione anticipata della crisi d’impresa*, cit., p.30.

¹⁰⁸ Si veda S. De Matteis, op. cit., pp. 117 ss., l’autore si interroga sul concetto di crisi, aggiungendo il punto di vista di G. Terranova, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacità patrimoniale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, pp.555-556 che a sua volta si chiede se i concetti di crisi e di insolvenza abbiano o meno gli stessi elementi identificativi o quanto meno analoghi o se si differenziano in qualcosa; lo stesso sostiene come bisogna diversamente focalizzarsi sul punto di vista del giurista da un lato e, sul punto di vista dell’economista e dell’aziendalista dall’altro: per il primo interessante è “*solo sapere se sussistono certi presupposti (lo stato di insolvenza e lo stato di crisi), a prescindere dalle loro cause e a prescindere (entro certi limiti) dalla possibilità di porvi riparo*”, mentre per i secondi conta “*solo l’aspetto dinamico, andamentale, descrivendo la crisi come un processo che trae origine dai fattori che possono essere molteplici e che si aggravano più o meno gradualmente per poi, nell’atto finale, sfociare in insolvenza*”. Nello stesso senso v. anche N. Irti, *Il giurista dinanzi alla crisi d’impresa*, in *Riv. Dir. Proc.*, p. 249; G. Terranova, op. cit., p.555, fornisce una definizione di insolvenza correlata col concetto di crisi prendendo a riferimento la sentenza del Tribunale di Palermo 17.2.2006 (in *il Fallimento*, 2006, p.570) secondo cui “*ai fini dell’ammissione al concordato preventivo, lo stato di crisi comprende l’insolvenza, ossia quella situazione di impotenza economica funzionale e non transitoria che non consente all’imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali per il venir meno di quelle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività, ma può anche consistere in altre situazioni di minore gravità, che sono potenzialmente idonee a sfociare nell’insolvenza medesima*; in questo caso si denota una differenza tra crisi e insolvenza.

¹⁰⁹ Cfr. D. Fico, *Brevi riflessioni sulla nozione di crisi e di insolvenza*, cit.

¹¹⁰ A riprova di ciò si evidenzia quanto sostenuto da A. Rossi, *Dalla crisi tipica ex CCII*, op. cit., p.293, il quale li considera in relazione all’azione revocatoria come sintomi di uno stato di insolvenza.

linea di demarcazione fra i due concetti ed in base a quanto sostenuto dalla giurisprudenza, questa deve essere rinvenuta nell'irreversibilità che caratterizza l'insolvenza, infatti nel corso degli anni la giurisprudenza l'ha definita come “*condizione di impotenza economica nella quale l'imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente con normali mezzi solutori le proprie obbligazioni per il venir meno della liquidità finanziaria e della disponibilità di credito necessari per lo svolgimento della sua attività*”¹¹¹, inoltre, la Suprema Corte chiarisce come lo stato di insolvenza non presuppone “*necessariamente, l'esistenza di inadempimenti, né è da essi direttamente deducibile, essendo gli stessi, se effettivamente riscontrati, equiparabili agli altri fatti esteriori idonei a manifestare quello stato, con valore, quindi, meramente indiziario, da apprezzarsi caso per caso, e con possibilità di escludersene la rilevanza ove si tratti di inadempimento irrisorio*”¹¹².

Ancora bisogna aggiungere come la Suprema Corte faccia una distinzione tra *inadempimento* e *insolvenza* in Cass. 20 Novembre 2018, n. 29913 sostenendo che “*l'insolvenza differisce dall'inadempimento, poiché non indica un fatto, e cioè un avvenimento puntuale, ma appunto uno stato, e cioè una situazione dotata di un certo grado di stabilità: una situazione risolta in una inidoneità da dare regolare soddisfazione alle proprie obbligazioni*”¹¹³.

A ciò si aggiunga la correlazione tra insolvenza e prospettiva: in particolare, quello che negli anni si è cercato di comprendere, è se l'avvio delle procedure concorsuali sia subordinato ad uno stato conclamato di insolvenza, quindi un'incapacità del debitore di far fronte alle proprie obbligazioni, o se basti che vi siano dei sintomi e l'effettiva preoccupazione di una possibile futura incapacità di adempiere.

Questo concetto è quello che viene definito come *insolvenza prospettica* e garantisce, con un'attenta analisi, di distinguere tra insolvenza e inadempimento passeggero; così facendo, però ci si rende conto come l'*insolvenza prospettica* potrebbe presentare delle analogie con lo stato di crisi così come definito dall'art.2, comma 1, lett. a) del CCII¹¹⁴.

¹¹¹ Cass. 27 Maggio 2015, n. 10952 in www.ilFallimentarista.it e Cass. 27 Aprile 1999, n. 4277.

¹¹² Cass. 15 Dicembre 2017, n. 30209.

¹¹³ V. D. Fico, *Brevi riflessioni sulla nozione di crisi e di insolvenza*, op. cit.

¹¹⁴ Su questo concetto si sono espressi unanimi D. Fico in *Brevi riflessioni sulla nozione di crisi e di insolvenza*, cit.; A. Rossi, *Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in www.ilcaso.it, secondo cui la crisi come definita ex art. 2, comma 1, lett. a) del CCII “*si declina come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettica*”; “*il periodo di emersione dell'insolvenza prospettica corrisponde alla definizione di crisi di cui all'art. 2, comma 1, lett. a)*”

Tuttavia, per non essere tratti in inganno è necessario specificare come il concetto di crisi possieda due elementi: uno di carattere definitivo quale “*la probabilità di insolvenza conseguente allo stato di difficoltà economico-finanziaria*” ed uno di carattere sintomatico quale “*inadeguatezza, in prospettiva, dei flussi di cassa al fine del rispetto del piano dei pagamenti*”¹¹⁵.

Nel fornire questo quadro di definizioni del concetto di crisi, si devono respingere quelle opinioni, secondo cui lo stato di crisi fa riferimento solo a difficoltà generiche¹¹⁶ e quelle opinioni, secondo cui lo stato di crisi faccia capo a una serie di situazioni che non comprendono il solo rischio di insolvenza o l’incapacità strutturale di adempiere le obbligazioni¹¹⁷, o ancora, l’opinione in virtù della quale per stato di crisi si debba intendere una situazione di difficoltà¹¹⁸ “reversibile”¹¹⁹.

Si può da ultimo concludere che il concetto di “*probabilità di insolvenza*” definita anche come *twilight zone*, sia ancora protagonista di un acceso dibattito in dottrina che si fa promotrice dell’individuazione dei doveri degli organi sociali e di come questi cambino in una situazione di crisi in previsione di una futura manifestazione della stessa¹²⁰.

Da una visione complessiva si intuisce inoltre come il legislatore abbia voluto individuare il rapporto tra crisi e insolvenza in un rapporto *genus ad speciem*, essendo

CCI”, cfr. L.A. Bottai, *Le modifiche del codice civile dettate dalla L. 155/2017 e l’affermazione del diritto concorsuale societario*, in www.ilFalimentarista.it, 2018.

¹¹⁵ Cfr. S. Ambrosini, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in www.ilcaso.it, 2019, p. 22.

¹¹⁶ “Secondo queste opinioni, l’imprenditore sarebbe in crisi quando è in difficoltà di vario tipo, di carattere organizzativo o finanziario che rendono necessari interventi straordinari”, cfr. S. De Matteis *L’emersione anticipata della crisi d’impresa*, cit., p.123.

¹¹⁷ “La crisi contiene, oltre all’insolvenza, diversi fenomeni di minore gravità che sono potenzialmente idonei a sfociare nell’insolvenza medesima...ove si ritengono ricompresi nello stato di crisi anche i vari gradi di difficoltà di adempiere le obbligazioni”, cfr. E. Frascaroli Santi, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Cedam, 2016, p.711. Di stessa veduta è anche M. Miola, *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità dell’insolvenza*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, II, Bari, 2011, p. 614, secondo cui lo stato di crisi indica “una pluralità di situazioni caratterizzate dal progressivo avvicinamento allo stato di insolvenza, pur se non limitate all’indicazione di un rischio di insolvenza, bensì di una situazione attuale dell’attività di impresa, che rileva in quanto tale ed a prescindere dalle sue potenziali prospettive, che anzi si cerca in questo modo di evitare”.

¹¹⁸ Per questa visione, si veda S. De Matteis, *op. cit.*, p. 123 s.

¹¹⁹ “Con il termine crisi, si individua quella situazione in cui l’imprenditore, pur facendo ancora fronte alle proprie obbligazioni, per cui non vi sono sintomi di insolvenza, sta tuttavia incontrando difficoltà, che possono essere ancora superabili attraverso un accordo con i creditori”, v. G. Bozza, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Il Fallimento*, 8, 2005, p. 995; nello stesso verso v. A.M. Azzaro, *Le procedure concordate dell’impresa in crisi*, Torino, 2017, p. 12; N. Rondinone, *Il mito della conservazione dell’impresa in crisi e le origini della <<commercialità>>*, in *Rivista delle società*, Giuffrè, 2012, p. 276.

¹²⁰ A tal proposito si veda P. Montalenti, *La gestione dell’impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. dir. Soc.*, 2011, pp.820 ss. e A. Rossi, *Dalla crisi tipica ex CCII*, cit., p.296.

l'insolvenza il grado più grave del concetto di crisi qui definito, per cui la stessa è come un pendolo che oscilla tra il rischio di insolvenza da una parte e l'insolvenza vera e propria dall'altra¹²¹; così facendo lo stesso sottolinea come non sia necessario che l'insolvenza venga preceduta dalla crisi (tuttavia, non si può dire il contrario)¹²².

La situazione ottimale per tutti presupporrebbe che l'imprenditore o il debitore in generale, conscio dei primi segnali di crisi, riuscisse a trarre fuori una diagnosi tempestiva ed efficace per l'impresa senza giungere al "punto di non ritorno"¹²³ invertendo il ciclo naturale delle cose, *turnaround*; tuttavia, pur essendo questa la situazione auspicabile, a volte è proprio lo stesso debitore a non accorgersi, o nel peggiore dei casi a non volersi accorgere di una situazione che non sta seguendo la normale rotta e lo stesso dopo "aver rifiutato" di diagnosticare i sintomi della crisi, si troverà irrimediabilmente catapultato in questa quando ormai è troppo tardi¹²⁴.

3.1. (segue) Cosa cambia con la nuova stagione di riforme?

Avendo parlato di termini modificati nel nuovo CCII, è giusto fare riferimento allo Schema di Correttivo deliberato il 13 Febbraio 2020 che interviene su 19 parole-chiave presenti nel codice e su alcune definizioni: alcune delle modifiche hanno riguardato la nozione di crisi, in cui dalla "*difficoltà economico-finanziaria*" si è passati allo "*squilibrio economico finanziario*"¹²⁵ in quanto più vicino alla nozione aziendalistica di crisi a cui la legge delega 155/2017 rinvia¹²⁶; il Correttivo va così a coordinare la definizione di crisi contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. a) con l'art.13, comma 1 e con l'art.14 del CCII in virtù del fatto che suddetto articolo richiede agli organi di controllo societario di

¹²¹ Cfr. S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, op. cit., pp. 134 s.

¹²² S. De Matteis, *I principi generali della legge delega*, cit., pp.1298 s.

¹²³ Si veda, concordanti su questo tema, S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., p.121; F. Macario, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in (a cura di) F. Di Marzio- F. Macario, *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, 2010, pp.54 s.

¹²⁴ A. Danovi - P. Riva, *Le cinque fasi della crisi*, op. cit.

¹²⁵ Questo sostenuto da F. Lamanna, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Il civilista*, Giuffrè, 2019, 1, p.45 e in *La corretta definizione di "crisi"*, op. cit.

¹²⁶ "Sono le stesse norme sull'allerta a evidenziare come la rilevazione della crisi, in concreto al di là dell'abstract normativo, passi necessariamente attraverso valutazioni di natura patrimoniale, oltreché finanziaria, dal momento che l'art.13, comma 1, fa riferimento sia alla continuità aziendale (e quindi anche all'evoluzione del patrimonio netto), sia all'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi, mentre alcuni degli indici elaborati dal CNDCEC in forza della delega di cui al comma 2, attengono, come si vedrà nel prosieguo, proprio all'aspetto strutturale dell'impresa. In definitiva, il modello di crisi proposto dal CCII guarda a tale fenomeno sia nell'ottica di un disallineamento tra i flussi di cassa e i pagamenti da eseguire, sia nella prospettiva di valutare predittivamente uno sbilancio in termini negativi tra crediti e debiti" sostiene M. Terenghi, *Insolvenza in prospettiva, crisi, indicatori e "indici di allerta" tra Legge Fallimentare e nuovo CCII*, in www.ilFallimentarista.it, 2020.

supervisionare gli amministratori affinché questi verifichino “*l’equilibrio economico-finanziario*” (tramite degli “indizi” che sono cosa diversa dagli “indici” e dagli “indicatori” di cui all’art.13).

Bisogna soffermarsi sulla differenza tra *indizi* e *indicatori*: i primi sono il presupposto affinché si attivino gli obblighi di segnalazione da parte degli organi interni e dello stesso imprenditore, i secondi¹²⁷ servono all’attivazione dei doveri di segnalazione in capo ai creditori qualificati¹²⁸.

In questa nuova stagione di riforme, l’istituto dell’*allerta* ne è stato il fulcro, portando all’introduzione nel nuovo CCII tra i “Doveri del debitore” ex art. 3, la necessità di rilevare tempestivamente la crisi, con indici e indicatori; in questo articolo viene fatta una distinzione fra i doveri del debitore individuale¹²⁹ e quelli del debitore collettivo¹³⁰; viene inoltre fatta una distinzione tra gli *indizi o indicatori della crisi* che indicano il momento in cui scattando l’allarme, debbono essere adottate le giuste iniziative, *gli strumenti di rilevazione* della stessa quali modelli organizzativi, obblighi di denuncia a carico degli organi preposti al controllo o, ancora, oneri in capo a creditori qualificati e, infine, *i meccanismi o le procedure* tramite le quali, dagli indizi o dagli strumenti per rilevare l’allarme di una situazione poco rosea, si possa giungere all’adozione delle iniziative del caso da parte sia del debitore quanto degli altri stakeholders destinatari delle tutele previste.¹³¹

Gli indicatori della crisi, utili a una tempestiva rilevazione della crisi (atti a evitare che la stessa distrugga il valore dell’impresa) devono essere innanzitutto oggettivi, univoci per tutti e non opinabili e, inoltre, capaci di essere attivati in ciascuna delle fasi della crisi in modo adeguato e proporzionato, proprio per questo, viene fatta una distinzione dalla L. n. 155/2017 tra quelli che sono gli indizi della crisi che presuppongono un obbligo di segnalazione ai relativi organi interni e un’attivazione degli oneri in capo all’imprenditore e, gli indicatori della crisi che fanno scattare i doveri di segnalazione in capo ai creditori qualificati: per quanto attiene ai primi, questi vengono individuati tramite i parametri di

¹²⁷ Gli stessi vengono definiti ai sensi dell’art. 4, lett. d), L. n. 155/2017 in base a “*criteri non assoluti ma relativi, come tali rapportati alle dimensioni dell’impresa*”, v. M. Perrino, *Crisi d’impresa e allerta*, op. cit., p. 657.

¹²⁸ M. Perrino, *Crisi di impresa e allerta*, cit., pp.655 ss.

¹²⁹ Questo, nello specifico, “*deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte*”, art.3, comma 1 CCII.

¹³⁰ Lo stesso, “*deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell’art 2086 del Codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell’assunzione di idonee iniziative*”.

¹³¹ Cfr. M. Perrino, *Crisi d’impresa e allerta*, cit., pp. 653 s.

verifica della tempestività dell’iniziativa dell’imprenditore, ovvero ai sensi dell’art. 4, lett. h, L. n. 155/2017 “entro il termine di sei¹³² mesi dal verificarsi di determinati indici di natura finanziaria da individuare considerando, in particolare, il rapporto tra i mezzi propri e mezzi di terzi, l’indice di rotazione dei crediti, l’indice di rotazione del magazzino e l’indice di liquidità”; per i secondi invece, si fa riferimento al “perdurare di inadempimenti di importo rilevante sulla base di criteri non assoluti ma relativi, come tali rapportati alle dimensioni dell’impresa, che considerino, in particolare, l’importo non versato delle imposte o dei contributi previdenziali autodichiarati o definitivamente accertati” ai sensi dell’art 4, lett. D, L. n. 155/2017¹³³.

A beneficio di ciò il legislatore ha introdotto le *procedure d’allerta* tramite la legge delega 155/2017 mosso anche questa volta dalla spinta europea che nel Piano d’azione imprenditorialità 2020 COM(2012) del 9 Gennaio 2013 ha chiesto agli Stati membri di adottare “servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, consulenza per evitare i fallimenti e sostegno alle PMI per ristrutturarsi e rilanciarsi”¹³⁴: l’obiettivo delle stesse è quello di permettere agli organi legittimati al controllo di accorgersi delle prime avvisaglie di una crisi; tra i soggetti legittimati ad attivarle abbiamo *in primis* il collegio sindacale a cui si aggiungono l’imprenditore, gli amministratori, il revisore contabile e la società di revisione, gli organi di controllo societario e alcuni creditori pubblici qualificati quali l’Agenzia delle Entrate, l’INPS e l’Agente di riscossione delle imposte¹³⁵. In quest’ottica ci si accorge come la crisi non è un unico atto¹³⁶, bensì è formata da fasi che se prontamente esaminate portano ad una migliore soluzione della stessa.

Le fasi in questione sono cinque¹³⁷ e ad ognuna corrispondono dei segnali e degli obblighi di attivazione da parte dei soggetti preposti:

¹³² Modificato e abbreviato all’art. 24 del CCII in tre mesi.

¹³³ Per questo ed altro si veda, M. Perrino, *Crisi d’impresa e allerta*, cit., pp. 655 ss.

¹³⁴ Lo stesso, sarebbe per contro, una risposta alla Raccomandazione 2014/135/UE per “scongiurare la progressiva dispersione del valore aziendale e per giungere a massimizzare il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l’economia in generale”, cfr. M. Perrino, *op. cit.*, p. 661.

¹³⁵ A. Danovi - P. Riva, *Le cinque fasi della crisi*, *op. cit.*

¹³⁶ La crisi è “un lento deterioramento nel tempo della strategia e della struttura aziendale”, cfr. da S. Sciarelli, *Crisi d’impresa*, Padova, 1995, p.8 e p. 53 s. Ancora, sostiene che questa sia “l’epilogo di una situazione di degrado delle risorse immateriali fondamentali (conoscenza e fiducia) che innescano un circolo vizioso che, in assenza di interventi di risanamento, conduce al progressivo impoverimento delle conoscenze e alla perdita di fiducia all’interno e all’esterno dell’impresa stessa”, cfr. S. Sciarelli, *op. cit.*, p.10.

¹³⁷ Secondo una parte della dottrina avvallata da S. De Matteis, *L’emersione anticipata della crisi d’impresa*, *op. cit.*, p.31, il concetto di crisi consta di quattro fasi: il declino, la crisi, l’insolvenza e il

- ❖ *la fase di incubazione della crisi e di allerta interna informale;*
- ❖ *la fase di maturazione della crisi e di allerta interna formale;*
- ❖ *la fase di crisi conclamata reversibile, allerta interna verso l'esterno e allerta esterna;*
- ❖ *la fase di insolvenza reversibile e di ricorso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza;*
- ❖ *la fase di insolvenza conclamata e istanza di liquidazione giudiziaria.*

Per quanto attiene alla prima di queste fasi, essa si manifesta “naturalmente” in quasi tutte le imprese nel caso in cui ci dovessero essere delle inefficienze nella gestione o nella produzione, in tale fase è necessario che l’organo di controllo tenga conto del comportamento degli amministratori che dovranno occuparsi di creare un adeguato assetto di controllo e dovranno imparare a riconoscere a tenere sotto controllo i parametri e le soglie previste dal CCII; nella seconda fase il collegio sindacale, tramite un’attenta analisi valuta se vi sia la necessità di implementare un sistema di “allerta interna” in modo tale che possano essere prese delle misure adeguate, ed inoltre lo stesso si occupa di supervisionare gli amministratori mettendoli nella condizione di conoscere la maggiore gravità rispetto alla fase precedente; la terza fase, quella di “crisi conclamata reversibile” o anche di crisi in senso giuridico¹³⁸, viene fuori nel momento in cui il sistema attivato nella fase precedente è risultato non tempestivo o non ha dato i risultati sperati e la decisione da prendere in questo caso, analizzata dagli organi preposti al controllo, arriva ad un bivio: ci si chiede se gli amministratori saranno in grado di gestire autonomamente e internamente la crisi o se sia necessario segnalare la situazione all’OCRI¹³⁹; nella penultima fase, a seguito dell’inefficacia delle procedure stragiudiziali, si avvia quella che la dottrina chiama fase di “insolvenza reversibile”, per cui, come abbiamo visto, il Codice offre

dissesto. Altra parte della dottrina, T. Kiyonari, *La gestione delle crisi connesse alla crescita delle medie imprese in Giappone*, in (a cura di) F. Corno, *Prevenzione e terapia delle crisi d’impresa*, Padova, 1988, p.59, specifica come la crisi si suddivida in fase preliminare, acuta, cronica e risolutiva. A sostegno della tesi di questo autore si può fare riferimento a S. Sciarelli, *op. cit.*, p. 5 secondo cui la crisi presenta due stadi: uno di crisi acuta reversibile e quello di crisi acuta irreversibile. Nel primo stadio si denotano caratteri gravi della crisi che possono fortemente compromettere gli equilibri aziendali senza che sia raggiunto il livello di irreversibilità; nel secondo caso si ha una situazione di dissesto per cui l’unica via percorribile è quella del fallimento o della liquidazione volontaria dell’azienda. Altra parte della dottrina sostiene che possa essere fatta una distinzione fra incubazione, preallarme, diffusione delle disfunzioni ai vari livelli aziendali e crisi acuta, v. G. Paolone, *Gli istituti della cessazione aziendale (cause generatrici e forme di manifestazione)*, Milano, 2008, p. 24; di contro C. Vallini, *Equilibri, stati patologici e comportamenti di risanamento aziendale*, Firenze 1984, p.85 ss., distingue fra debolezza, fragilità, predissesto e dissesto.

¹³⁸ Si rimanda a pp. 19 e s. per la definizione data.

¹³⁹ Si veda nota 68.

un'importante definizione¹⁴⁰: è in questa fase che l'organo collegiale precedentemente nominato dall'OCRI chiede al debitore di presentare una domanda di accesso alla procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza; infine l'ultima fase è sicuramente sinonimo di un'inefficacia della procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, o perché tardiva o perché non ha dato gli effetti sperati o perché non ritenuta necessaria dagli amministratori data la sintomatologia della crisi in questione: in questa fase l'unica strada percorribile è quella dell'avvio di una procedura di liquidazione giudiziale ad opera tanto del debitore quanto dei creditori, del pubblico ministero o del collegio sindacale¹⁴¹.

Per un completo quadro generale, è giusto esaminare il concetto di crisi non solo dal punto di vista definitorio, bensì, anche da altri punti di vista: in particolare, per quanto attiene al punto di vista economico, si fa riferimento ad una c.d. *special situations* nel momento in cui un'impresa presenta un rischio imprenditoriale ed in questo caso sarebbe opportuno mettere in moto un sistema di gestione della crisi che supporti le scelte di strategia imprenditoriale della stessa negli istanti che precedono la crisi; da un punto di vista giuridico, la crisi è quella che in ambito normativo è stata definita come “*situazione patologica*”, scombinando il normale sistema poteri-responsabilità dell'impresa; infine dal punto di vista qualitativo, viene fatto un distinguo fra crisi “*non patrimoniale*” attinente al funzionamento dell'organizzazione dell'impresa che, a sua volta, include le c.d. *crisi di legalità* e la crisi “*patrimoniale*” che, a sua volta, include le crisi economiche, finanziarie e patrimoniali in senso stretto¹⁴².

Le cause che possono generare una crisi d'impresa possono avere una duplice natura: di tipo *strutturale* o *congiunturale*. Riguardo le prime (interne all'impresa), si classificano a loro volta in cause di tipo a) finanziario, b) organizzativo e manageriale, c) informativo; riguardo le seconde (esterne all'impresa), a loro volta sono influenzate dalle continue modifiche spazio-temporali in cui l'impresa agisce. Secondo questa classificazione le tipologie di crisi che ne possono derivare sono:

- 1) crisi a localizzazione definita;
- 2) crisi di tipo congiunturale;
- 3) crisi di perdita di vitalità del sistema aziendale;
- 4) crisi di tipo strutturale;

¹⁴⁰ Per quanto definito dal CCII in tema di insolvenza si rimanda a pagina 26 del presente capitolo.

¹⁴¹ Cfr. A. Danovi - P. Riva, *Le cinque fasi della crisi*, cit.

¹⁴² Cfr. S De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, op. cit., pp.33-34.

5) crisi di tipo finanziario¹⁴³.

Da qui deriva una differenziazione per quanto attiene ai fattori che causano una crisi e ai sintomi che ne derivano. Per quanto riguarda i fattori scatenanti, questi possono essere di tipo oggettivo o soggettivo: i fattori soggettivi sono correlati col management aziendale, quelli oggettivi si suddividono in interni (correlati all'inefficienza organizzativa) ed esterni (correlati col mercato e l'ambiente circostante); gli stessi tendono a confondersi tra loro, impedendo a chi di dovere di rintracciare una causa unica della crisi d'impresa¹⁴⁴.

Per quanto attiene ai sintomi della crisi, questi si sintetizzano in:

- 1) minore disponibilità di liquidità;
- 2) maggiore consistenza del magazzino;
- 3) maggiore immobilizzazione tecnica e finanziaria;
- 4) maggiore indebitamento verso le banche;
- 5) fonte di copertura più cospicua del fabbisogno finanziario a breve termine, ovvero indebitamento verso i fornitori;
- 6) minore patrimonio netto a parità di dimensioni aziendali.

A ciò si aggiunga che i principali indicatori con cui si manifesta la caduta libera di un'impresa sono: a) la caduta della capacità di reddito, b) lo squilibrio dei flussi finanziari e c) la perdita di vantaggio competitivo¹⁴⁵.

Da questa sintomatologia possono derivare tre tipi di squilibrio: finanziario, economico e patrimoniale. Lo squilibrio finanziario si ha quando le attività finanziarie a breve termine (crediti e liquidità) non coprono i debiti a breve termine; si ha il secondo tipo quando i ricavi prodotti non sono sufficienti a coprire i costi di gestione; infine si ha squilibrio patrimoniale quando l'ammontare dell'attivo è inferiore all'ammontare del passivo¹⁴⁶.

Lo sbilancio patrimoniale, che di volta in volta viene valutato con il *balance sheet test*, completa il presupposto di stato di crisi e si presenta sempre accompagnato dallo squilibrio finanziario: è logico accorgersi infatti come, in mancanza di attivo, è pressoché impossibile adempiere regolarmente le obbligazioni con i terzi; di seguito, lo squilibrio finanziario e la perdita di credito configurano una crisi finanziaria per cui si ritiene necessaria l'apertura di una procedura di concordato; ancora, il semplice inadempimento come definito dall'art. 1218 c.c. non configura una crisi e, a specchio, l'adempimento

¹⁴³ Cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, pp.38-39.

¹⁴⁴ V. S. De Matteis, *op. cit.*, pp.39-40.

¹⁴⁵ Cfr. S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, *op. cit.*, pp. 40-41.

¹⁴⁶ Si veda S. De Matteis, *op. cit.*, pp.34 ss.

regolare non la può escludere; infine, lo squilibrio economico, cioè il venir meno della capacità reddituale, non integra lo stato di crisi e, di conseguenza, non vi è relazione tra stato di crisi e mancata copertura dei costi e dei ricavi¹⁴⁷.

Perché si possano avviare le procedure che vedremo nel prosieguo, è necessario che sia lo stesso debitore a fornire una prova dello stato di crisi tramite bilanci, report, piani finanziari ed altri elementi oggettivi; difficilmente, di conseguenza, il giudice negherà¹⁴⁸ quanto provato dal debitore ma, per far sì che lo stesso possa esteriorizzare la situazione in atto, si ritiene necessario che si basi sul principio del “*più probabile che non*” che andrà a garantire non tanto una valutazione del giudice sulla convenienza o meno dello strumento da utilizzare, quanto sulla sussistenza o meno di uno stato dell’imprenditore i cui caratteri vengono stabiliti dai privati in base all’art. 118, ultimo comma, Cost.¹⁴⁹.

Proseguendo la trattazione penso sia giusto fornire una definizione di *procedure concorsuali*, dato che questo sarà il tema maggiormente affrontato: in particolare, per quanto qui interessa, è giusto fare riferimento a due elementi chiave delle procedure che andremo ad analizzare e cioè il fatto che il soggetto, interessato alle stesse, sia un imprenditore commerciale o un’altra tipologia di soggetto specificatamente indicata e che vi sia una patologia; a riguardo le caratteristiche distintive delle procedure concorsuali si possono sintetizzare in nove aspetti:

- 1) il prevedere l’accertamento di una patologia dell’impresa in questione (che può essere semplice irregolarità, crisi o insolvenza);
- 2) un accertamento della situazione da parte di un soggetto qualificato quale un’autorità pubblica (sia essa amministrativa o giudiziaria);
- 3) affidare la gestione o il controllo della stessa ad un organo preposto dall’autorità pubblica;
- 4) che sia coinvolto il patrimonio del debitore nella sua interezza;

¹⁴⁷ S. De Matteis, *L’emersione anticipata della crisi d’impresa*, cit., p. 129 s.

¹⁴⁸ Dello stesso avviso è anche G. Presti, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in (diretto da) O. Cagnasso, L. Panzani, *Crisi d’impresa e delle procedure concorsuali*, tomo 1, Milano, 2016, p. 427.

¹⁴⁹ S. De Matteis, *op. cit.*, p. 132. Secondo lo stesso, “*Gli Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*” elaborati dalla Commissione Europea con la Comunicazione 2004/CE definiscono i sintomi di un’impresa in difficoltà “*il livello crescente delle perdite, la diminuzione del fatturato, l’aumento delle scorte, la sovraccapacità, la diminuzione del flusso di cassa, l’aumento dell’indebitamento e degli oneri per interessi, nonché la riduzione o l’azzeramento del valore netto delle attività*”.

- 5) la previsione di tutele collettive, il tener conto delle cause di prelazione, con il conseguente divieto di azioni esecutive e di creazione di posizioni di preferenza;
- 6) il rispetto del principio della *par condicio creditorum*;
- 7) l'imposizione di vincoli sul patrimonio del debitore in modo tale da crearne una parte per il soddisfacimento dei creditori;
- 8) una deroga nel trattare i crediti rispetto alle regole originarie;
- 9) il concorso tra i creditori ed il possibile conflitto di interesse.

A detta della Suprema Corte, tuttavia, gli elementi su cui porre maggiore attenzione sono altri rispetto a questi qui elencati e precisamente sarebbero i) il deposito del ricorso presso un tribunale, ii) la pubblicazione nel registro delle imprese, iii) un necessario decreto di omologazione, iv) i meccanismi temporanei di protezione, v) l'esenzione dell'azione revocatoria per atti, pagamenti e garanzie¹⁵⁰.

3.2 Un quadro composto da misure d'allerta, "early warning" e possibilità di prevenire.

Come detto, le misure d'allerta furono inizialmente previste dalla Commissione Trevisanato nei suoi schemi di legge delega di riforma delle procedure concorsuali; nella stessa un ruolo importante è stato ricoperto dall'*informazione*¹⁵¹: lo stesso Considerando n. 16 della Proposta di Direttiva in materia di procedure di ristrutturazione e di insolvenza, specifica come tra gli *early warning tools* devono ricomprendersi, oltre agli obblighi di redazione dei bilanci e monitoraggio dell'attività, anche i doveri dei soggetti in possesso di determinate informazioni, tra cui i revisori e l'Autorità di riscossione delle imposte e dei contributi previdenziali, di riferire quando queste assumono una piega negativa¹⁵².

La Commissione Trevisanato si è occupata di implementare gli strumenti informativi già esistenti e di aggiungerne dei nuovi: se tra i primi si riscontrano bollettini

¹⁵⁰ Per questi ed altri spunti si veda M. Fabiani, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione*, in *il Fallimento*, 3, 2018, pp.293-294.

¹⁵¹ Cfr. M. Sandulli, *La crisi economica dell'impresa*, p.981, secondo cui l'informazione ha un ruolo decisivo per rilevare la crisi d'impresa. Dello stesso avviso è anche M. C. Cardarelli, *Istituti di allerta e prevenzione nella riforma delle procedure concorsuali*, in *Crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Giuffrè, 2005, p. 102 ss., secondo cui le informazioni scambiate tra impresa e mercato, "è determinante" per accertare la presenza di una crisi, a patto che le informazioni siano veritiere, trasparenti e corrette.

¹⁵² Cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 337 ss.

protesti, procedure esecutive immobiliari in corso o la convocazione obbligatoria per perdite di capitale superiori ad un terzo, tra i secondi si annoverano:

- l'obbligo, in capo alle amministrazioni pubbliche, che si occupano di riscuotere i tributi, di comunicare in tempo all'autorità giudiziaria e di iscrivere in un apposito registro i crediti iscritti a ruolo o muniti di titolo esecutivo di importo superiore ad un certo ammontare, per cui esiste o esisteva una mora qualificata;
- l'obbligo in capo all'organo di controllo e al revisore dei conti di avvertire l'autorità giudiziaria circa "*i fatti indicatori della crisi*" e, in mancanza di attivazione sorge l'obbligo in capo all'imprenditore di intraprendere iniziative per il superamento della stessa;
- il potere del giudice di convocare l'imprenditore, in modo tale da verificare le informazioni e le circostanze presentate dalle pubbliche amministrazioni e/o dagli organi di controllo interno e di incentivare lo stesso ad adottare le giuste iniziative per il risanamento;
- il dovere di incentivare la creazione di istituzioni pubbliche e private che possano occuparsi di analizzare le situazioni di crisi delle imprese, in modo tale da fornire loro aiuto alla risoluzione delle stesse ¹⁵³.

Gli altri obblighi comunicativi previsti nel testo del 2003 approvato a maggioranza dalla Commissione si riferiscono alle società di somministrazione di energia, ai pubblici ufficiali, alla cancelleria del tribunale e ai procuratori del registro per i rifiuti di pagamento in conformità con la legge bancaria; per rendere pubbliche tutte le informazioni e le comunicazioni necessarie a rilevare la crisi d'impresa, l'art. 11 del d. d. l. ha previsto l'istituzione di un apposito registro pubblico presso la Camera di Commercio di ogni provincia, che sotto forma di banca dati le raccoglie tutte quante sotto la propria ala¹⁵⁴.

In conclusione, la parentesi fatta circa la Commissione Trevisano¹⁵⁵ porta all'elencazione di quelli che sono stati gli istituti di allerta e prevenzione del 2004, ovvero

- la previsione di segnali di crisi che giungessero dall'esterno e la creazione di un'apposita banca dati di allerta esterna;

¹⁵³ Si veda per quanto detto, S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, op. cit., pp. 337 ss.

¹⁵⁴ Cfr. S. De Matteis, op. cit., p. 340,

¹⁵⁵ La differenza principale che si può cogliere rispetto ai lavori della successiva Commissione Rordorf, è che nel secondo caso manca il requisito della volontarietà, in quanto a beneficio dell'imprenditore o debitore che si attivi tempestivamente sono previste delle misure premiali, incentivi soprattutto in ambito penale, v. S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., p.356.

- maggior peso agli obblighi posti a carico degli organi di controllo, ai fini di una tempestiva sollecitazione delle iniziative per il superamento della crisi e di una promozione della segnalazione dell'allarme interno;
- la comunicazione della crisi all'autorità giudiziaria¹⁵⁶.

Proseguendo la trattazione, è giusto indicare tra gli *strumenti di allerta*¹⁵⁷, strumenti idonei a far sì che gli indizi della crisi siano tempestivamente riconosciuti¹⁵⁸; il legislatore riconosce ai sensi dell'art. 14, lett. b), L. n. 155/2017 “*l'obbligo di istituire assetti adeguati*” estendendolo non solo ai doveri degli amministratori delle S.p.a. quanto a ciascun imprenditore e a ciascun organo sociale e, integrandolo anche all'”obbligo” ed onere¹⁵⁹ per l'imprenditore di darsi da fare per attivare tempestivamente gli strumenti previsti dall'ordinamento¹⁶⁰.

Ancora all'art. 4, lett. c, riconosce un obbligo, ovvero la c.d. *allerta interna*, in capo agli organi di controllo, alle società di revisione o al revisore di “*avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi*” o, in caso di omessa risposta, di avvisare l'OCRI; ancora è posto l'obbligo, in capo ai creditori pubblici qualificati, ai sensi dell'art. 4, lett. d, L. n. 155/2017 di “*immediato avviso al debitore che la sua esposizione ha superato l'importo rilevante di legge e che in difetto di attivazione entro tre mesi mediante pagamento, accordo col creditore o accesso ad una procedura concorsuale oppure a quella di composizione assistita, lo stesso creditore segnalerà l'indicatore di allerta agli organi di controllo della società e all'organismo di composizione della crisi*” dalla cui non osservanza¹⁶¹ viene meno la possibilità di

¹⁵⁶ Si veda S. De Matteis, *op. cit.*, p. 342.

¹⁵⁷ Questi strumenti non possono essere applicati indistintamente a tutti soggetti; in particolare vengono esclusi ai sensi dell'art. 12, commi 4 e 5 le società quotate in borsa o altro mercato regolamentato, le grandi imprese come definite dalla normativa UE, i gruppi di imprese di rilevanti dimensioni, società con azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri CONSOB, banche, società capogruppo di banche e società componenti del gruppo bancario, intermediari finanziari iscritti nell'albo ex art. 106 T.U.B., istituti di moneta elettronica e di pagamento, SIM, società di gestione del risparmio, SICAV e SICAF, società capogruppo di società di intermediazione mobiliare e società componenti del gruppo, fondi comuni di investimento e di gestori esteri di fondi di investimento alternativi, depositari centrali, fondazioni bancarie di cui al D. Lgs. 153/1999, Cassa depositi e prestiti, fondi pensione, imprese di assicurazione e riassicurazione e società fiduciarie.

¹⁵⁸ M. Perrino, *Crisi di impresa e allerta*, *op. cit.*, p.657.

¹⁵⁹ In quanto necessario per attivare le misure premiali di tipo patrimoniale o personale previste dall'art. 25 CCII.

¹⁶⁰ Cfr. M. Perrino, *cit.*, pp. 658 ss.

¹⁶¹ Tuttavia, questa è una “*sanzione forse troppo drastica e che potrebbe spingere funzionari terrorizzati dallo spettro della responsabilità contabile a trasformarsi in altrettanti “petits Robespierre de la procédure d'alerte*”, cfr. M. Spolidoro, *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione assistita della crisi*, in *Riv. Società*, 2018, p.173.

concedere i privilegi previsti per i crediti dei soggetti sopracitati o di quelli che per gli stessi agiscono¹⁶².

L'ultimo obbligo è posto a carico degli organi preposti al controllo societario è di avvisare tempestivamente¹⁶³ l'organo amministrativo, ai sensi dell'art. 14, comma 2, secondo periodo, “*fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'art. 2407, primo comma, del codice civile, quanto all'obbligo di segretezza*”; un altro obbligo che si segnala ex art. 15, comma 1, CCII, consiste nell'obbligo di avviso in capo all'agente di riscossione delle imposte “*a pena di inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione*”¹⁶⁴.

In conclusione, i sistemi di allerta¹⁶⁵ dotano l'impresa di un campanello di allarme da attivare ogni qualvolta “*i sistemi di controllo aziendali si dimostrino non adeguati a intercettare tempestivamente i segnali della crisi, ovvero quando gli amministratori non intendano, spontaneamente, rilevarli e agire di conseguenza*”¹⁶⁶.

Tra gli indicatori della crisi necessari per far emergere una situazione da attenzionare nei confronti degli organi deputati al controllo, si rintracciano determinate fattispecie; le stesse non sono state di facile individuazione da parte del nostro legislatore, come abbiamo più volte sostenuto; lo stesso si è affidato a due strade maestre: gli obblighi predisposti da aziendalisti e dottori commercialisti¹⁶⁷ e gli “*indici domestici*”¹⁶⁸; secondo i più gli indici forniti dall'art.13 del Codice, essendo per lo più astratti e soggetti a varie interpretazioni, potrebbero far dilagare il fenomeno dei c.d. “*falsi positivi*”: per evitare che

¹⁶² Si veda M. Perrino, *op. cit.*, pp. 658 ss.

¹⁶³ L'attivazione tempestiva di suddetto obbligo vale quale “*causa di esonero della 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 del secondo periodo, comma 2, “*sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI*” (art. 14, comma 3, CCII).

¹⁶⁴ A tal proposito si veda, M. Perrino, *Crisi d'impresa e allerta, cit.*, pp.658 ss.

¹⁶⁵ I sistemi di allerta vengono configurati dall'art. 12 CCII come quegli obblighi di segnalazione di indizi specifici a carico degli organi di controllo e di alcuni soggetti qualificati, cfr. A. Guiotto, *I sistemi di allerta, op. cit.*, p.409.

¹⁶⁶ Cfr. A. Guiotto, *I sistemi di allerta, cit.*, p 411.

¹⁶⁷ Con l'obbligo comunque in capo al CNDCEC di elaborare indici specificatamente indirizzati alle start-up innovative, alle PMI Innovative, alle società di liquidazione e alle imprese costituite da almeno due anni, v. G. Bonfante, *op. cit.*, p. 1972.

¹⁶⁸ Questi sono stati definiti da G. Bonfante, *Le misure d'allerta*, in (a cura di) G. Bonfante, *op. cit.*, p. 1972, come una sorta di “*way-out per le imprese che non ritengono adeguati tali indici in ragione delle loro particolari caratteristiche*”. Ancora si può aggiungere come la possibilità di utilizzare indici “*domestici*” che devono essere adeguatamente motivati nella nota integrativa dello schema di bilancio rappresentino per gli imprenditori un'arma preziosa da poter usare quando gli indici “*standard*” non siano adeguati, efficaci o addirittura dannosi e possano innescare false segnalazioni e una pericolosa dialettica tra gli organi deputati al controllo e l'OCRI, cfr. A. Guiotto, *I sistemi di allerta, op. cit.*, p. 414.

tutto ciò accada sarebbe necessario garantire un atteggiamento confidenziale dei vari passaggi della procedura, cosa ad oggi non garantita dall'intensa burocraticità interna ai vari procedimenti¹⁶⁹.

Gli indici forniti si basano sui principi di “sostenibilità dei debiti [...]”, “sostenibilità degli oneri dell’indebitamento [...]” e “adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi [...]”; tutti indici, come è facile comprendere, che si basano sulla possibilità di sostenere positivamente gli oneri dell’indebitamento; tuttavia se ci si basasse su questo sistema, in molti casi finirebbero per attivare le misure d’allerta le sole imprese sane in cui è ancora effettiva la continuità aziendale¹⁷⁰ e questo porterebbe di conseguenza, ad un blando ed inefficace concetto di previsione della crisi e, ancora, farebbe dubitare l’OCRI di essere legittimato ad avviare una procedura di composizione assistita della crisi anche quando risultassero rispettati i requisiti; da ultimo sorgerebbero conflitti con gli indicatori della crisi quali i “pagamenti reiterati e significativi”; queste situazioni, in conclusione “appaiono, infatti, difficilmente conciliabili con il presupposto della presenza di una sostenibilità del debito per almeno sei mesi ovvero della continuità aziendale per l’esercizio in corso”¹⁷¹.

Gli squilibri e gli indici a cui si fa riferimento nel Codice devono, secondo gli esperti, essere rapportati alle specificità dell’impresa e all’attività che questa svolge ed ancora al suo grado di maturità, alla presenza sul mercato e al settore di appartenenza¹⁷².

Integrando quanto sappiamo riguardo gli indici di cui al comma 2 dell’art. 14 del D. Lgs. n. 14/2019, il CNDCEC eseguendolo per intero ha inoltre presentato un iter necessario per verificare la vita aziendale e giungere a rilevare i suddetti indizi; perché ciò

¹⁶⁹ Cfr. G. Bonfante, *op. cit.*, pp.1972 ss.

¹⁷⁰ Un’importante definizione di continuità aziendale la fornisce A. Manzoni, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell’impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in (a cura di) AA. VV., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Liber Amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p.831, secondo cui questa consiste nel riuscire a conservarsi “in condizioni tali da poter rimanere indefinitamente sul mercato, autogenerando le risorse per la propria continuità”. Non a caso la continuità aziendale viene usata come strumento per verificare il “buon stato di salute” di un’impresa, v. M. Spiotta, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017, p. 62. Di contro vi è chi, come C. Cincotti - F. Nieddu Arrica, *La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, in *Giur. Comm.*, 1, 2013, p. 1244, sostiene che il concetto di continuità aziendale ravvisabile dai principi contabili e di revisione sia diverso da quello previsto ex art. 33 d. l. n. 83/2012 (*Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*) secondo cui la stessa sarebbe un “simulacro” della prima.

¹⁷¹ F. Lamanna, *La corretta definizione di “crisi, op. cit.*; dello stesso avviso è anche R. Ranalli, *I piani d’impresa nel governo societario e nella composizione della crisi tra il regime attuale e la riforma*, in *il Fallimento*, 8-9, 2018, secondo cui data questa impropria definizione, è giusto modificare il testo “precisando che gli indici debbono dare evidenza “della non sostenibilità” dei debiti “per i sei mesi successivi” e “dell’assenza” di prospettive di continuità aziendale”.

¹⁷² A. Guiotto, *I sistemi di allerta, op. cit.*, p.412.

sia possibile nel documento si fa riferimento al *Debt Service Coverage Ratio*¹⁷³, che individua dei modelli di misurazione; tuttavia, nel caso in cui il DSCR non sia disponibile o i dati necessari non siano affidabili per il fine in esame, si farà riferimento a cinque indici¹⁷⁴, con diverse soglie correlate alla tipologia di attività svolta dall'azienda:

- i. indice di sostenibilità degli oneri finanziari circa il rapporto tra gli oneri finanziari ed il fatturato;
- ii. indice di adeguatezza patrimoniale circa il rapporto tra patrimonio netto e debiti totali;
- iii. indice di ritorno liquido dell'attivo circa il rapporto tra cash flow e attivo;
- iv. indice di liquidità circa il rapporto tra attività a breve termine e passivo a breve termine;
- v. indice di indebitamento previdenziale e tributario circa il rapporto tra indebitamento previdenziale e tributario e l'attivo¹⁷⁵.

Lo schema da seguire è il seguente:

- applicabilità dei primi due indici (patrimonio netto negativo e DSCR) a tutte le imprese ricomprese nel primo comma dell'art.13;
- nel caso in cui vi sia un patrimonio netto positivo bisogna passare alla valutazione del secondo DSCR (capacità dell'impresa di produrre nei sei mesi successivi entrate sufficienti alla copertura dei debiti dello stesso periodo) il cui valore, se siamo in presenza di una situazione *tipica*, dovrebbe essere superiore a 1; nel caso in cui il valore si attesti sotto l'1, lo stesso rappresenterebbe un'incapacità per l'impresa di far fronte ai suddetti debiti. In presenza di entrambi gli indici positivi è facile escludere una situazione di crisi;
- nel caso in cui invece il valore del DSCR non sia positivo, bisogna attenzionare “gli indici di settore”¹⁷⁶.

¹⁷³ Da ora in avanti DSCR, conosciuto quale indice per interiorizzare la visione del *forward looking* ai sensi dell'art. 14 del D. Lgs. n. 14/2019 che richiede a sua volta una valutazione di come prevedibilmente si svolgerà l'andamento aziendale, v. F. Superti Furga - C. Sottoriva, *Riflessioni sul Codice della crisi*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷⁴ A patto che la situazione non sia manifestatamente grave in base al valore del patrimonio netto negativo o in base alla presenza di pagamenti reiterati e significativi.

¹⁷⁵ Cfr. F Superti Furga-C. Sottoriva, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷⁶ Gli “indici di settore” sono un secondo gruppo di indici individuati dal CNDCEC che si sintetizzano nell'indice di sostenibilità degli oneri finanziari, l'indice di adeguatezza patrimoniale, l'indice di ritorno liquido dell'attivo, l'indice di liquidità e l'indice di indebitamento previdenziale e tributario.

Perché sussista uno stato di crisi *effettivo*, è indispensabile che la soglia venga superata per tutte e cinque le ipotesi, mentre il superamento di una sola o di alcune costituisce indizio parziale ed eventuale del successivo stato di crisi¹⁷⁷.

3.2.1 Un primo sguardo (sommario) alle procedure d'allerta e di composizione assistita della crisi.

Possiamo iniziare a comprendere come tanto la procedura d'allerta quanto quella di composizione assistita della crisi rappresentano una delle principali e novità del nuovo Codice che presto entrerà in vigore e vengono regolate dall'art. 12 all'art. 25 dello stesso; lo scopo, come più volte ribadito, è far emergere la crisi durante la *twilight zone*, ovvero una fase prodromica alla crisi.

Per quanto riguarda la predisposizione degli articoli, i primi sei (artt. 12-18) si occupano di indicare quali sono i soggetti coinvolti che hanno l'onere di attivare le procedure d'allerta nel momento in cui vengono a presentarsi indizi della crisi, i secondi (19-25) esplicitano la procedura di composizione assistita della crisi innanzi all'OCRI o all'OCC¹⁷⁸.

Nello specifico gli strumenti di allerta che vengono introdotti e forniti ai nostri imprenditori-debitori possono sintetizzarsi come segue: obblighi di segnalazione circa sintomi della crisi nei confronti di soggetti scelti interni o esterni all'impresa, tali da poter garantire all'imprenditore la tempestiva presa coscienza di una situazione atipica che richiede una pronta attivazione, a cui si aggiungono gli obblighi organizzativi, sempre a carico dell'imprenditore, previsti ai sensi dell'art.3 del Codice; tra i soggetti interni riceventi le segnalazioni dell'imprenditore si annoverano:

- gli organi di controllo interno;
- il revisore contabile;
- la società di revisione;

questi sono tenuti¹⁷⁹ a segnalare, a loro volta, l'emersione degli indizi della crisi all'organo amministrativo tramite segnalazione scritta, p. e. c. o altro strumento certificato che possa certificare l'avvenuta ricezione; di seguito l'organo amministrativo ha un

¹⁷⁷ Si veda per il punto qui evidenziato F. Superti Furga - C. Sottoriva, *op. cit.*, pp. 11 s.

¹⁷⁸ Cfr. G. Bonfante, *Le misure d'allerta*, in (a cura di) G. Bonfante, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, *op. cit.*, p. 1970.

¹⁷⁹ L'obbligo suddetto compete all'organo nel suo insieme e non ai singoli. Nel caso in cui un singolo componente sia contrario a tale segnalazione, ha l'onere di fare pervenire il suo dissenso e sarà di conseguenza esonerato dalla responsabilità, cfr. G. Bonfante, *Le misure d'allerta*, *cit.*, p.1971.

termine, non superiore a trenta giorni, per esplicitare quelle che sono le misure da esso ritenute idonee; nel caso in cui l'organo amministrativo, nei sessanta giorni successivi alla segnalazione, non fornisce risposta o ne fornisce una inadatta, il soggetto interno¹⁸⁰, che aveva predisposto la prima segnalazione, ha il compito di avvisare l'Organismo di composizione della crisi.

Tale segnalazione non potrà inoltre costituire né “*giusta causa di revoca dell'incarico*” ex art. 14, comma 3, né “*causa di risoluzione dei contratti pendenti*” anche stipulati con P.A., né ancora “*revoca degli affidamenti bancari concessi*” ex art. 12;

tra i soggetti esterni all'impresa, competenti a ricevere le segnalazioni dell'imprenditore vi sono:

- l'Agenzia delle Entrate;
- l'Inps;
- l'Agente della riscossione;

questi, a loro volta, hanno l'obbligo di segnalare all'imprenditore tramite p. e. c. o raccomandata a.r. il superamento delle soglie previste all'art. 15, comma 2, e, nel caso di inadempimento, mancata regolarizzazione o mancata attivazione di un procedimento di composizione assistita entro il termine non superiore di 90 giorni, gli stessi devono segnalare la situazione presente all'OCRI con strumenti telematici; nel caso in cui, da ultimo, i soggetti esterni non si occupino di tale segnalazione all'OCRI, gli stessi vedranno perdere il privilegio sui crediti per i primi due, mentre il terzo vedrà venire meno l'inopponibilità del credito per le spese e gli oneri di riscossione. In tutti i casi sopracitati l'obbligo di segnalare viene meno se il debitore si è prontamente attivato e indipendentemente abbia avviato una procedura di segnalazione della crisi o di insolvenza¹⁸¹.

Passando alla *procedura di allerta* vera e propria, bisogna porre l'attenzione sul fatto che lo stesso disegno di legge delega 3671 *bis* preveda all'art.4, comma 1, lett. b) la possibilità, *in primis* per il debitore, avendo l'accortezza di informare anche l'organo di controllo se presente, di intraprendere una procedura innanzi all'Organismo di composizione della crisi, previa convocazione in modo tale da

¹⁸⁰ Tale obbligo garantisce per il soggetto predisposto al controllo interno l'esonero dagli obblighi di segretezza e l'esonero dalla responsabilità solidale per i fatti successivi alla suddetta segnalazione, se tempestiva e se fa seguito la segnalazione all'OCRI, v. G. Bonfante, *Le misure d'allerta*, cit., p. 1971.

¹⁸¹ Per questo spunto cfr. G. Bonfante, *Le misure d'allerta*, op. cit., p. 1971 s.

verificare la situazione esistente e valutare le misure da porre in essere; essendo attivabile dall'interno l'allerta, in questo caso *interna*¹⁸², richiede un presupposto oggettivo che si individua nella presenza di “*fondati indizi della crisi*” il cui raggio d'azione è sicuramente più ampio della nozione stessa di “stato di crisi”; infatti, a tal fine, non è necessario che vi sia una “*probabilità di futura insolvenza*” quanto piuttosto il rischio della crisi, cioè il rischio del rischio di una probabile insolvenza in cui si possa trovare l'impresa già nella fase di pre-crisi, concetto anche detto *rischio al quadrato*¹⁸³.

Vi è poi un'altra tipologia di allerta, quella *esterna*, che presuppone alla lettera d) del disegno di legge delega 3671 *bis*¹⁸⁴ che le pubbliche amministrazioni si attivino per porre in essere controlli serrati che possano valutare lo stato di salute dell'impresa, e se del caso di attivarsi anche con delle segnalazioni relative a mancati pagamenti di crediti pubblici di *importo significativo*¹⁸⁵ e, di conseguenza destinatario di questa segnalazione sarà l'OCRI; prima di mettere in moto questa macchina è necessario che il creditore pubblico qualificato abbia avvisato il debitore del fatto che i suoi debiti hanno superato “l'importo rilevante” e che si attiverà per avvisare gli organi di controllo societari ed il competente OCRI: al debitore viene dato un periodo, non superiore a tre mesi entro il quale dovrà attivare un procedimento di composizione della crisi o dovrà estinguere il debito o ancora dovrà cercare di raggiungere un accordo con il creditore/i pubblico qualificato o dovrà chiedere di essere ammesso ad una procedura concorsuale; di conseguenza, l'organo di controllo che ha ricevuto la segnalazione, a sua volta dovrà tempestivamente avvisare l'organo amministrativo e in caso di inadeguata o omessa risposta avvisare l'OCRI¹⁸⁶.

Detto ciò, non sempre la segnalazione a carico degli organi di controllo societari risulta obbligatoria e l'art.13, comma 1 stabilisce quale debba essere la linea di demarcazione tra l'obbligatorietà o meno della stessa, individuandola “*nella incapacità dell'impresa di sostenere il debito nei sei mesi, oltre che nella presenza di*

¹⁸² Affronteremo più avanti quelle che sono le analogie e le differenze con il sistema francese.

¹⁸³ Cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, p. 368.

¹⁸⁴ Ciò era stato già previsto anche dalla Commissione Trevisanato.

¹⁸⁵ A tal riguardo si prevede “*l'inefficacia dei privilegi accordati ai crediti di cui la pubblica amministrazione è titolare o per i quali essa proceda*”, v. S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa, cit.*, p. 368.

¹⁸⁶ Per questo confronto si veda S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa, op. cit.*, pp. 350 ss.

*ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'art.24*¹⁸⁷, per cui concludendo, gli indici forniti al comma 2 dell'art. 13 sono *segnali della crisi*, ma non sono da soli sufficientemente adatti a far propendere per la presenza di uno stato di crisi di cui al successivo art. 14.

La facoltà di prevenire, concessa agli imprenditori, si arricchisce tramite la possibilità per costoro di predisporre dei programmi aziendali confacenti alla loro situazione che periodicamente debbono essere verificati; nel momento in cui si dovessero evidenziare, con cadenze periodiche, delle discrepanze tra i programmi e quanto effettivamente realizzato, le stesse potrebbero rappresentare dei segnali di crisi; a tal proposito non è sufficiente evidenziare, secondo l'art. 2423 *bis* c.c. “*la possibilità per l'impresa di continuare l'attività di gestione come soggetto economicamente autonomo*¹⁸⁸ *ma occorre indicare secondo quali programmi la società intende sviluppare l'attività di gestione*”; i programmi a cui si fa riferimento, devono ovviamente essere valutati dall'organo di gestione e devono prevedere la fedele rappresentazione dei flussi prospettici dei ricavi e dei costi per i risultati economici sperati ed evidenziare i flussi di mezzi monetari capaci a loro volta, di evidenziare l'equilibrio monetario prospettico; se, alla presenza delle discrepanze, i costi dovessero superare i ricavi, vi sarà una distruzione di ricchezza e l'allerta sarà direttamente proporzionale con la grandezza della suddetta discrepanza e della sua durata.¹⁸⁹

3.3 La regola della prevenzione alla base di tutto.

Alla base del nostro attuale sistema, come più volte detto, vi è la possibilità di agire in una fase prodromica allo “scatenarsi” della crisi, ovvero la possibilità di *prevenire*.

Per quanto attiene al concetto di *prevenzione* è, a mio avviso, necessario fare un *excursus*, analizzando tutti quei riferimenti normativi in cui il concetto in questione fa le sue apparizioni e ciò non solo nel nostro Paese, ma anche in tutti gli altri principali

¹⁸⁷ F. Superti-Furga e C. Sottoriva, *op. cit.*, p. 9.

¹⁸⁸ Cioè dimostrare ex art. 2423 *bis* la capacità di una produzione sistematica di ricchezza o, perlomeno, di evitare la sua distruzione e di mantenere un equilibrio monetario, v, F. Superti-Furga e C. Sottoriva, *op. cit.*, p.13. In casi particolari (ad esempio un'impresa di pubblici servizi che appartiene ad un Ente pubblico territoriale), è possibile che un'impresa che abbia un sufficiente grado di economicità continui l'attività regolarmente posta in essere perché brilla di luce riflessa dovuta all'appartenenza ad un gruppo, di conseguenza la stessa potrebbe avere deficit di gestione gestiti dall'Ente con un prelievo fiscale sulla comunità.

¹⁸⁹ In aggiunta a quanto detto chi scrive sembra più propenso a considerare efficaci i sintomi dell'allerta sulla base di programmi di gestione e del loro periodico controllo (con l'evidenza di eventuali discrepanze) piuttosto che prendere in considerazione valori che facciano riferimento a gestioni passate, cfr. F. Superti-Furga - C. Sottoriva, *op. cit.*, pp. 12 s.

Paesi occidentali in cui viene adottato il sistema di *civil law*: a tal proposito si può far riferimento alla *Insolvenzordnung* del 5.10.1994, alla *Ley Concorsual n. 22* del 9.07.2003 e alla *Loi de sauvegarde des entreprises 845/2005* del 26.7.2005 ed infine, per quanto riguarda l'Italia, al d. l. n. 35/2005, convertito con successive modifiche nella l. n. 80/2005, al d. lgs. n. 5/2006 modificato dal d. lgs. n. 169/2007, al d. l. n. 78/2010 convertito, a sua volta nella l. n. 122/2010, al d. l. n. 83/2012 convertito nella l. n. 134/2012 e al d. l. n. 69/2013 anch'esso convertito nella l. n. 98/2013 circa il "concordato in bianco", anche detto *con riserva*, al d. l. n. 145/2013 convertito nella l. n. 9/2014 ed infine, al d. l. n. 83/2015 successivamente modificato nella l. n. 132/2015; il concetto di prevenzione tuttavia, non ha fatto le sue apparizioni solo tra i confini europei ma anche oltreoceano, negli Stati Uniti, dove la prevenzione e la ristrutturazione vengono considerate proficue solo se attivate in un *early stage* della crisi¹⁹⁰.

Il concetto di prevenzione viene presentato tanto nel Regolamento UE 848/2015, quanto nella Raccomandazione UE 135/2014: in particolare nel primo per permettere l'attecchimento di questo concetto, il legislatore ha in un certo qual modo ampliato il contenuto del Regolamento 1346/2000, andando ad introdurre (per rafforzare l'importante concetto di ristrutturazione alla base di tutto ciò) le procedure di pre-insolvenza¹⁹¹, quelle "ibride"¹⁹² ed infine quelle di remissione del debito e di insolvenza delle persone fisiche¹⁹³; per quanto attiene alla seconda, questa richiedeva ai vari Stati Membri di introdurre nei loro sistemi delle procedure che potessero garantire una "*ristrutturazione efficace delle imprese sane in difficoltà finanziaria*"¹⁹⁴, in modo tale da poter garantire quantomeno un equilibrio normativo tra tutti i Paesi; nel caso specifico, quello che chiede la Raccomandazione è garantire degli strumenti specifici che possano:

¹⁹⁰ Cfr. S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., pp. 44 ss.

¹⁹¹ Queste sono delle procedure che sono definite anche "quasi concorsuali" che "sotto la vigilanza di un giudice o di un'autorità amministrativa che danno al debitore in difficoltà finanziarie la possibilità di ristrutturare la società prima di trovarsi in uno stato di insolvenza nel senso tradizionale del termine" cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, p. 49.

¹⁹² Definite come tali quelle procedure che permettono al debitore "una supervisione dei suoi beni e affari, anche se sotto il controllo o la sorveglianza del giudice o di un curatore" v. S. De Matteis, *op. cit.*, p. 49.

¹⁹³ Cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, p.49.

¹⁹⁴ Considerando n.1 della Raccomandazione UE 135/2014.

- favorire la ristrutturazione durante l'*early stage* della fase di crisi non appena vi sia il sentore di una probabilità di insolvenza;
- consentire il mantenimento del controllo di gestione corrente dell'impresa;
- prevedere, richiedendolo, la sospensione temporanea delle azioni individuali esecutive;
- prevedere l'efficacia vincolante per tutti i creditori di un eventuale piano di ristrutturazione presentato solo dalla maggioranza degli stessi, post omologazione dello stesso da parte di un giudice;
- stabilire i finanziamenti necessari per l'attuazione del piano suddetto che devono essere protetti da nullità, annullabilità e inopponibilità per quanto attiene agli atti pregiudizievoli per i creditori¹⁹⁵.

Operare in tempo è quindi da sempre più che opportuno e, non a caso da tempo, la dottrina aziendalistica ha messo in atto indici di allerta che, basandosi sui bilanci, si riferiscono a dati storici (anche se efficaci nel 60-70% della casistica) e a dati che vengono evidenziati anche due-tre anni dopo il sorgere dei problemi; esistono inoltre degli *impairment test*, che si basano sul futuro e calcolano i valori attuali dei flussi finanziari attesi circa le varie voci del bilancio, valutando se questi saranno in grado di far fronte alle passività già presenti¹⁹⁶.

Concludendo possiamo dire che riuscendo a captare a tempo debito la sintomatologia di una crisi, *la prevenzione* può essere l'arma giusta per garantire al debitore una *seconda chance*.

3.3.1 Early warning e obbligo di istituire assetti adeguati ex art. 2086 c.c.

Il fatto di aver introdotto nel nostro sistema tali procedure si ricollega al principio di *early warning* più volte sostenuto dall'Unione europea tramite il Reg. 848/2015, la Proposta di Dir. UE 2016/359 e la Dir. UE 2019/1023, dalla Banca Centrale Europea¹⁹⁷ nonché, a livello extraeuropeo, dalla Banca Mondiale e dall'Uncitral¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Si vede a tal riguardo S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 54 ss.

¹⁹⁶ G. Matteucci, *Emersione anticipata della crisi di impresa in Italia: l'indice di allerta esiste, funziona, non viene usato*, in *Revista Electronica de Direito Processual*, Volume 17 n.2, 2016, p. 238.

¹⁹⁷ Quest'ultima nelle sue *guidelines* circa la gestione e prevenzione dei crediti di dubbia realizzazione da parte delle banche specifica "In order to monitor performing loans and prevent the deterioration of credit quality, all banks should implement adequate internal procedures and reporting to identify and manage potential non-performing clients at a very early stage. [...] Banks need to develop a suitable set of EWIs (Early Warning Indicators)", v. G. Matteucci, *op. cit.*, p. 239.

Il sistema di *early warning* che poggia sull'obbligo di istituire “adeguati assetti organizzativi” all'interno dell'impresa è una delle più grandi modifiche che ha interessato il Codice civile.

Partendo dalla base, il concetto di *early warning*, definito all'art. 3 della Proposta di Direttiva della Commissione UE¹⁹⁹ come quel “*complesso di strumenti che possono evidenziare l'avvio di un peggioramento della performance dell'impresa e segnalare all'imprenditore la necessità di attivarsi con urgenza*”, tende ad un recupero del valore dell'impresa e alla possibilità per lo stesso, attraverso l'esdebitazione, di ottenere una seconda chance di ripresa dell'attività; in particolare, perché ciò venga reso possibile, è necessario riferirsi agli *early warning tools* che, secondo il Considerando n.16 della Proposta di Direttiva possono essere rappresentati da:

- obblighi di redazione del bilancio;
- monitoraggio dell'attività;
- doveri in capo ai terzi, possessori di informazioni rilevanti, di evidenziare l'andamento dell'impresa.

Inoltre, la Proposta all'art.3.3 permette ai vari stati membri di limitare l'*early warning* alle PMI o ai soli imprenditori, in quanto le prime potrebbero non essere in grado di sopportare i costi e i mezzi necessari ad intraprendere una procedura di ristrutturazione, il che porterebbe ad un'inefficacia della stessa²⁰⁰.

¹⁹⁸ A tal riguardo nel 2005, “*The Legislative Guide on Insolvency was prepared by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). The project arose from a proposal made to the Commission in 1999 that UNCITRAL should undertake further work on insolvency law, specifically corporate insolvency, to foster and encourage the adoption of effective national corporate insolvency regimes. [...] a mandate to prepare a comprehensive statement of key objectives and core features for a strong insolvency, debtor-creditor regime, including out-of-court restructuring, and a legislative guide containing flexible approaches to the implementation of such objectives and features, including a discussion of the alternative approaches possible and the perceived benefits and detriments of such approaches*”. V. G. Matteucci, *op. cit.*, p. 238.

¹⁹⁹ European Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU- COM2016/0723 final.

²⁰⁰ Cfr. L. Panzani, *La Proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *il Fallimento*, 2, 2017, pp. 130 s.

L'indice di allerta, come qui presentato, fa la comparsa in Europa soltanto nel 2016 quando vengono stanziati 3.800.000 di euro per la costituzione di un “*European network for early warning and for support to enterprises and second starters*”²⁰¹.

In Italia, l'indice di allerta alla base delle crisi finanziarie, che però di rado viene usato, è il RATING²⁰².

Ma cos'è il RAITING? Questo non è altro che un *valore di rischio*²⁰³ che le banche attribuiscono a tutte quei soggetti che si trovano sotto la loro ala protettrice ed è influenzato dai bilanci contenuti negli archivi delle banche, da indizi rintracciabili in alcune banche dati quali la Centrale dei Rischi, registro delle imprese presso la CCIAA, o ancora dall'operare dell'azienda rilevabile giorno per giorno²⁰⁴; in particolare l'eventuale perdita attesa è data dall'insieme di più dati quali la PD (*probability of default* nei 12 mesi successivi, detto anche rating del cliente, influenzato dal possesso di determinate informazioni di tipo qualitativo e quantitativo e da score di bilancio prospettico e storico, score qualitativo e score andamentale), l'LGD (*loss given default* che è il tasso di perdita nell'ipotesi di insolvenza che, a sua volta dipende dalle garanzie prestate), l'EAD (*exposure of default* che dipendendo dalla tipologia di operazione, non è altro che l'esposizione del cliente nel momento di default) ed infine la M (*maturity*, che rappresenta la “*durata residua dell'esposizione*”) ²⁰⁵.

Il rating non ha un'efficacia massima (questa si attesta intorno al 70/80%) e questo è dovuto non solo al fatto che lo stesso differisce anche tra le varie banche che lo attribuiscono ai loro clienti in quanto può essere influenzato da inadempienze burocratiche interne ad ogni istituto di credito, ma anche perché è possibile che nel momento in cui un cliente sia affidato a più banche, queste affidino allo stesso indici di rating diversi gli uni dagli altri²⁰⁶.

²⁰¹ V. G. Matteucci, *op. cit.*, p. 239.

²⁰² Questo va da un valore pari a 1 che identifica situazioni eccellenti a livello economico, finanziario e reddituale del cliente, fino ad un valore pari a 10 che identifica il fallimento in corso; la *red flag* dovrebbe agitarsi quando il valore del RAITING è pari a 7. V. G. Matteucci, *op. cit.*, p.248.

²⁰³ “*Il rischio di credito consiste nella capacità della controparte di rimborsare quanto ricevuto, in caso di evento inaspettato*”, G. Matteucci, *op. cit.*, p. 249.

²⁰⁴ Si veda G. Matteucci, *op. cit.*, p. 234.

²⁰⁵ Cfr. G. Matteucci, *op. cit.*, p. 249.

²⁰⁶ V. G. Matteucci, *op. cit.*, p. 250.

Abbiamo detto come alla base del principio di *early warning* vi siano degli obblighi organizzativi che, ex art. 375 CCII, sono da rintracciarsi in quelli posti a carico dell'imprenditore ai sensi dell'art. 14 del Codice della crisi e ai sensi dell'art. 2086 c.c.²⁰⁷.

Questo articolo e il principio che in esso si rintraccia (stabilito anche dall'art 14 lett. b. della legge delega) sono il cuore della nostra riforma ed il loro continuo richiamo, secondo una parte della dottrina, diventa quasi ossessivo; si possono rinvenire delle tracce nei seguenti articoli: all'art. 2257 c.c. per quanto riguarda le s. s., all'art. 2380 *bis* c.c. per quanto attiene alle S.p.a., all'art. 2409 *novies* c.c. per le S.p.a. che scelgono il modello dualistico ed infine all'art. 2475 c.c. per le S.r.l.; in tutti questi articoli viene specificato come *“la gestione si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma”*²⁰⁸.

L'articolo si rivolge all'impresa collettiva (da quanto emerge dal secondo punto dell'art 3 del CCII) societaria e non (come definita dal primo libro del codice civile), mentre la seconda parte del comma 2 dell'art. 2086 si rivolge anche all'imprenditore individuale, che ai sensi dell'art. 3 del CCII deve *“adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi ed assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte”*²⁰⁹.

Il continuo richiamo, tuttavia, non esenta l'articolo in questione da dubbi interpretativi circa la legittimazione ed il contenuto della norma; per quanto riguarda il primo interrogativo, ovvero *la legittimazione a farsi carico di questo obbligo*, l'antecedente deve essere rintracciato a sua volta nell'art. 2381 c.c., dove ai commi tre e cinque si fa riferimento al fatto che gli amministratori delle S.p.a. hanno *in primis* l'obbligo di predisporre un *“assetto organizzativo, amministrativo e contabile”*²¹⁰ e *in secundis* devono valutare e curare lo stesso in modo tale che sia adeguato *“alla natura e alla dimensione dell'impresa”*, a ciò si aggiunge che in quelle forme societarie che,

²⁰⁷ Senza tralasciare gli *obblighi di verifica* di cui all'art. 14 CCII e gli *obblighi di segnalazione* di cui al successivo art. 15 del presente Codice, cfr. F. Pacileo, *Gli “strumenti di allerta” tra early warning tools e preventive restructuring frameworks*, in *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1, 2018, p. 5.

²⁰⁸ E. Ginevra, C. Presciani, *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086*, in *NLCC*, 5, 2019, p. 1210.

²⁰⁹ G. A. M. Trimarchi, *Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme*, in *Notariato*, 2, 2019, p. 117

²¹⁰ Per assetto organizzativo si intende *“l'organizzazione del lavoro”* cioè la suddivisione di compiti e mansioni tra i componenti dell'organigramma fino a giungere al comportamento dei singoli; per quanto riguarda l'assetto amministrativo e contabile questo deve corrispondere alle esigenze della struttura aziendale capace di fornire informazioni in tempi rapidi, cfr. E. Ceccherini, *L'imprenditore deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi: riflessioni sul riformato art. 2086 c.c.*, in www.ilFallimentarista.it, 2019.

adottano un modello diverso da quello tradizionale, l'art. 2403 c.c. a proposito dei sindaci stabilisce che l'obbligo di vigilanza spetti al collegio²¹¹.

Per quanto riguarda, invece, il secondo interrogativo, ovvero la *portata della norma*, la dottrina decide di imboccare due strade in cui a sua volta si diramano altre opinioni: in particolare parte della dottrina ritiene che il contenuto della norma e l'obbligo di dotare l'impresa di un assetto adeguato con la conseguenza di valutarne l'adeguatezza in base alle caratteristiche dell'impresa, vada a specificare quello che è il precetto più generale dell'obbligo di diligenza (derivante dalle scienze aziendalistiche) che a sua volta, si traduce nel dovere degli amministratori di perseguire obiettivi connessi all'interesse dei soci; all'interno di questo filone si rintraccia poi chi ritiene che tale vincolo venga esteso anche agli amministratori delle S.r.l. , trovando risposta nell'articolo 2477 c.c. dove si fa riferimento all'art. 2403 c.c. per quanto attiene al dovere di vigilanza dell'organo di controllo²¹².

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che la portata dell'articolo in questione si debba esplicitare più che in una specificazione del rapporto di *agency* tra amministratori e soci, in una parte "*del diritto dell'iniziativa commerciale*" ovvero una sorta di limitazione della libertà di organizzare l'impresa in base a quanto emerge dall'art. 2082 c.c.²¹³ ed è qui che nascono le prime perplessità, cercando di comprendere cosa effettivamente distingue il dovere di predisporre assetti adeguati dal dovere di diligenza; ancora vi è chi ritiene che l'obbligo di attivazione posto a carico degli amministratori possa fungere da "campanello d'allarme" per l'emersione tempestiva della crisi, tessendo con ciò una trama che collega il dovere di diligenza a quello di correttezza e/o a quello di conservazione di un capitale integro ex artt. 2394 e 2486 c.c.²¹⁴.

La portata della norma in questione, l'art. 2086 c.c., si apre a numerosi commenti contrapponendo chi sostiene che la stessa abbia l'onere di rimarcare gli obblighi organizzativi che già esistono per tutte le imprese (secondo quanto già detto sull'art.2381 c.c.) e chi sostiene che la stessa abbia avuto la capacità di far arrivare a tutte le imprese,

²¹¹ Cfr. E. Ginevra, C. Presciani, *op. cit.*, p. 1211.

²¹² Si veda E. Ginevra, C. Presciani, *op. cit.*, pp. 1210 ss.

²¹³ A ciò, secondo gli Autori si giunge da un'attenta lettura del disposto dell'art. 2381 c.c. il quale riconduce l'adeguatezza alla natura e alle dimensioni dell'impresa e dell'art. 2403 in cui invece, si fa riferimento ad un'ampia regola di correttezza degli stessi, v. E. Ginevra, C. Presciani, *op. cit.*, p. 1214.

²¹⁴ Cfr. E. Ginevra, C. Presciani, *op. cit.*, pp. 1210 ss.

che operino in forma “collettiva”, gli obblighi prima riservati alle sole società di capitali²¹⁵.

3.3.2 (segue) Il nuovo impianto dell’art. 2086 c.c.

Il nuovo articolo 2086 c.c.²¹⁶ ridefinisce i limiti esistenti tra “libertà” di impresa e regole autoritative (essendo l’intenzione del legislatore quella di spostarsi verso una maggiore presenza delle seconde rispetto alla prima), che si rintracciano nei più volte citati parametri della *natura* e delle *dimensioni* dell’impresa: questi due parametri rappresentano il confine entro cui il privato è libero di esercitare l’attività d’impresa, senza rischiare di vedersi imposte delle restrizioni ad opera dell’autorità (che altrimenti violerebbe l’art. 41 della nostra Costituzione) e di potere decidere in quale mercato operare e quale domanda coprire; tale libertà di scelta viene frenata dal *come*²¹⁷ la stessa deve essere attuata, inserendosi a questo punto l’obbligo degli “assetti adeguati”²¹⁸.

Le modifiche che hanno riguardato l’art.2086 c.c. sono tra le più importanti che si rilevano nel tema che stiamo analizzando: la legge-delega ha predisposto *in primis* all’art. 14 lett. b) che venisse introdotto all’art. 375 la rubrica sugli “Assetti organizzativi dell’impresa” così facendo si è andata a modificare la rubricazione dell’art. 2086 da “Direzione e gerarchia dell’impresa” a “Gestione dell’impresa”, introducendo al secondo comma l’obbligo previsto in capo all’imprenditore che “operi in forma societaria o collettiva di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alla dimensioni dell’impresa” che analizzeremo da qui in poi; l’onere di organizzare adeguatamente l’impresa si traduce in una “clausola generale trasversale” che diventa una novità²¹⁹ di rilevanza centrale per l’analisi che qui interessa poiché si qualifica come un duplice obbligo non solo di dotarsi di un “assetto adeguato” ma anche di predisporre senza indugio “l’adozione e l’attuazione di uno degli strumenti previsti

²¹⁵ V. E. Ginevra, C. Presciani, *op. cit.*, pp. 1215 s.

²¹⁶ La modifica dello stesso è entrata in vigore il 16 Marzo 2019.

²¹⁷ Il *come* pone un problema che consiste non solo nel “vincolare chi gestisce l’impresa a seguire una regola razionale di collegamento di risorse date, bensì pure quello di dovere selezionare risorse che possano dirsi sufficienti alla realizzazione dell’offerta produttiva programmata”, v. E. Ginevra, C. Presciani, *op. cit.*, p. 1223.

²¹⁸ Cfr. E. Ginevra, C. Presciani, *op. cit.*, pp.1222 e s.

²¹⁹ Non dimentichiamo tuttavia, che già la riforma del 2003 aveva previsto un ampliamento delle regole in tema di disciplina interna dell’impresa che risultavano parecchio scarse nel codice del 1942: si fa riferimento a tal proposito che l’art. 2381 prevede per le S.p.a. l’obbligo di istituire assetti organizzativi amministrativi e contabili o, ancora prevede un parametro di *correttezza imprenditoriale* all’art.2497 c.c. e all’art. 2403 c.c. per le società quotate definite dall’art. 149 t. u. f., cfr. T. Cavaliere, *Le modificazioni del codice civile*, in (a cura di) G. Bonfante, *Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Settembre 2019, p.2048.

dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale"; si può in qualche modo sintetizzare che suddetta norma ha il dovere di responsabilizzare²²⁰ gli amministratori durante tutte le fasi vitali dell'impresa non solo quindi in ordine all'attuazione, applicazione e monitoraggio degli assetti organizzativi ma altresì in virtù della capacità degli stessi di rilevare la sintomatologia della crisi attivandosi in modo responsabile e adeguato; di contro la dottrina, recependo l'intenzione del legislatore, ha scongiurato "scorciatoie" che gli stessi possono percorrere per semplificare il metodo da intraprendere "per desumere automaticamente dall'accertamento della sopravvenuta insolvenza la prova dell'originaria inidoneità del modello predisposto dagli organi sociali ai fini della sua prevenzione"²²¹.

Nel modificare questo articolo, è mio avviso necessario specificare il valore da conferire al verbo *istituire*, che senza dubbio si esplicita nel compito di definire e attuare delle regole organizzative interne²²² che facciano da sfondo costante alla vita dell'impresa "irrigidendo", in certo qual modo, gli assetti organizzativi che perdono la loro costante e fluida conformazione, pur non traducendosi in una eccessiva burocratizzazione poiché il tutto consisterà nello stabilire a monte chi e come deve operare a valle: così facendo ne deriva un uso responsabile dell'attività d'impresa senza rischi a danno dei terzi (da proteggere)²²³.

Soffermandoci sugli *obblighi organizzativi*, che sono in questo paragrafo di nostro interesse, gli stessi sono posti a carico degli amministratori ed il loro nucleo si rintraccia nel secondo comma dell'art.2086 c.c. nell'obbligo di dotare l'impresa stessa di "un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato"²²⁴ alla natura e alle dimensioni

²²⁰ Tale responsabilità prevista anche in quelle forme societarie in cui il ruolo degli amministratori concorre o non si distingue da quello dei soci porta alla conclusione che in caso di violazione ne deriverà una possibilità di responsabilità risarcitoria in capo agli stessi se ne ricorreranno i presupposti, cfr. T. Cavaliere, *op. cit.*, p. 2048.

²²¹ La riflessione prende spunto da quanto detto da T. Cavaliere, *op. cit.*, pp. 2046 ss.

²²² Per regole organizzative interne si intende stabilire gli strumenti da usare per la produzione facendo riferimento ai beni, alle risorse, al personale impiegato nell'attività d'impresa e all'attività da questi svolte, v. E. Ginevra, C. Presciani, *op. cit.*, p. 1232.

²²³ Cfr. E. Ginevra, C. Presciani, *cit.*, p.1227.

²²⁴ Secondo i più il riferimento all'adeguatezza dell'assetto in base a natura e dimensioni dell'impresa, dovrebbe sostituirsi con quello di *proporzionalità*, v. Sacchi, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018, p.1280; ciò si confronti con Montalenti, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta della "Proposta Rordorf" al Codice della crisi*, in corso di pubblicazione e destinato agli scritti in ricordo di M. Sandulli, secondo cui il giudizio circa l'adeguatezza è "strettamente correlato alla tipologia dell'impresa, alla natura dell'attività, alle dimensioni strutturali, alle caratteristiche dei rischi sì da evitare parametrizzazioni standardizzate e valutazioni schematiche"; così "Che vi sia un'inversione del metodo per cui

dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale"; l'obbligo in questione viene poi ampliato dal contenuto dell'articolo 14 del CCII dove si specifica che l'ufficio gestorio deve valutare²²⁵ “costantemente, [...] se sussiste l'equilibrio economico, finanziario” o ancora il “prevedibile andamento della gestione”²²⁶.

Pur essendo tali obblighi organizzativi posti a carico degli amministratori, non deve escludersi il ruolo riservato ai soci che hanno la possibilità di decidere il *come* reagire al sopraggiungere della crisi da rintracciarsi nella seconda parte del secondo comma dell'art. 2086 in cui si fa riferimento al dovere per l'imprenditore e per gli organi sociali di “attivarsi senza indugio” al fine di optare per “uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale”: questo significa che ai soci spetta l'ultima parola in merito allo strumento necessario di cui l'impresa deve dotarsi per il superamento della crisi, essendo agli stessi concessa la possibilità di stabilire l'*an* e il *quomodo* (per cui gli stessi possono decidere non solo se optare per una liquidazione della società o viceversa per un recupero della continuità aziendale, ma anche stabilire le modalità per il risanamento dell'impresa)²²⁷.

Gli *obblighi organizzativi* a cui stiamo facendo riferimento hanno tuttavia una gradazione diversa a seconda dello stadio della crisi in cui vengono attivati ed inoltre devono tener conto del contemperamento dei vari interessi in gioco: in particolare secondo quanto viene disposto dalla legge delega 155/2017, è necessario che nel superare la situazione di crisi garantendo la continuità aziendale (anche con un cambio di imprenditore) vi sia una tutela del *miglior soddisfacimento dei creditori* (lo stesso concetto è ripreso anche dall'art. 4 del CCII dove si esplicita che nell'”*assumere tempestivamente le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura*” si faccia attenzione a non “*pregiudicare i diritti dei creditori*” pur senza dimenticare mai la tutela del valore

l'inadeguatezza sarà desunta dalla crisi, è un rischio che certamente si può scongiurare invocando strumenti come la ragionevolezza, se non si vuole scomodare addirittura la business judgment rule, comunque la si intenda”, secondo M. Spolidoro, *Note critiche sulla “gestione dell'impresa” nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)* in *Riv. Società*, 2019, pp. 253 ss.

²²⁵ La valutazione in esame è strettamente collegata con gli indicatori della crisi ex art.13 CCII (nell'arco del periodo di sei mesi), v, F. Pacileo, *op. cit.*, p.6.

²²⁶ Cfr. F. Pacileo, *op. cit.*, pp. 5 s.

²²⁷ E. Ginevra, C. Presciani, *cit.*, pp. 1229 ss.; secondo gli stessi autori le modifiche porteranno ad un coinvolgimento dei soci durante la fase patologica della crisi d'impresa, lasciando in via esclusiva agli amministratori il dovere di strutturare degli assetti che siano funzionali e che possano garantire una conduzione sostenibile dell'impresa nella sua fase fisiologica.

patrimoniale e l'importanza per la salvaguardia della continuità aziendale²²⁸; come detto alla base del sistema di *early warning* sta la corretta gestione in capo all'imprenditore che è regolata dall'art 2497 c.c.: in particolare suddetto articolo specifica l'obbligo per l'imprenditore-debitore di bilanciare gli interessi in gioco e di porre in essere le specifiche regole sia nel caso d'impresa ancora *in bonis*²²⁹ sia nel caso di impresa in crisi²³⁰.

L'obbligo posto a carico dell'imprenditore ai sensi dell'art'2086 c.c. dovrebbe garantire agli amministratori²³¹ di rilevare quei campanelli d'allarme fondamentali per una precoce emersione della crisi d'impresa, così facendo garantirebbe agli stessi di adottare le misure idonee alla sua risoluzione: suddetto articolo del codice è integrato dall'art. 375 CCII, prevedendo non solo quanto detto dall'art. 2086 e cioè l'assetto organizzativo adeguato alle dimensione e alla natura dell'impresa ma anche *funzionale* a rilevare tempestivamente tutti i segnali in essere e a favorire la continuità aziendale (mantra del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza che può garantire il recupero del *going concern*); quanto previsto sposta anche l'ordine di rilevazione della crisi, passando da una prospettiva della rilevanza storica (il c.d. *backward-looking*) a una valutazione in prospettiva (il c.d. *forward-looking*)²³².

Tra i "campanelli d'allarme", che possono essere utilizzati, un ruolo viene svolto anche dal valore del *capitale sociale*²³³: tuttavia, non dovendo trarre in inganno il lettore, lo stesso non svolge suddetto ruolo per i creditori nel momento in cui si avvicina l'insolvenza, ma pressoché per avvertire gli amministratori e, di conseguenza i soci, che il

²²⁸ Il rapporto che intercorre tra il miglior soddisfacimento dei creditori e la tutela della continuità aziendale deve tener conto e sarà influenzato dallo stadio della crisi; in particolare, in uno stadio maggiormente grave i sacrifici dei creditori saranno maggiori e indispensabili e la stessa continuità aziendale sarà strumentale al soddisfacimento degli stessi, di contro in uno stadio meno grave della crisi è possibile che le soluzioni che si praticheranno saranno più costruttive e non arrecheranno sacrifici per i creditori, cfr. F. Pacileo, *op. cit.*, p. 22.

²²⁹ Per queste in particolare la *business judgment rule* prevede che adottino accorgimenti quali perizie *due diligence* o pianificazione finanziaria, cfr. F. Pacileo, *op. cit.*, p.22.

²³⁰ In questo caso per tutelare la continuità e gli interessi dei creditori si ritiene consono rimandare in un secondo momento la realizzazione di un profitto, cfr. F. Pacileo, *op. cit.*, p. 22.

²³¹ Il dovere di istituire un assetto organizzativo adeguato è posto a carico degli amministratori delegati.

²³² A. Guiotto, *I sistemi di allerta*, *op. cit.*, pp. 409 ss.

²³³ Questo campanello d'allarme viene definito dagli Autori come "istituzionale" e, nel momento in cui si preferisce optare per lo stesso, anziché per altri sistemi, come gli indici stabiliti dal CNDCEC, è necessario "verificare che il capitale sociale possa considerarsi adeguato alla programmata produzione", cfr. E. Ginevra, C. Presciani, *op. cit.*, p. 1236.

“cuscinetto di salvataggio” patrimoniale da loro creato, si sta riducendo come conseguenza di perdite e che per questo si è reso necessario per coprirle²³⁴.

Il ruolo maggiormente significativo nella prima fase (quella cioè dei primi sintomi della crisi) viene svolto dagli amministratori che hanno il dovere di mettere in atto azioni che possano eliminare le eventuali criticità nell'interesse degli stakeholders: in tal momento sarà sconsigliato mettere in atto investimenti rischiosi, se non adeguatamente motivati come necessari (che possono danneggiare il piano predisposto); in aggiunta a ciò, il secondo comma dell'art. 2086 c.c. consiglia l'adozione di un *solvency test* che preveda le dimissioni patrimoniali dei soci, la possibile applicazione dell'art.2467 c.c. in tema di concessione di finanziamenti-soci o di evitare un abusivo ricorso al credito per vedersi concedere finanziamenti che esulano dai meccanismi previsti dal c.c. o che in un certo qual modo siano dannosi per i creditori pregressi; da ultimo gli strumenti a disposizione dei segnalatori o degli amministratori possono rintracciarsi anche tramite i *convenants* finanziari disposti dalla banche che mettono in atto un vero e proprio sistema di allerta, prevenendo un meccanismo di clausole contrattuali che preveda obblighi di rendicontazione o di emersione di fattispecie critiche che fungono da *campanelli d'allarme*²³⁵.

Nello stabilire se gli assetti e gli strumenti predisposti dagli amministratori siano adeguati o meno²³⁶, è necessario distinguere a seconda del fine ultimo che vuole darsi alla norma: se si intende la norma come *strumento* per massimizzare il profitto, si definiranno adeguati quegli assetti che garantiscono la produzione alle condizioni stabilite dal mercato e interne molto favorevoli, ponendo in essere gli amministratori una politica basata sul contenimento dei costi fissi; per chi invece intende la norma quale *obiettivo* per sostenere nel tempo la produzione, si definiranno adeguati quegli assetti che garantiscano e mantengano sufficiente la produzione non solo in termini ideali ma anche a fronte di situazioni particolari e atipiche, quali ad esempio la capacità di assorbimento di strutture e uffici, le variazioni della domanda in difetto o in eccesso o, ancora, eventi straordinari; la strada che si preferisce seguire è senza dubbio la seconda²³⁷.

²³⁴ Cfr. E. Ginevra, C. Presciani, *op. cit.*, pp.1234 s.

²³⁵ Si veda a tal riguardo F. Pacileo, *op. cit.*, pp.23 s.

²³⁶ Nel verificare l'adeguatezza degli assetti un ruolo, oltre agli amministratori e all'imprenditore spetta anche al collegio sindacale, al revisore o alla società di revisione, cfr. E. Ceccarini, *L'imprenditore deve adottare misure idonee, cit.*

²³⁷ E. Ginevra, C. Presciani, *op. cit.*, p. 1232.

Concludendo si annoverano tra gli *early warning tools* a) il procedimento interno endosocietario b) gli obblighi organizzativi in capo agli amministratori; si annoverano invece tra i *preventive restructuring frameworks* la procedura di allerta regolata dal CCII attivata allo scattare degli obblighi di segnalazione²³⁸ dei “fondati indizi”, ovvero nel caso di insolvenza prospettica²³⁹.

La cura e la valutazione degli adeguati assetti da predisporre spettano per la prima agli amministratori delegati e per la seconda all'intero consiglio, il tutto con caratteri più stringenti nelle S.p.a. rispetto agli altri tipi societari (come ad esempio le S.r.l., per cui tuttavia non si predispongono l'obbligo di vigilanza per quelle società che non si sono dotate di un organo di controllo ex art. 2477 c.c.)²⁴⁰.

Nello svolgere il loro importante ruolo di verifica dell'adeguatezza degli assetti, gli amministratori possono incorrere in alcune violazioni a cui seguono determinate conseguenze perché trattandosi di un comune obbligo gestorio, gli assetti devono essere predisposti secondo diligenza, a patto tuttavia, che non si incorra nell'applicazione della *business judgment rule* che in realtà trova applicazione solo nel caso in cui si debba osservare l'efficiente perseguimento dello scopo di lucro²⁴¹: detto ciò si conclude che gli amministratori non posseggono alcuna discrezionalità nel valutare l'adeguatezza, se non una discrezionalità *tecnica* che permette loro di fare valutazioni secondo “*perizia e ragionevolezza*” di quelli che saranno i possibili rischi e le modalità con cui sarà possibile ammortizzarli; ne deriva da ultimo che la sola responsabilità che potrà attribuirsi agli amministratori sarà quella disposta ex art. 2394 c.c. per le sole società di capitali, riguardante l'azione che può essere posta in essere anche dai creditori sociali, alla presenza di tutti i necessari presupposti²⁴².

²³⁸ Questi obblighi (previsti ex art. 14 CCII) non sussistono in capo alla società che legittimamente non abbiano nominato organi di controllo (secondo quanto predisposto all'art 379 del CCII, ovvero le imprese piccole o di modeste dimensioni). In particolare, in capo a queste società (che non possono a loro malgrado sostenere i costi di uffici societari atti al controllo), oltre agli obblighi di segnalazione previsti all'art.15 del CCII sono previsti gli obblighi organizzativi dell'allerta. Si veda inoltre come lo stesso comma dell'art 2086 c.c. prevede la necessità di un “*assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alla dimensioni dell'impresa*” ed ancora il comma sette dell'art.12 CCII fa riferimento alla possibilità di applicare gli strumenti di allerta alle imprese minori “*compatibilmente con la loro struttura organizzativa*” v, F. Pacileo, *op. cit.*, pp. 25 s.

²³⁹ F. Pacileo, *op. cit.*, p. 25.

²⁴⁰ Cfr., E. Ginevra, C. Presciani, *cit.*, p. 1230.

²⁴¹ Il quale in realtà prevede che “*l'adozione di scelte individuate attinenti al rischio non sindacabili ex post, pena lo stallo della gestione*”, cfr. E. Ginevra, C. Presciani, *op. cit.*, p. 1237.

²⁴² Si veda a tal riguardo E. Ginevra, C. Presciani, *op. cit.*, pp. 1236 ss.

Concludendo si può dire che l'obiettivo ultimo dell'obbligo di istituire assetti adeguati possa rintracciarsi non tanto nel garantire un efficiente esercizio da parte di chi gestisce l'impresa di conseguire un lucro, quanto piuttosto nel garantire una protezione per l'impresa che si trova nel mercato, evitando che questa si faccia carico di rischi non giustificati e non connessi con l'attività svolta: nello specifico il valore che si intende proteggere è quello della *sostenibilità*²⁴³, ovvero la tutela non solo degli *shareholders* ma soprattutto quella degli *stakeholders* che si sono affidati all'impresa e da cui l'impresa va a trarre risorse produttive, quali terzi investitori, creditori, finanziatori esterni; questo fa sì che il mercato continui a riporre fiducia nell'impresa evitando che l'imprenditore possa intaccare i rapporti con soggetti terzi mettendo in atto comportamenti definiti di *moral hazard* che ai sensi dell'art. 3, comma 3, Trattato UE, si scontrano con il definito principio di *Corporate Social Responsibility*, il quale a sua volta stabilisce che gli *stakeholders* pur non avendo una partecipazione attiva al controllo societario, vanno comunque consultati nel momento in cui gli organi sociali adottino politiche o scelte aziendali²⁴⁴.

4. L'Organismo di composizione della crisi: l'"assistente" di due importanti procedimenti.

L'organismo di composizione della crisi, che da qui in avanti indicheremo con OCRI, svolge un ruolo importante all'interno delle dinamiche della crisi d'impresa: in particolare il ruolo che qui andremo ad analizzare si esplicita in una sorta di funzione assistenziale per il debitore in due procedimenti molto importanti che sono il *procedimento di allerta* e quello di *composizione assistita della crisi*.

Prima di passare alla funzione svolta è giusto, a mio avviso, inquadrare strutturalmente e territorialmente questo soggetto che per quanto attiene alle regole inerenti alla nomina, alla composizione e articolazione non presenta differenze tra i due procedimenti, cosa che non può altrettanto dirsi per quanto riguarda il suo funzionamento²⁴⁵.

L'OCRI è istituito presso ogni Camera di Commercio, Industria, Agricoltura e Artigianato, e tale scelta deriva dal fatto che da sempre le Camere di Commercio sono

²⁴³ Il valore della sostenibilità, che si esplicita nel dovere di correttezza degli amministratori verso i soggetti anzidetti, deve sempre garantire che il rischio che l'impresa intende sostenere sia sempre autorizzato e correlato alla capacità dell'impresa che è stata organizzata *in primis* e poi gestita, cfr. E. Ginevra, C. Presciani, *cit.*, p. 1226.

²⁴⁴ Cfr. E. Ginevra, C. Presciani, *op. cit.*, pp. 1225 s.

²⁴⁵ G. D'Attorre, *Gli Ocri: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, in *il Fallimento*, 12, 2019, p.1429.

intese come “*enti rappresentativi delle imprese operanti sul territorio*”, tanto da assimilarle a delle realtà autonome capaci di autoregolarsi sotto alcuni aspetti; è proprio per la natura e le funzioni che esse svolgono sulla cima tra pubblico e privato, tra servizi svolti nell’interesse della collettività delle imprese ed in generale, che le stesse si presentano come il luogo più adatto dove posizionare il nostro Organismo, in quanto nei procedimenti che lo stesso assiste convivono tanto interessi del debitore quanto interessi di terzi e della collettività in generale²⁴⁶.

Per quanto invece attiene alla competenza territoriale, il principio guida che viene seguito è quello della sede legale dell’impresa, a differenza di ciò che avviene ex art. 27 CCII per i procedimenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza in cui il principio guida seguito è quello del *COMI*, ovvero il centro degli interessi principali dell’impresa; il principio della sede legale si evince già dall’art. 16 CCII in cui viene chiarito che tanto la presentazione dell’istanza da parte del debitore quanto le segnalazioni dei soggetti qualificati devono essere presentate “*all’OCRI costituito presso la camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell’impresa*”; la scelta territoriale così fatta, essendo una ferma volontà del legislatore non lascia spazio a ipotesi interpretative differenti dal criterio oggettivo e formale radicato nel principio della sede legale anche qualora non vi siano dati certi che possano dimostrare un rapporto tra la sede legale e lo svolgimento dell’attività d’impresa o ancora si riesca a dimostrare che la sede effettiva è differente da quella legale²⁴⁷.

Questo criterio, tuttavia, non fa venire meno alcuni dubbi interpretativi soprattutto riguardo alle persone fisiche, giuridiche o enti che esercitano l’attività d’impresa senza essere iscritti al registro delle imprese o per imprese con *COMI* all’interno del territorio italiano ma che, con sede legale estera, vogliono richiedere una delle procedure in questione: in questo caso, affinché non venga negata la possibilità a tali soggetti di usare le misure d’allerta a beneficio di una tempestiva emersione della crisi, si fa riferimento ancora una volta all’art. 27 CCII²⁴⁸ in tema di procedimenti di regolazione della crisi o

²⁴⁶ G. D’Attorre, *op. cit.*, pp. 1429 s.

²⁴⁷ Cfr. G. D’Attorre, *cit.*, pp. 1430 s.

²⁴⁸ I primi commentatori del Codice erano tuttavia di altro avviso in quanto ritenevano valida, ad oggi non condivisibile, la regola secondo cui chi non fosse iscritto nel registro delle imprese non potesse accedere ai procedimenti di allerta e di composizione assistita della crisi ai sensi dell’art. 33, comma 4 CCII, articolo che sbarrava l’accesso alla procedura di concordato preventivo e a quella degli accordi di ristrutturazione dei debiti per quell’imprenditore cancellato dal registro delle imprese, che a sua volta trascinerrebbe con sé, in virtù del principio di “trasparenza titolata”, anche la possibilità di utilizzare i procedimenti anzidetti. Questa

dell'insolvenza, potendo ammettere il criterio del *COMI* che, nel caso in cui non si evinca la sede legale dal registro delle imprese (vuoi perché non esistente o situata altrove) coinciderà con la sede effettiva abituale o con l'ultima dimora nota se conosciuta o, ancora, con il luogo di nascita del legale rappresentante²⁴⁹.

Ancora altro dubbio interpretativo attinente al principio territoriale della sede legale riguarda la possibilità di applicare agli OCRI una regola stabilita ai sensi dell'art. 28 CCII per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza: a riguardo ci si chiede se si possa applicare la regola dell'”*irrelevanza ai fini della competenza del trasferimento del centro degli interessi principali intervenuto nell'anno antecedente al deposito della domanda*”, e la conclusione porta a propendere per la soluzione negativa nel caso in specie in quanto *in primis* non espressamente richiamata per la competenza territoriale dell'OCRI ed in secondo luogo perché il legislatore, optando per la sede legale, decide così di non screditare possibili fenomeni di *forum shopping* nei procedimenti di allerta e di composizione assistita della crisi²⁵⁰.

In linea generale i compiti che l'OCRI svolge sono disciplinati dagli articoli 2 e 16 del Codice:

- Art 2, comma 1, lett. u) CCII, secondo cui gli OCRI sono “*organismi di composizione della crisi d'impresa, disciplinati dal capo II del titolo II del presente codice, che hanno il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire la fase di allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, la fase della composizione assistita*”;
- Art. 16, comma 1, CCII, secondo cui l'OCRI ha il compito di “*gestire il procedimento di allerta e assistere l'imprenditore, su sua istanza, nel procedimento di composizione assistita della crisi di cui al capo III*”.

Passando alla composizione dell'Organismo di nostro interesse, la stessa consta di un Referente, dell'Ufficio del Referente e del Collegio degli esperti. Il Referente (persona fisica) ai sensi del comma 3 dell'art. 16 CCII si individua nel segretario generale della Camera di commercio o in un suo delegato, purché questo sia uno stesso dipendente della Camera di commercio (non obbligatoriamente quella territorialmente competente) o

visione si ritenne non condivisibile perché equiparava due situazioni agli antipodi (l'imprenditore cancellato e quello mai iscritto), cfr. G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 1431.

²⁴⁹ Si veda per l'analisi G. D'Attorre, *op. cit.*, pp. 140 s.

²⁵⁰ Per ciò che qui abbiamo analizzato si veda, G. D'Attorre, *op. cit.*, pp. 1430 s.

un'azienda speciale o un'unione regionale di imprese; nello svolgere le sue funzioni, il Referente è coadiuvato dall'Ufficio del Referente²⁵¹ che si occupa delle funzioni esecutive e materiali dello stesso tra cui l'istruttoria amministrativa, il compito ai sensi del quinto comma dell'art. 16 di inviare tramite p. e. c. le comunicazioni a cui sono tenuti il referente o il collegio ed infine il dovere di raccogliere tutte le informazioni necessarie dal registro delle imprese, dall'anagrafe tributaria e da altre banche dati, nel caso in cui il Referente o il collegio ne facciano richiesta²⁵².

Alcuni dei compiti svolti dal Referente sono espressamente disciplinati dall'OCRI mentre altri si desumono dalla struttura e dalla funzione dello stesso: tra quelli "espressi" il quarto comma dell'articolo 16 CCII stabilisce che il soggetto in questione deve assicurare "*la tempestività del procedimento, vigilando sul rispetto dei termini da parte di tutti i soggetti coinvolti*"; a tal riguardo ci si chiede cosa possa fare il referente nel caso in cui uno dei soggetti coinvolti non rispetti la tempistica necessaria, domandandosi se possa o meno sostituire autonomamente il soggetto o i soggetti del collegio inadempienti o inerti o se possa demandare di svolgere questo compito al soggetto che lo/i ha designato/i: non sembra che questo interrogativo sia di facile risposta in quanto il Codice della crisi prevede ai commi 4 e 5 dell'art. 17 delle ipotesi tipiche in cui il Referente può autonomamente sostituire un componente (che si differenziano dalle fattispecie qui in analisi in quanto attengono alla corretta formazione dell'organo e non alle ipotesi di inadempimento degli esperti), per cui si protende per la risposta positiva ricordando che il fine ultimo è quello di garantire la tempestività del procedimento, ammettendo in conclusione la possibilità per il Referente di sostituire componenti inadempienti²⁵³.

Altri compiti del Referente disciplinati dal Codice sono quelli previsti al primo comma dell'art. 17 per cui lo stesso deve "*procedere senza indugio a dare comunicazione della segnalazione di allerta agli organi di controllo della società, se esistenti, ed alla nomina del collegio di tre esperti*", ancora lo stesso si dovrà occupare di inserire il debitore nell'elenco nazionale dei soggetti sottoposti a misure di allerta ai sensi del quinto comma dell'art. 16, aggiornandolo continuamente ed infine dovrà trasmettere i "*dati per*

²⁵¹ G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 1434.

²⁵² Cfr. G. D'Attorre, *op. cit.*, pp. 1431 s.

²⁵³ Si veda G. D'Attorre, *Gli Ocri, cit.*, pp. 1431 s.

l'osservatorio permanente sull'efficienza delle misure di allerta e delle procedure di composizione assistita della crisi” ai sensi dell’art. 353²⁵⁴.

Ruolo importante svolto dal Referente è quello stabilito dal sesto comma dell’art. 17, in cui viene richiesto allo stesso di verificare la sussistenza del presupposto soggettivo²⁵⁵, indispensabile per l’accesso ai procedimenti anzidetti, specificando che nel caso in cui, ricevuta la segnalazione o l’istanza del debitore, il Referente si accorga di essere in presenza di un’impresa minore, convochi il debitore innanzi all’OCC (anche questo competente per territorio indicato dal debitore o in mancanza individuato sulla scorta del *criterio di rotazione*); l’accertamento, necessario per entrambi i procedimenti si baserà soltanto sull’allegazione di documenti fatta dal debitore o risultante dal registro delle imprese senza contraddittorio, per cui si ritiene necessario che il referente verifichi quanto necessario; la verifica del presupposto soggettivo è necessaria anche per quelle categorie di imprenditori stabilite ai commi 5 e 6 dell’art. 12 CCII (che come sappiamo non si vedono applicare gli strumenti di allerta): in tale ultimo caso, ovvero per le categorie escluse, l’assenza del requisito oggettivo stabilita dal Referente può essere opinabile e deve portare ad un provvedimento di rigetto o di archiviazione o di non luogo a provvedere²⁵⁶ della segnalazione trascinando con sé l’inutilità di nominare il collegio di esperti²⁵⁷.

Ancora altro compito del Referente è quello di assicurarsi che il debitore o il soggetto segnalante siano legittimati, soprattutto per quanto riguarda il procedimento di composizione assistita ai sensi dell’art. 19 CCII, in particolare accerta che la segnalazione sia presentata dal consigliere titolare del potere di rappresentanza sociale²⁵⁸.

²⁵⁴ V. G. D’Attorre, *Gli Ocrici*, cit., pp. 1431 s.

²⁵⁵ Non si può dire la stessa cosa per il presupposto oggettivo, ovvero lo stato di crisi, per cui in questo caso risulta improbabile che il Referente debba verificarlo, v. G. D’Attorre, *op. cit.*, p. 1433.

²⁵⁶ Tale provvedimento è altresì richiesto nel caso in cui il Referente intende accertare l’incompetenza territoriale dell’OCRI, in quanto necessario per poter trasmettere la segnalazione o l’istanza all’OCRI territorialmente competente come si evince ai sensi dell’art. 29 CCII, cfr. G. D’Attorre, *op. cit.*, p. 1433.

²⁵⁷ Cfr. G. D’Attorre, *op. cit.*, pp. 1432 s.

²⁵⁸ Nel caso specifico delle società di capitali, essendo il potere di rappresentanza sociale degli amministratori, nel caso in cui ciò non venga rispettato la nullità o l’inefficacia dell’atto compiuto *ultra vires* deve essere dichiarata andando a provare “che i terzi abbiano agito intenzionalmente a danno della società” ex artt. 2384, comma e 2457 *bis* c.c., tuttavia questa situazione non si presenta nel caso di presentazione dell’istanza all’OCRI. Il requisito della rappresentanza sociale appare in bilico nel caso in cui la società abbia un solo amministratore che ne è sprovvisto, rischiando da un lato di non usufruire delle misure premiali e dall’altro rischiando di sfociare in competenze altrui non potendo compiere atti che impegnano la società con efficacia esterna, cfr. G. D’Attorre, *op. cit.*, p. 1433.

Per quanto riguarda il primo procedimento in analisi, ovvero il procedimento di allerta, una volta che con esito positivo il Referente abbia verificato la sussistenza del presupposto soggettivo, la competenza territoriale dell'OCRI e la legittimazione del soggetto segnalante, lo stesso comunica la segnalazione agli organi di controllo, se presenti, e procede alla nomina del Collegio degli esperti che è formato da tre soggetti ai sensi del primo comma dell'art.17 CCII, i quali devono essere iscritti all'albo di cui all'art. 356 CCII, ovvero l'Albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al Codice della crisi e dell'insolvenza²⁵⁹.

I componenti sono nominati seguendo i criteri di trasparenza e rotazione, considerando lo specifico incarico ex art. 17, comma 2, nel modo che segue:

- un componente è scelto dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale individuato ai sensi dell'art. 4, D. Lgs. n. 168/2003, con riguardo al luogo in cui si trova la sede²⁶⁰ dell'impresa, o da un suo delegato;
- un componente designato dal presidente della camera di commercio territorialmente competente in base alla sede legale dell'impresa e presso cui è istituito l'OCRI, o da un suo delegato;
- un componente designato dal Referente tra chi appartiene all'associazione che rappresenta il settore di riferimento del debitore, scelto tra gli iscritti all'elenco che annualmente viene trasmesso all'Organismo delle associazioni imprenditoriali di categoria, dopo aver sentito il debitore ai sensi del comma 1, lett. c). dell'art. 17.;

essendo necessario che la procedura si svolga nel rispetto del *principio di riservatezza*, la richiesta per designare i componenti che viene fatta dal referente al presidente della camera di commercio o al presidente della sezione specializzata non deve far emergere elementi che possano servire all'identificazione del debitore, eccezion fatta per il settore in cui opera e per le dimensioni dell'impresa (tra cui il numero di dipendenti e l'ammontare annuo dei ricavi che si evincono dal registro delle imprese ex comma 3 dell'art. 17); una volta effettuata la richiesta di designazione del componente da parte del Referente, la

²⁵⁹ Si veda G. D'Attorre, *op. cit.*, pp. 1433 s.

²⁶⁰ Non essendo specificato cosa si debba intendere, questa può riferirsi sia alla sede legale che al *COMI*, ritenendo tuttavia preferibile, come sempre, la prima opinione perché così si può garantire la celerità delle procedure in quanto ci si riferisce ad un dato formale e oggettivo, v, G. D'Attorre, *op. cit.*, p.1434.

stessa deve pervenire all'OCRI²⁶¹ entro tre giorni lavorativi dalla ricezione della stessa (nel caso in cui tale termine non viene rispettato, ai sensi del secondo comma dell'art.17, il Referente deve designare nuovamente in via sostitutiva²⁶²)²⁶³.

Si può concludere che il Collegio di esperti rappresenta una voce importante per i debitori in quanto garantisce la presenza di diverse professionalità dal punto di vista aziendalistico, contabile e legale e, proprio per questo il Referente dovendosi sempre assicurare che ve ne sia una presenza omogenea può procedere, con atto motivato, alla sostituzione di uno dei componenti nel caso in cui il profilo richiesto manchi “*sempre tra gli iscritti al medesimo albo, in sostituzione del componente designato dal presidente della camera di commercio*” ai sensi del comma 4 dell'art.17 CCII²⁶⁴.

Tra i compiti del Collegio si annovera quello di occuparsi dell'audizione²⁶⁵ del debitore, da svolgersi in modo confidenziale e riservato²⁶⁶ (ed inoltre la stessa si svolgerà in forma collegiale dinnanzi al collegio interamente formato) per non arrecargli un pregiudizio irreparabile e che, a tal proposito rende fattivo il dialogo tra l'OCRI e lo stesso, garantendo l'analisi del tessuto economico, patrimoniale e finanziario dell'impresa in cui la crisi sta attecchendo, in modo tale da garantire l'adozione delle misure maggiormente idonee al superamento dello stallo: la convocazione (tramite p. e. c.) del debitore, deve avvenire a mezzo dell'ufficio del Referente che, entro quindici giorni

²⁶¹ All'OCRI deve giungere entro il giorno successivo alla nomina (o meglio il giorno successivo a quello in cui il professionista riceve la comunicazione della nomina), un'attestazione di indipendenza del professionista. I requisiti di indipendenza che devono essere rispettati sono quelli che emergono dal comma 1, lett. o) dell'art. 2 per il professionista indipendente, con l'eccezione dell'iscrizione nel registro dei revisori legali; i requisiti congiuntamente da possedere sono: il possesso dei requisiti ex art. 2399 c.c.; il non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate dalla procedura da un rapporto di tipo personale o professionale; non devono aver presentato negli ultimi cinque anni attività di lavoro autonomo o subordinato in favore del debitore, né devono aver fatto parte dell'organo amministrativo o di controllo, né aver partecipato a riunioni degli stessi, cfr. G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 1435.

²⁶² Altresì la nuova designazione è prevista nel caso di decadenza quando il professionista non attesti entro il termine stabilito la propria indipendenza o in caso di rinuncia all'incarico, v. G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 1435.

²⁶³ Si veda G. D'Attorre, *Gli Ocri, cit.*, pp. 1434 ss.

²⁶⁴ Cfr. G. D'Attorre, *L'Ocri, op. cit.*, pp. 1434 ss.

²⁶⁵ Prima di tale momento, il collegio deve nominare tra i componenti un presidente che a sua volta si proclama relatore (nella maggior parte dei casi) e che si occupa dell'attività di istruttoria e preparatoria al procedimento, v. G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 1436.

²⁶⁶ Tali requisiti devono essere garantiti dall'OCRI prevedendo delle procedure interne; nel caso in cui lo stesso debitore voglia coadiuvarsi dell'ausilio di un legale o di una persona di fiducia deve presentare all'audizione apposita liberatoria, mentre per i secondi è necessario che firmino un impegno di riservatezza, G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 1436.

lavorativi²⁶⁷, decorrenti dalla notifica della segnalazione da parte dei soggetti di cui agli artt. 14 e 15 CCII o dalla ricezione dell'istanza del debitore²⁶⁸.

Nel caso in cui, sentito il debitore, dagli elementi forniti e valutati non emerge la sussistenza della crisi o l'imprenditore soggetto è esente dall'applicazione degli strumenti di allerta, il collegio ha la possibilità di optare per l'archiviazione (che può aversi sia per *cause tipiche* come la mancanza del presupposto soggettivo e/o oggettivo, sia per *cause atipiche* come la mancanza delle condizioni per procedere o l'incompetenza territoriale): tra la causa principale tuttavia, si annovera quella prevista dal comma 3 dell'art. 16 secondo cui *“il collegio dispone in ogni caso l'archiviazione quando l'organo di controllo societario, se esistente, o, in sua mancanza, un professionista indipendente, attesta l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali sono decorsi novanta giorni dalla messa in mora, per un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie di cui all'art. 15, comma 2, lett. a), b) e c)”*²⁶⁹.

L'eventuale archiviazione²⁷⁰ va comunicata dal Referente al debitore e/o ai soggetti che si sono occupati della segnalazione iniziale: contro lo stesso decreto (del collegio) è possibile presentare impugnazione al giudice amministrativo; di contro nel caso in cui sussistano tutti gli elementi necessari per procedere, l'OCRI avrà il compito, dialogando con il debitore, di rintracciare quelle che possono essere delle misure idonee a superare la crisi, fissando un termine non tassativo per attuarle; tre le misure possibili, non essendo fatta nessuna specifica, si annoverano tutti gli strumenti negoziali e/o concorsuali previsti dalla legge²⁷¹, da cui discendono diverse strade che arrecano più o meno un sacrificio forte per il debitore, i creditori o terze parti: spetterà ai componenti del collegio assumere questa importante responsabilità, a cui si aggiunge il delicato rapporto che ai sensi dell'art. 18 questi devono instaurare con il debitore per rinvenire le possibili misure (senza

²⁶⁷ In questo termine devono essere svolte tutte le formalità del caso tra cui la verifica preliminare dei vari presupposti da parte del Referente e la nomina del collegio, cfr. G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 1436.

²⁶⁸ G. D'Attorre, *cit.*, p. 1436.

²⁶⁹ G. D'Attorre, *cit.*, p. 1436.

²⁷⁰ La stessa non può essere soggetta a passare in giudicato e non preclude la possibilità di riproporre nuovamente la segnalazione fondata o sugli stessi elementi della precedente o su nuovi elementi successivamente emersi. L'archiviazione ha valore solo nel procedimento regolato dall'OCRI e, di conseguenza, non può essere utilizzata in altri momenti quali l'apertura dell'istruttoria del procedimento di liquidazione giudiziale o i giudizi disposti per il recupero dei crediti verso la p.a., cfr. G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 1437.

²⁷¹ Cfr. G. D'Attorre, *op. cit.*, p.1437; M. Perrino, *La nuova disciplina delle procedure concorsuali, in ricordo di Michele Sandulli*, Giappichelli, Torino, p. 664.

dimenticare, tuttavia, che nel caso in cui il debitore non approvi le misure scelte dal collegio, l'ultima parola spetta a quest'ultimo, potendo essere rimessa al debitore solo la facoltà di decidere se attuarle o meno entro il termine previsto); se, scaduto il termine fissato per attuare le misure (non è previsto un termine per trovarle, se pur si ritiene che anche questo debba essere un termine breve), il debitore non si adoperi²⁷², il collegio informa il Referente per iscritto (che a sua volta avvisa i soggetti che avevano svolto l'iniziale segnalazione)²⁷³.

Nel caso in cui adottate le misure o avviata la comunicazione ai soggetti segnalanti, la crisi permane, sarà onere del debitore, presentare domanda per l'apertura del procedimento di composizione assistita della crisi o di regolazione della crisi e dell'insolvenza; da ultimo si ricordi che in caso di mancata comparizione del debitore, ex art. 22 CCII, se il collegio ritiene presenti i presupposti di uno stato di insolvenza necessari per procedere, invia relazione motivata al pubblico ministero che deve attivarsi senza indugio; è altresì richiesta la segnalazione al PM nel caso²⁷⁴ in cui il debitore, nonostante si sia presentato all'audizione non depositi la richiesta per accedere al procedimento di composizione assistita (se non è oltremodo possibile un'archiviazione del caso e se è presente lo stato di insolvenza)²⁷⁵ ed in questo caso è necessario che il pubblico ministero eserciti, entro il termine di sessanta giorni da quando riceve la segnalazione, l'iniziativa per procedere alla liquidazione giudiziale se ritiene sussistente uno stato di insolvenza²⁷⁶.

4.1 (segue) Il procedimento di composizione assistita della crisi.

Il secondo procedimento di cui è protagonista indiscusso l'OCRI, è il *procedimento di composizione assistita della crisi*²⁷⁷.

²⁷² Ci può essere una differenza tra comportamenti attivi del debitore che non prevedono la comunicazione ai soggetti segnalanti, e comportamenti passivi che la richiedono, come l'inerzia, la non collaborazione o un comportamento non collaborativo del debitore: spetterà al collegio prendere prudentemente tale decisione; si vede a tal riguardo G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 1438.

²⁷³ Si veda M. Perrino, *cit.*, p. 668.

²⁷⁴ Questa ipotesi si ritiene sussistente quando a detta del collegio, non sia possibile addivenire a misure idonee per il superamento della crisi, evitando altresì di lasciare un termine al debitore ai sensi del quinto comma dell'art. 18 per evitare l'aggravarsi della situazione in atto. Cfr. G. D'Attorre, *op. cit.*, p. 1439

²⁷⁵ A riguardo si noti il cfr. con G. D'Attorre, *Gli Ocrici, cit.* pp. 1436 ss.

²⁷⁶ Cfr. M. Perrino, *cit.*, p. 668.

²⁷⁷ Secondo quanto sostenuto da D. Vattermoli, *Il procedimento di composizione assistita della crisi e l'OCRI, in il Fallimento*, 7, 2020, p.891, l'obiettivo ultimo di tale procedimento consiste nello spingere all'adozione di misure idonee al superamento della crisi realizzando trattative tra debitore e creditori, andando addirittura ad anticipare gli effetti tipicamente connessi alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza che proteggono il patrimonio del debitore.

Il procedimento in questione è un procedimento *volontario* che si basa sull'istanza presentata dal debitore e, come il precedente ha natura *stragiudiziale*, ma a differenza del procedimento di allerta alcune fasi del procedimento di composizione assistita hanno natura *giudiziale* (specie quelle che attengono alla concessione delle misure premiali); il procedimento in questione si caratterizza per la sua funzione *recessiva* rispetto alle procedure di regolazione della crisi e per il venir meno, una volta presentata l'istanza di accesso, degli obblighi di segnalazione dell'allerta; altra differenza che si può evidenziare rispetto al procedimento analizzato in precedenza, è la maggiore attività svolta dal Collegio degli esperti che non solo si occupa di individuare quelle che possono essere le misure più idonee, ma altresì si occupa di partecipare alla soluzione della crisi, nel modo più attivo possibile²⁷⁸.

Differenza che attiene al procedimento è quella del *presupposto soggettivo*, essendo lo stesso indirizzato ai soli imprenditori; per quanto riguarda invece quello *oggettivo*, per "crisi" ai sensi dell'art. 19 si annoverano tutte quelle situazioni di tipo finanziario, economico o patrimoniale che possono andare dalla mera difficoltà ad adempiere temporaneamente sino allo stato di insolvenza attuale²⁷⁹; per quanto attiene alla struttura vera e propria del procedimento, questo consta di tre fasi:

- *la fase di avvio* che inizia con l'istanza presentata dal debitore all'OCRI territorialmente competente (in base alla sede legale dell'impresa): se l'istanza è correlata all'audizione del debitore ex art. 18, il Referente dovrà semplicemente confermare la composizione del Collegio già presente, mentre nel caso in cui la presentazione dell'istanza non abbia un legame con il procedimento di allerta, ai sensi dell'art. 17 sarà necessario, ad opera del Referente, la nomina di un Collegio con le modalità e caratteristiche già affrontate;
- *la fase di istruttoria o di composizione assistita in senso stretto* in cui il debitore coadiuvato fattivamente dall'OCRI cerca di addivenire ad una soluzione concordata con i creditori e, se si tratta di un'istanza non preceduta dalla procedura di allerta, entro quindici giorni lavorativi dal momento in cui si riceve l'istanza, l'OCRI deve convocare innanzi al

²⁷⁸ Cfr. D. Vattermoli, *op. cit.*, p. 893.

²⁷⁹ Si annoverano tra le ipotesi in questione più fattispecie di quelle presentate per il procedimento di allerta ai sensi dell'art. 2 comma 1, lett. a) CCII.

collegio il debitore e, se presenti, i componenti dell'organo di controllo della società, per sentirli in via riservata e confidenziale; il cuore di questa fase sta nel predisporre una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, finanziaria ed economica dell'impresa destinataria del procedimento correlata, a sua volta, dall'elenco dei creditori e dei titolari dei diritti reali e personali (ampliata dall'elenco dei crediti e delle cause di prelazione, se presenti); da questa relazione è possibile ad ogni modo partire per intraprendere la via maestra che può giungere all'accordo con i creditori (esito fisiologico di una buona riuscita del procedimento) o all'apertura di una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza (soluzione residuale del procedimento in questione) o, ancora, alla presentazione della domanda di accesso alla procedura di liquidazione giudiziale (esito in questo caso patologico del procedimento in esame). La durata massima di questa fase non può essere superiore ai centottanta giorni, che decorrono dall'audizione del debitore ai sensi dell'art. 18²⁸⁰ e, da ultimo, nel caso in cui il debitore presenti domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o di ristrutturazione dei debiti, il collegio può, dal canto suo, attestare che i dati aziendali siano veritieri sostituendosi in parte al professionista indipendente ex artt. 87, comma 2 e 57, comma 4 del CCII;

- *la fase di chiusura* che a sua volta si ramifica in tre possibili scenari: quello *fisiologico e positivo* di conclusione dell'accordo con i creditori, quello *residuale* di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza e, infine, quello *patologico* di avvio della procedura di liquidazione giudiziale (ex fallimento).

Per quanto attiene alla prima ipotesi, è possibile che l'accordo si concluda ai sensi del quarto comma dell'art.19 stabilendo altresì che “*l'accordo con i creditori deve avere forma scritta, è depositato presso l'organismo e non è ostensibile ai soggetti diversi da coloro che lo hanno sottoscritto*” e i suoi

²⁸⁰ È in questa fase che il collegio di esperti svolge il suo ruolo fattivo fungendo da *metronomo*, ovvero da mediatore, occupandosi tramite il relatore, a pieno titolo delle trattative con i creditori, auspicandone una soluzione positiva; è in tale fase, inoltre, che il collegio fa rispettare i termini e rende l'attestazione necessaria affinché il debitore si veda concesse le misure protettive di cui all'art. 20, comma 3, o di contro la segnalazione al giudice affinché le stesse vengano revocate ai sensi del successivo comma 5, cfr. D. Vattermoli, *op. cit.*, p. 895.

effetti sono simili a quelli del procedimento concluso ai sensi dell'art 56 CCII (ovvero il piano attestato di risanamento) e come tale gli atti, i pagamenti che il debitore ha effettuato e le garanzie che sono state concesse sui beni del debitore sono esentati dall'azione revocatoria ex art. 166, comma 3, lett. d), tuttavia le analogie riguardano solo gli effetti e non le altre caratteristiche delle due fattispecie; per quanto riguarda la seconda ipotesi (quella dell'intenzione di accedere ad una procedura di regolazione della crisi), questa è possibile in ogni fase del procedimento, fin dall'audizione ai sensi dell'art. 18 ed anche durante le fasi di trattativa con i creditori se si ritiene che la via maestra non sia percorribile: come abbiamo visto, ai sensi dell'art. 21, primo comma, in caso in cui il termine stabilito dall'art. 19, comma 1, necessario per addivenire ad un accordo, spiri senza che allo stesso si è addivenuti, il collegio invita il debitore a presentare la domanda di accesso ad una procedura, ed ancora il comma 3 stabilisce che *“della conclusione negativa del procedimento di composizione assistita della crisi l'OCRI dà comunicazione ai soggetti di cui agli artt. 14 e 15 che non vi hanno partecipato”* ed infine, se il debitore intenda presentare domanda di accesso di concordato preventivo o di ristrutturazione dei debiti vale quanto detto poc'anzi; la terza ipotesi, quella cioè di un esito patologico può condurre all'apertura del procedimento di liquidazione giudiziale, essendo il debitore insolvente e comprendendo che nessuna delle altre soluzioni prospettate sia possibile²⁸¹.

Concludendo questa analisi, è giusto fare accenno a quelli che sono gli effetti di tipo patrimoniale e personale nei confronti del debitore: per quanto attiene ai primi lo stesso, anche durante il procedimento resta amministratore dei suoi beni e dell'esercizio dell'attività di impresa e lo stesso si può affermare per quanto attiene ai secondi, non essendo previste sanzioni dirette nei confronti del debitore inerte o inadempiente (semmai le uniche sanzioni indirette possono essere conseguenza dell'apertura di liquidazione giudiziale ai sensi dell'art. 22, da cui a sua volta deriva il venir meno per il debitore di richiedere le misure premiali ai sensi dell'art. 25)²⁸².

²⁸¹ Si veda D. Vattermoli, *cit.*, pp. 893 ss.

²⁸² D. Vattermoli, *op. cit.*, pp. 893 ss.

A conclusione di tale procedimento è possibile per il debitore (società) ex art. 20, comma 4 “chiedere al giudice competente ai sensi del comma 1, che siano disposti il differimento degli obblighi previsti dagli articoli 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482 bis, quarto, quinto e sesto comma e 2482 ter del codice civile, e la non operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, n. 4) e 2545 duodecies del codice civile. Su istanza del debitore, il provvedimento può essere pubblicato nel registro delle imprese”²⁸³.

Gli effetti, tuttavia, non riguardano il solo debitore ma anche i creditori che non devono vedersi pregiudicata, all’apertura del procedimento, la possibilità di soddisfarsi per intero ed alla scadenza, secondo condizioni e termini a suo tempo pattuiti: nel caso in cui dovesse giungersi ad un accordo di ristrutturazione dei debiti, ovviamente con la volontà manifestata dei creditori di aderirvi, le regole inizialmente pattuite potranno modificarsi (ma non è questa la sede per occuparsene); non bisogna dimenticare inoltre che i creditori restano liberi di agire per il tramite di azioni esecutive o cautelari verso il debitore inadempiente, purché lo stesso non abbia richiesto al giudice, ai sensi del primo comma dell’art. 20, la *misura preventiva del blocco di tali azioni*, in quanto in tal caso dovendo proteggere il patrimonio destinato all’accordo tra i creditori in virtù del principio della *par condicio creditorum* bisogna evitare che anzidette azioni “possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell’insolvenza” ai sensi del comma 1, lett. p) dell’art 2 CCII; da ultimo per quanto attiene ai *contratti in corso di esecuzione*, viene stabilito dal legislatore, ex art 12, comma 3 che “l’attivazione della procedura di allerta, da parte dei soggetti di cui agli artt. 14 e 15 nonché la presentazione da parte del debitore dell’istanza di composizione assistita della crisi di cui all’art. 16, comma 1, non costituiscono causa di risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, né di revoca degli affidamenti bancari concessi. Sono nulli i patti contrari”²⁸⁴.

4.1.1 (segue) Una piccola nota sulle misure premiali e protettive concesse all’imprenditore.

La prima specificazione da fare, nell’introdurre il concetto delle misure protettive e di quelle premiali, è che le prime, che sono disciplinate dall’art. 20 CCII, attengono al solo

²⁸³ Cfr. D. Vattermoli, *op. cit.*, p. 893 ss.

²⁸⁴ Per l’analisi qui ampiamente svolta sul procedimento di composizione assistita della crisi, si veda D. Vattermoli, *op. cit.*, pp. 893 ss.

procedimento di composizione assistita della crisi, mentre le seconde disciplinate dai rispettivi artt. 24 e 25 possono essere concesse anche per le altre procedure previste dal Codice²⁸⁵ ed inoltre entrambe hanno carattere accidentale.

Le prime, attivabili dopo la presentazione dell'istanza ai sensi dell'art. 19, vengono demandate alle sezioni specializzate del Tribunale delle Imprese territorialmente competente e consistono nella c.d. *inibitoria* con cui viene disposto dal giudice il divieto per i creditori aventi titolo o causa anteriore di iniziare o continuare azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore stesso; le stesse non possono avere una durata complessiva di tre mesi, prorogabile per altri tre, a patto che durante le trattative debitore-creditori vi siano stati dei progressi e non siano stati compiuti atti in frode di quest'ultimi (in questo caso, ai sensi del comma 4 dell'art. 20, è possibile che le misure dapprima concesse vengano revocate²⁸⁶); altra possibilità concessa tra le misure protettive è quella di demandare al tribunale "*la non applicabilità delle norme del codice civile in tema di perdite di oltre un terzo o di tutto il capitale*", tale provvedimento, se richiesto dal debitore, può essere pubblicato nel registro delle imprese venendo meno il carattere di *riservatezza* con cui viene condotto l'intero procedimento di composizione assistita²⁸⁷.

Per quanto è di nostro interesse circa le misure premiali previste dal Codice, è a mio avviso necessario analizzare gli articoli 24 e 25, tenendo a mente il principio secondo cui queste devono fungere da incentivo²⁸⁸ per l'imprenditore che voglia adottare misure idonee per un superamento tempestivo della crisi e vengono per questo concesse a quell'imprenditore che acceda a uno degli strumenti previsti dal Codice ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. h), L. n. 155/2017.

In primis, l'articolo 24 si occupa del requisito di *tempestività* dell'iniziativa del debitore che si ritiene rispettato nel caso in cui la richiesta di accesso a una delle due procedure di regolazione della crisi venga presentata nel termine massimo di sei mesi dal momento in cui sono stati superati i limiti stabiliti dai segnalatori della crisi, ed è inoltre necessario che, ai sensi dell'art. 24, comma 1, il debitore abbia alternativamente presentato

²⁸⁵ Così specificato da N. Nisivoccia, *La composizione assistita della crisi*, in www.ilFallimentarista.it, 2020.

²⁸⁶ Altra ipotesi di possibile revoca delle misure protettive precedentemente concesse riguarda il caso in cui nel procedimento non si registrino dei progressi circa le trattative debitore-creditori o ci si renda conto che non è possibile il raggiungimento, a detta dell'OCRI, di una soluzione positiva del procedimento in atto, v. L. Gambi, *Le nuove misure protettive nel Codice della crisi*, in www.ilFallimentarista.it, 2019.

²⁸⁷ G. Bonfante, *op. cit.*, p. 1974.

²⁸⁸ Vedi G. Bonfante, *op. cit.*, p. 1974; L. Gambi, *cit.*

o la domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione nel termine anzidetto o, abbia presentato istanza all'OCRI, nel termine massimo di tre mesi, di accesso al procedimento di composizione assistita della crisi; a ciò si aggiungano altre due condizioni, ovvero: l'aver rispettato, una volta presentata istanza all'OCRI per accedere al procedimento di composizione assistita, le indicazioni fornite dal Collegio di esperti; la non dichiarazione di inammissibilità nel caso il debitore abbia richiesto l'avvio di una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza²⁸⁹.

Venendo adesso all'elenco delle suddette misure, questo si trova nell'art. 25 CCII e, le stesse sono definite cumulabili tra di loro, potendo avere sia natura penale che tributaria; tra le misure di tipo penale si annoverano:

- riguardo ai reati di bancarotta e simili previsti agli artt. 322, 323, 325, 328, 329, 330, 331 e 333, la non punibilità del debitore, per quanto attiene alle condotte realizzate per fatti che sono antecedenti alla tempestiva assunzione dell'istanza da parte dell'OCRI circa la domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza se il danno può essere considerato di speciale tenuità ai sensi del secondo comma dell'art. 25;
- nel caso, invece, di valore dell'attivo destinato ai creditori che garantisca almeno il 20% del soddisfacimento dei crediti chirografari e il danno cagionato non supera i 2.000.000,00 di Euro, è possibile ridurre la pena fino alla metà;

per le misure di tipo tributario viene disposto quanto segue:

- per tutta la procedura di composizione assistita, gli eventuali interessi che maturano sui debiti tributari dell'impresa si riducono al valore della misura legale;
- le eventuali sanzioni tributarie, per cui si prevede l'applicazione in misura ridotta se pagate entro un determinato termine dalla comunicazione dell'ufficio irrogante, possono essere ridotte alla misura minima se, il termine stabilito per suddetto pagamento, scada dopo che è stata presentata l'istanza ex art.19, comma 1, o la domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi;
- le eventuali sanzioni e gli interessi sui debiti tributari che siano oggetto della procedura di composizione assistita vengono ridotti della metà in un'eventuale e successiva procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza;

²⁸⁹ L. Gambi, *cit.*, Giuffrè, 2019.

infine, tra le altre misure concesse dal Codice ai sensi dell'art. 25 sono:

- termini doppi per poter presentare domanda di concordato preventivo o accordo di ristrutturazione dei debiti;
- misure che riducano il rischio di concordato preventivo in continuità;
- la riduzione, per l'esdebitazione, a due anni del termine prima previsto di tre, per permettere al debitore di proporre il ricorso per ottenere il beneficio;
- la previsione ex art 5, comma 4 secondo cui "*i componenti degli organismi e dei collegi preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle loro funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità*", vedendosi così applicati gli artt. 200 c.p.p. e 103 c.p.c. in tema di garanzie previste per il difensore in quanto applicabili²⁹⁰;

da ultimo, ai sensi dell'art. 23 CCII è giusto annotare quanto sappiamo in tema di compenso previsto per l'OCRI, per cui si ricordi la competenza, in difetto, ai sensi dell'art. 351, del giudice competente alla concessione delle misure protettive quando questo non è concordato con l'imprenditore; lo stesso è prededucibile ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. a) CCII a differenza di quanto previsto dal successivo comma 3 per "*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*"²⁹¹.

4.2 L'insolvenza dei gruppi: il quadro delle discipline che a questi si applicano.

Per quanto riguarda i gruppi d'impresa, la disciplina del R.D. n. 267/1942 non prevedeva regole per ipotesi di difficoltà del genere, per cui la disciplina che ci troviamo oggi davanti rappresenta un'importante novità anche se, come vedremo alla fine dell'analisi l'intento di garantire una procedura davvero unitaria non è stato del tutto raggiunto, continuando a contrapporsi il principio di unitarietà a quello di pluralità.

Fino ad oggi quello che gli operatori del settore erano riusciti a colmare, lo avevano fatto tramite stratagemmi di natura empirica (vedi l'ipotesi di fusione antecedente alla presentazione del ricorso o durante l'iter concordatario o dopo l'omologazione e anche la possibilità di scissione degli accordi di ristrutturazione o ancora la possibilità di conferire

²⁹⁰ Cfr. M. Perrino, *op. cit.*, p.669.

²⁹¹ Per i confronti qui fatti si veda M. Perrino, *op. cit.*, p. 667; G. Bonfante, *op. cit.*, p.1975.

a una *newco* delle varie aziende nel caso di non riuscita dell'omologazione del concordato), tuttavia è sopraggiunta una sentenza della Suprema Corte nel 2015, ovvero la n. 20559, nella quale si stabilì che erano necessarie nel settore delle soluzioni di diritto positivo: questa impostazione alquanto rigida è stata recepita dal legislatore che si è dato da fare per colmare suddette lacune giungendo in qualche modo anche a rispondere all'avvicinamento (europeo) tra i sistemi dei diversi Stati membri in materia di insolvenza transfrontaliera²⁹².

A tal proposito si noti come anche per il legislatore europeo il tema dei gruppi diventa un'importante priorità e ciò si può evincere da: la Raccomandazione 12 Marzo 2014 in tema di ristrutturazione dei gruppi, la *Guida Legislativa sull'insolvenza* dell'UNCITRAL che si occupa in una parte consistente della crisi di gruppi transnazionali, il Reg. UE n. 848/2015 che si occupa della disciplina dei gruppi in due parti (la prima attinente alla cooperazione e alla comunicazione tra amministratori nelle procedure di insolvenza, tra giudici e tra giudici e amministratori e, la seconda riguardante la possibilità di accedere ad una procedura di coordinamento, da richiedere al giudice, ai sensi del Considerando n. 57 per “*facilitare l'efficace gestione delle procedure di insolvenza di società del gruppo*”, andando a nominare un soggetto coordinatore, la Dir. UE 1023/2019; mosso da una necessità di uniformità, il legislatore con la L. n. 155/2017 ha individuato alcuni principi e caratteri direttivi generali al primo comma dell'art. 3 e ha stabilito le modalità della disciplina in tema di concordato preventivo e liquidazione giudiziale ai successivi commi 2 e 3; in totale sono nove le norme previste dal nuovo CCII (gli artt. 284-292) che si occupano della disciplina dei gruppi, riservando tuttavia, la disciplina dell'allerta solo a quei gruppi che non siano di rilevanti dimensioni²⁹³.

Prima di procedere alla definizione di “gruppo” valida per la disciplina in esame è giusto precisare come la spinta all'organicità sia stata voluta (anche a livello economico, in modo tale da poter garantire un sistema organico che punti sull'integrazione finanziaria ed economica delle società di gruppo non soltanto durante una fase fisiologica

²⁹² M. Spiotta, *La disciplina dei gruppi*, in (a cura di) G. Bonfante, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Settembre 2019, pp. 2014 s.

²⁹³ In questo caso lo scontro si rinvia leggendo il Considerando n. 22 della Dir. 1023/2019 che chiede a tutti gli Stati membri di adottare regole specifiche in tema di allerta anche per quei gruppi di rilevanti dimensioni in base alle loro caratteristiche. Inoltre, la differenza di disciplina porta anche ad una differente competenza territoriale in quanto per i gruppi di rilevante dimensione diviene competente il Tribunale sede della sezione specializzata in materia di imprese con riferimento al COMI, in tutti gli altri casi la competenza spetta invece al Tribunale ordinario, v. M. Spiotta, *op. cit.*, p. 2017.

dell'impresa ma altresì durante una fase patologica, ovvero garantendo una maggiore coordinazione e unitarietà della gestione della crisi e dell'insolvenza per quelle imprese che appartengono ad un medesimo gruppo; le discipline di cui tratteremo l'analisi, che di volta in volta vengono utilizzate, prevedono un sistema *di default* che si trova a cavallo tra il consolidamento e la concentrazione delle stesse, stabilendo che nel caso in cui dovessero mancare i presupposti per l'uno o per l'altra, è giusto che gli organi delle varie procedure si attivino per coordinarsi tra loro²⁹⁴.

Addentrando nell'analisi delle procedure è giusto esaminare quale debba essere il presupposto oggettivo e, di conseguenza, definire cosa intendere per "gruppo d'impresa": la definizione viene data dall'art. 2, comma 1, lett. h) e i) CCII in cui la prima distinzione attiene alla dimensione rilevante o meno del gruppo²⁹⁵ ed è una definizione *per relationem* che rimanda agli artt. 2497 *septies* c.c., 2545 *septies* c.c., ai limiti numerici ex par. 6 e 7 dell'art. 3 della Dir. UE 34/2013 e (implicitamente) agli artt. 2497 *sexies* c.c. e 2359 c.c. (estendendo tuttavia, l'ipotesi in tema di controllo anche al controllo congiunto²⁹⁶ ed escludendo di contro i rapporti di fatto); nello specifico la definizione vera e propria viene data alla lett. h) in cui il concetto in esame viene definito come "*l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, escluso lo Stato che [...] 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*"²⁹⁷, definizione che secondo alcuni è eccessivamente complessa e che poteva essere data richiamando invece quanto si evince dal Reg. 848/2015 all'art. 2 par. 13 secondo cui si definisce "gruppo di società" "*un'impresa madre*

²⁹⁴ G. D'Attorre, *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *il Fallimento*, 3, 2019, pp. 277 ss.

²⁹⁵ Abbiamo anzidetto come per i gruppi di rilevante dimensione viene meno l'applicabilità dell'allerta e cambia la competenza territoriale del Tribunale, cfr. M. Spiotta, *op. cit.*, p. 2017.

²⁹⁶ Ciò viene sostenuto anche da F. Lamanna, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *il Civilista*, 1, 2019, p.61.

²⁹⁷ "*Anche ai fini concorsuali, si presume, juris tantum, che tale attività sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci o che comunque le controlla*" secondo quanto sostenuto da M. Spiotta, *op. cit.*, p.2017; inoltre per quanto riguarda il binomio società/ente, questo si scontrava, già durante la riforma del 2003 con il carattere della persona fisica che viene qui introdotto quale soggetto che può svolgere il ruolo di capogruppo, per cui la norma volutamente generica considera tra i soggetti che controllano la società anche i soci tiranni o di fatto, non escludendosi per le società di fatto la possibilità di intraprendere una "procedura di gruppo"; da ultimo l'esclusione dallo Stato dai soggetti anzidetti viene chiarita anche in base all'interpretazione data dell'art. 2497 c.c. nel comma 6 dell'art. 19 del D. L. n. 78/2009 (convertito in L. 102/2009) in cui si specifica che "*per enti s'intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica o finanziaria*".

e tutte le sue imprese figlie” definendo al successivo par. 14 l’impresa madre come quella che “controlla direttamente o indirettamente” e se redige bilancio consolidato²⁹⁸.

Restando sulla definizione e sul concetto di direzione e coordinamento G. Meo e L. Panzani, hanno affrontato la questione consegnandocene un’interessante visione; secondo il primo, la curiosità che salta all’occhio è quella dell’utilizzo da parte del legislatore di *presunzioni di sussistenza* della direzione e del coordinamento come si evince nello stesso codice civile con la sostanziale differenza tuttavia che, mentre nel secondo la presunzione riguarda l’affermazione della direzione e del coordinamento invocata eventualmente da un terzo che voglia vedere applicata una sanzione a lui favorevole, nel primo caso l’affermazione circa la direzione e il coordinamento viene fatta dal soggetto che vuole rivendicarne la sussistenza e ciò, secondo l’autore citato, avviene perché il legislatore ha avuto la fretta di trovare “un aggancio normativo in un istituto preesistente nel codice civile” invece di “una scelta dotata di reale portata pratica”²⁹⁹.

Ancora secondo lo stesso, il CCII richiedendo una sussistenza del requisito di direzione e di coordinamento non dà rilevanza all’eventuale dichiarazione pubblica dell’esistenza di un vincolo *in bonis*, ma ne richiede una *ex novo*, così facendo ne deriverà una sorta di autodichiarazione di tipo confessorio dei soggetti facenti parte del gruppo che porterà ad intraprendere (eventualmente) i procedimenti, con la conseguenza che non ci si chiede se il vertice del gruppo debba essere considerato o meno all’interno del perimetro del gruppo e se questo possa vedersi applicate o meno le procedure intraprese dallo stesso³⁰⁰ (per quanto tuttavia attiene alla liquidazione giudiziale, ai sensi del comma 5 dell’art. 278 CCII si stabilisce la possibilità di considerare all’interno del perimetro anche il vertice del gruppo, poiché potrebbe essere lo stesso curatore delle imprese del gruppo a richiederne l’inclusione, indipendentemente dal fatto che questo voglia o meno)³⁰¹.

²⁹⁸ La differenza tra le due nozioni sta nel fatto che la normativa europea si rifà ad un carattere *formale* includendo nella definizione la c.d. *parent company*, mentre la normativa italiana si rifà ad un principio di *effettività* richiedendo la verifica del presupposto (di direzione e coordinamento) caso per caso (lasciando fuori l’ipotesi di holding), cfr. M. Spiotta, *op. cit.*, p.2018.

²⁹⁹ Si veda per il cfr. G. Meo e L. Panzani, *Procedure unitarie di gruppo*, *op. cit.*, pp. 1 ss.

³⁰⁰ La risposta che l’Autore ne dà in questo caso è quella di prevedere entrambe le possibilità, ovvero assoggettamento o meno del vertice del gruppo alle suddette procedure, a seconda dei casi, con la conseguenza che non essendo necessario includere nel perimetro il soggetto al vertice, la mancata inclusione non può essere giudicata dall’Autorità giudiziaria competente come causa di non ammissione o non omologazione della soluzione concordataria; cfr. G. Meo e L. Panzani, *Procedure unitarie “di gruppo” nel codice della crisi*, in *Crisi d’Impresa e Insolvenza*, Dicembre 2019, p. 13.

³⁰¹ Si veda G. Meo e L. Panzani, *op. cit.*, pp. 1 ss.

Altro dubbio sollevato dal primo autore è l'ipotesi in cui a capo del gruppo vi sia una persona fisica, asserendo che in tal caso la stessa può essere coinvolta soltanto se confessi l'esistenza della direzione e del coordinamento che fa capo a questa (confessione, altresì estremamente necessaria in tutti quei casi in cui non risultano rapporti di direzione e di coordinamento tra la persona fisica e le sue entità partecipate) ed infine, risulta per lo stesso escluso dalla disciplina in questione il tipo di gruppo in cui le imprese sono *oggettivamente* controllate da un persona fisica che non esercita sulle stesse una vera e propria attività di direzione e di controllo ma solo un'attività di *mero controllo formale* (tale da escludere che le controllate si possano definire come gruppo ai sensi della disciplina della crisi)³⁰².

Aggiunge il secondo autore che, per quanto riguarda la disciplina applicabile ai gruppi in tema di concordato o accordo di ristrutturazione, questa si basi sul principio di domanda volontaria da parte delle imprese (del gruppo) che ne sono interessate (senza che la richiesta di accesso sia estesa ad altre società o imprese o persone fisiche interne): da questa scelta tuttavia potrebbero derivare dei comportamenti opportunistici da parte di imprese debtrici (del gruppo) che potrebbero escluderne altre in modo tale da preservare una parte di patrimonio: ciò però non è fattibile nella pratica in quanto spetta di volta in volta al Tribunale valutare se un piano/i è fattibile tenendo a mente il “mantra” del principio del *miglior soddisfacimento dei creditori* (che a breve affronteremo) , che potrebbe essere in un qualche modo danneggiato dalla scelta di “esiliare” alcune imprese³⁰³.

Da ultimo si sottolinei che, nell'individuare la non facile nozione di gruppo di imprese, per G. Meo si debbano includere “*solo i gruppi verticali a cuspide unica o a controllo congiunto in cui sia possibile isolare, tra le entità congiuntamente controllanti, una società o un ente che esercita direzione e coordinamento*” lasciando fuori dal perimetro “*sia le forme di gruppo orizzontale sia quelle in cui vi sia bensì un unico vertice controllante e però esso detenga il controllo mero, non attivo nel senso della eterodirezione delle società controllate*” ed da ultimo anche quelle imprese che non abbiano il *COMI* in Italia pur nell'ipotesi in cui tutto il gruppo partecipato si trovi

³⁰² Per l'attenta analisi si segua sempre G. Meo e L. Panzani, *cit.*, pp. 1 ss.

³⁰³ Cfr. G. Meo e L. Panzani, *cit.*, pp. 1 ss.

all'interno del territorio nazionale; per gli altri dubbi sollevati dall'autore si rimanda più avanti³⁰⁴.

Andiamo adesso ad analizzare nei minimi dettagli la procedura di concordato di gruppo disciplinata dall'art. 284 CCII e quella di liquidazione giudiziale ai sensi dell'art. 287; entrambe le norme presentano tratti in comune tra cui l'*incipit* secondo cui “*più imprese commerciali, e aventi i requisiti dimensionali fissati all'art. 2, comma 1, lett. d), in stato di crisi o insolvenza*” (per il concordato) “*in stato di insolvenza*” (per la liquidazione) “*appartenenti al medesimo gruppo e aventi ciascuna il proprio centro degli interessi principali nello Stato italiano*” hanno la possibilità di:

- proporre “*unico*³⁰⁵ ricorso” o “*piani reciprocamente collegati e interferenti*”: a tal proposito riguardo a questo concetto si specifica che il collegamento o l'interferenza tra i piani si ha quando gli stessi (delle diverse imprese) sono parte di un'operazione economica unitaria, ovvero l'implicazione tra le sorti di un piano e quelle degli altri in modo più (collegamento) o meno (interferenza) stringente, ma sempre col fine ultimo di attuazione unitaria delle misure ivi previste nei singoli piani³⁰⁶;
- se viene accolto l'unico ricorso, le imprese facenti parte del gruppo, possono essere soggette ad un'unica procedura di liquidazione giudiziale davanti ad un unico tribunale³⁰⁷.

Per quanto attiene agli aspetti procedurali, il comma 3 dell'art. 284 e il comma 1 dell'art.287, ribadiscono “a gran voce” la necessaria separazione delle masse attive e passive delle varie imprese per impedire che si possa incorrere in una violazione dell'art. 2740 c.c. (dal punto di vista sostanziale), e per evitare (dal punto di vista procedimentale) di avere false maggioranze al momento di approvazione della proposta³⁰⁸.

Addentrando nella procedura di concordato preventivo, nella domanda di accesso prevista ai sensi del quarto comma dell'art. 284 è necessario:

³⁰⁴ Il cfr. deriva dal dibattito, tra punti in comune e non di G. Meo, L. Panzani, *op. cit.*, pp. 1 ss.

³⁰⁵ Presentare domanda unica da parte delle imprese non è né un obbligo né un diritto potestativo, bensì una mera facoltà, purché indirizzata alla riuscita del “miglior soddisfacimento dei creditori” delle imprese, singolarmente considerate (lo stesso emerge dal quarto comma dell'art. 284 e dal primo dell'art. 287 CCII, ma altresì dal secondo comma dell'art.81, L. Prodi *bis*), e della riduzione dei costi, cfr. M. Spiotta, *op. cit.*, p. 2018.

³⁰⁶ Cfr. G. D'Attorre, *I concordati di gruppo, cit.*, p. 280.

³⁰⁷ Cfr. M. Spiotta, *op. cit.*, p. 2018.

³⁰⁸ Si veda M. Spiotta, *cit.*, p. 2018.

1. far riferimento alla necessità o meno, motivandola, di unire le forze tra le varie imprese e presentare la domanda unitaria in funzione del miglior soddisfacimento dei creditori (e non il perseguimento della continuità aziendale) delle singole imprese: sul tema del miglior soddisfacimento dei creditori sarà necessaria più avanti un'attenta analisi;
2. presentare tutte le informazioni che possono essere utili per comprendere la composizione del gruppo e i vincoli partecipativi e contrattuali intercorrenti fra i vari soggetti;
3. indicare il registro delle imprese nel quale è stata compiuta ogni formalità circa la pubblicità prevista ex art. 2497 c.c.;
4. allegare il bilancio consolidato di gruppo, richiesto anche per le altre procedure di accordi di ristrutturazione e ribadito anche al successivo art.289 (fondamentale per una fattiva valutazione degli interessi comuni al gruppo e delle ragioni che hanno spinto alla presentazione di una domanda unitaria)³⁰⁹.

Il problema ricorrente dell'unitarietà o meno della disciplina in questione fa nuovamente capolinea all'art. 285, dove a fronte di una possibile interferenza o coordinamento tra le procedure si afferma il principio secondo cui gli effetti che scaturiscono dalle procedure possono essere diversi per le varie imprese interessate, potendo comportare per talune la liquidazione e per altre la continuazione³¹⁰ dell'attività d'impresa; restando in tema di contenuto del piano di concordato per le imprese del gruppo, è a mio avviso interessante notare quanto si evince dal secondo comma dell'art'285 che considera ammesse sia operazioni contrattuali e riorganizzative sia trasferimenti di risorse infragruppo,

³⁰⁹ Per l'analisi M. Spiotta, *op. cit.*, p. 2019.

³¹⁰ L'applicazione della disciplina del concordato in continuità si avrà solo quando dal confronto tra i flussi complessivi che possono derivare dalla continuazione dell'attività e i flussi complessivi che derivino dalla liquidazione, emerge che i creditori delle imprese del gruppo vengono soddisfatti in misura rilevante da quanto si ricava con la continuazione rispetto a quanto si ricaverebbe con la cessione del magazzino, cfr. M. Spiotta, *op. cit.*, p. 2019; si veda a tal proposito anche G. Meo. L. Panzani, *op. cit.*, pp. 47 s., in cui Panzani sostiene che nel riferimento all'art. 285 tra le due tipologie di flussi complessivi non risulta necessaria una scorporazione di entrambi per verificare se essi fanno capo ad una società il cui piano preveda continuità o meno dell'attività; secondo lo stesso essendo una comparazione interna al gruppo stesso basterà "sommare" tutto ciò che deriva dalla continuità con ciò che invece risulterebbe dalla liquidazione, non essendo necessario neppure considerare i costi che si sono ritenuti necessari per ottenere il ricavato finale: così facendo il concordato in continuità non verrà utilizzato quando il fine ultimo sarebbe quello di eludere determinati vincoli che sbarrano l'accesso alla procedura di concordato liquidatorio; l'unica cosa da esaminare, in conclusione a detta di Panzani è "verificare che effettivamente la causa di prosecuzione dell'attività d'impresa sia prevalente rispetto alla causa liquidatoria, con la conseguenza che a tal fine la considerazione dei costi è irrilevante".

prevedendo addirittura la possibilità per una delle società soggette a concordato di mettere a disposizione parte del suo patrimonio a vantaggio di un'altra impresa dello stesso gruppo; perché queste operazioni, c.d. *travasi di ricchezza*, possano avvenire è necessario il rispetto di alcune condizioni tra cui:

- l'attestazione del professionista indipendente circa la necessità di tali procedure con lo scopo di favorire la continuità aziendale per quelle imprese per cui è prevista dal piano;
- la coerenza di tali procedure di trasferimento di ricchezza con il miglior soddisfacimento dei creditori di tutte le imprese del gruppo considerato³¹¹.

Da questa particolare "possibilità" deriva la conseguente legittimazione di alcuni soggetti a proporre opposizione all'omologazione e nel caso in specie è possibile:

- per i creditori concordatari, dissenzienti o non aderenti, che appartengono ad una classe di creditori dissenzienti o, se non ci sono classi, rappresentino almeno il 20% dei crediti ammessi al voto (di una singola società, ovvero quella danneggiata); di contro in questo caso il Tribunale competente omologherà comunque il concordato se valutando complessivamente il piano/i emergano fondati indizi di una "non minore" soddisfazione per i creditori rispetto a quanto potrebbero altrimenti ricavare con la liquidazione giudiziale della singola società;
- per i soci di minoranza che non vogliono accettare tale sacrificio per le altre imprese purché abbiano le informazioni necessarie; in questo secondo caso il Tribunale può disporre l'omologazione del concordato se riesce ad escludere la presenza di un reale pregiudizio considerando (invece) i vantaggi compensativi ottenibili dalle singole società grazie al piano di gruppo³¹².

Per quanto riguarda i finanziamenti infragruppo disciplinati dall'art. 292 CCII, si procede con la possibilità di postergazione degli stessi se, erogati a seguito del deposito della domanda di liquidazione giudiziale (o comunque nell'anno precedente), disponendo altresì la non efficacia dei relativi rimborsi compiuti nell'anno antecedente alla domanda che ha dato avvio alla procedura; la disciplina in questione trova applicazione per tutti quei

³¹¹ Per l'analisi, cfr. M. Spiotta, *cit.*, p. 2019.

³¹² Cfr. M. Spiotta, *op. Cit.*, pp. 2019 s.

crediti e per tutti i finanziamenti (siano essi ascendenti o discendenti) esclusi quelli “orizzontali” alle società sorelle³¹³.

Importanti nell’analisi della procedura di concordato preventivo di gruppo e di liquidazione giudiziale sono gli aspetti procedurali disciplinati rispettivamente al comma 2 degli artt. 286 e 287, da cui si evincono i principi-guida della nomina degli stessi organi tra cui il giudice delegato, il commissario giudiziale e il curatore (che può anche essere uno studio associato o una società di professionisti): gli organi preposti alla gestione delle procedure hanno inoltre la facoltà di chiedere alla CONSOB o ad altre autorità, tutte le informazioni necessarie che attestino la presenza di collegamenti tra le imprese del gruppo o, anche di chiedere alle società fiduciarie i titolari dei diritti sulle azioni o sulle quote ad esse intestate (questo è il c.d. *disclosure* ribadito anche dall’art. 289 CCII) e, da ultimo il commissario giudiziale dovrà ai sensi dell’art 105 redigere una relazione in cui esprime un giudizio sugli effetti che il piano avrà sulle imprese prese singolarmente (verificando se vi sono o meno i presupposti di omologazione del concordato) e presentando l’elenco con tutti i creditori delle singole imprese; a ciò si aggiunge il dovere di depositare un fondo unico per le spese di giudizio³¹⁴.

Per quanto attiene alla competenza del tribunale, per entrambe si stabilisce che la stessa viene stabilita in base³¹⁵ alle dimensioni dell’impresa ex art 27 CCII e al circondario in cui si trova collocato il Centre of Main Interest del soggetto (sia esso società, sia ente o

³¹³ Grazie a quanto inserito all’art.102 CCII, resta salva la deroga dei “finanziamenti dei soci” funzionali o in esecuzione di soluzioni concordate della crisi, anche se il finanziatore ha ottenuto la qualità di socio a seguito di una delle procedure di regolazione della crisi, cfr. M. Spiotta, *op. cit.*, pp. 2026 s.

³¹⁴ Per quanto attiene a quest’ultime, le stesse vengono suddivise tra le varie imprese del gruppo proporzionalmente alle loro masse attive stabilendo per entrambe le procedure il criterio direttivo come sostenuto da M. Spiotta, *op. cit.*, p. 2020; lo stesso concetto del criterio di ripartizione dei costi proporzionale alle masse attive è ribadito da G. D’Attorre, *I concordati di gruppo*, *op. cit.*, pp. 283 s., il quale ancora tale principio all’esigenza di giustizia distributiva, obbligando le imprese e i rispettivi creditori a rispondere pro quota circa il possibile ammontare di risorse destinante per soddisfare la massa dei creditori; tuttavia ci si chiede in aggiunta cosa debba intendersi per massa attiva, ovvero se questa possa riferirsi a quella indicata durante il concordato o ci si riferisca a quella realizzata effettivamente proseguendo l’attività d’impresa; qualsiasi sia la soluzione adottabile (specie nel secondo caso) ne derivano dei dubbi, per questo appare “preferibile ancorare la nozione di massa attiva ad un dato predeterminato ex ante, sia pure in via probabilistica, rappresentato dall’ammontare dell’attivo che, secondo piano e proposta di concordato, ogni impresa del gruppo mette a disposizione dei propri creditori, senza tenere conto degli effettivi risultati in concreto”, conclude D’Attorre.

³¹⁵ Questa scelta viene operata anche per la liquidazione giudiziale presentata autonomamente, ma allo stesso tempo, da ogni impresa facente parte del gruppo per cui in aggiunta, a differenza della procedura di concordato in cui il legislatore ha voluto evitare il rischio del c.d. *forum shopping*, si stabilisce che nel caso di domande non contemporanee si fa riferimento alla prima domanda depositata e al relativo tribunale competente, cfr. M. Spiotta, *op. cit.*, pp. 2020 s.

persona fisica) che esercita direzione o coordinamento, o quello dell'impresa con il più elevato ammontare di debiti (evidenti dall'ultimo bilancio approvato)³¹⁶.

Giungendo alla conclusione dell'analisi delle due procedure si può sintetizzare che:

- per quanto riguarda il concordato preventivo, il programma di liquidazione deve avere i contenuti stabiliti dall'art. 213 e le modalità con cui si coordinano gli attivi delle diverse imprese e il curatore deve mettere nero su bianco ed evidenziare quali sono i rapporti con le altre società o enti del gruppo e quali che sono le diverse responsabilità degli stessi; la votazione del piano deve essere separata ma contestuale tra i vari creditori delle singole imprese, escludendosi ai sensi del comma 6 dell'art. 286 il diritto di *voice* per le imprese del gruppo che abbiano crediti verso l'impresa assoggettata alla procedura; il concordato ha definitivamente un'approvazione quando le proposte delle imprese, considerate singolarmente, ottengono la maggioranza ex art. 109 CCII (non è ammessa un'approvazione parziale né la possibilità di *Cram down*³¹⁷); il piano/i di concordato una volta omologato può essere annullato o risolto ai sensi del comma 7 dell'art. 286 purché le condizioni necessarie a tal fine non riguardino soltanto una o alcune delle imprese del gruppo ed a meno che l'attuazione del piano non sia compromessa³¹⁸ inevitabilmente per le altre imprese;
- per la liquidazione giudiziale vengono invece nominati distinti comitati di creditori, in virtù del principio di separazione delle masse, che riallacciandosi all'art. 257 CCII stabilisce che “*il patrimonio della società e quello dei singoli soci sono tenuti distinti*”³¹⁹.

Per quanto collegato con il principio di *autonomia delle masse*, G. Meo (nella testimonianza già citata) spiega come in realtà il legislatore non sia stato in grado di

³¹⁶ Cfr. M. Spiotta, *op. cit.*, pp. 2018 ss.

³¹⁷ Di contro la sentenza del Tribunale di Crotone 28 Maggio 1999, premesso che le maggioranze necessarie per approvare il concordato si possono calcolare riferendosi al gruppo, aveva statuito che “*qualora per una delle imprese non fosse raggiunta la maggioranza dei crediti, essa potesse ritenersi egualmente conseguita laddove ciò non comportasse un apprezzabile sacrificio per i creditori dissenzienti*”, in *Giust. Civ.*, I, 2000, p. 1553.

³¹⁸ Per chi sostiene un'interpretazione teleologica l'inadempimento si può considerare di poca importanza e di conseguenza può intaccare tutto il piano quando comprometta la stessa attuazione, di contro chi sostiene la visione sistematica stabilisce che la procedura di concordato si apre, continua e se, si presentano patologie, cade all'unanimità per tutte le imprese del gruppo, cfr. M. Spiotta, *op. cit.*, p. 2022.

³¹⁹ Cfr. M. Spiotta, *cit.*, pp. 2021 s.

portare a termine la sua volontà di creare una disciplina unitaria (ovvero una *substantial consolidation*) per i gruppi di imprese (come ha fatto anche con definizioni maggiormente semplicistiche e legami più deboli il Reg. 848/205 in tema di insolvenza transfrontaliera) continuando a riguardare la disciplina in questione imprese prese singolarmente e non un'unica impresa³²⁰; la stessa mancanza di connessione si evince dal fatto che è previsto solo in caso di liquidazione giudiziale e non di concordato preventivo, la possibilità di favorire procedure di imprese dello stesso gruppo, permettendo al curatore della procedura *madre* di segnalare la presenza di una possibile insolvenza di un'impresa facente parte del gruppo, ma non ancora assoggettata a liquidazione giudiziale, agli organi amministrativi e di controllo che così hanno la possibilità di verificare lo stato di insolvenza ex quinto comma dell'art. 287³²¹.

Prima di passare alla conclusione, soffermandoci con una breve analisi sulla disciplina degli accordi di ristrutturazione e su altre norme afferenti la disciplina dei gruppi, è giusto fare un cenno a quello che più volte abbiamo affermato essere il *miglior soddisfacimento dei creditori*; il principio in questione è infatti oggetto di parecchi dubbi, tra cui se ne possono individuare due:

1. il primo riguarda il livello in cui tale miglior soddisfacimento debba aversi e cioè, se a livello generale di tutti i creditori di tutte le imprese del gruppo soggetto al concordato o se debba riferirsi ai creditori di ciascuna impresa. Qui la risposta la si evince direttamente dalla lettura dell'art. 284, comma 4, in cui si specifica che il soddisfacimento dei creditori debba riferirsi ai creditori di ciascuna impresa ed inoltre il comma 3 dello stesso articolo sottolinea come, in virtù del principio di autonomia delle masse attive e passive, non si possa arrecare “pregiudizio patrimoniale” per le singole imprese e per i suoi creditori;
2. il secondo quesito riguarda la sorte di un eventuale “plusvalore” che si realizza a fine del concordato, chiedendosi se questo possa essere distribuito o meno tra le diverse imprese; in questo caso si può tranquillamente affermare che non essendo a riguardo previsto alcun criterio distributivo, il possibile *plusvalore* non possa essere distribuito tra le varie imprese ed infatti, la condizione stabilita a priori per l'ammissibilità di accesso al

³²⁰ G. Meo, L. Panzani, *op. cit.*, pp. 17 s.

³²¹ Cfr. M. Spiotta, *op. cit.*, p. 2022.

concordato di gruppo è che la massa attiva (grazie ad una gestione unitaria) potrà aumentare in alcune delle imprese appartenenti al gruppo, mentre si ridurrà presso altre³²².

Da ultimo analizziamo brevemente alcune delle altre disposizioni in materia di gruppi di imprese:

- l'*accordo di ristrutturazione dei debiti* che ai sensi dell'art. 284 si può sempre presentare con ricorso unico (con le condizioni già viste per le altre due procedure), prevedendo due varianti: quella degli accordi agevolati con una soglia di adesione pari al 30% e quelli ad efficacia estesa ai creditori che non aderiscono, non disciplinando tuttavia le ipotesi di società appartenenti allo stesso gruppo che abbiano il *COMI* in diverse circoscrizioni giudiziarie, né quelle degli effetti conseguenti alla mancata omologazione dell'accordo né ancora gli effetti connessi alla risoluzione o all'annullamento dello stesso;
- il *piano attestato di gruppo* che collega il comma 5 dell'art. 284 all'art. 56 ove compatibile: il piano/i potrà essere unitario o reciprocamente collegato o interferente, sarà rivolto ai creditori e non potrà prescindere da un accordo con gli stessi; sarà utile per risanare l'esposizione debitoria di ciascuna impresa del gruppo e riequilibrare la situazione finanziaria, non avrà solo contenuto finanziario e sarà possibile quando sia presente uno stato di crisi o di insolvenza reversibile; un professionista attesterà tutte le informazioni, che i dati siano veritieri e che il piano sia fattibile; da ultimo non è in questa procedura applicabile il principio di separazione delle masse;
- le *procedure concorsuali autonome di imprese appartenenti allo stesso gruppo* sono disciplinate dall'art. 288 (ma non per questo effettivamente praticate in quanto mancanti di strumenti necessari per rendere effettiva la collaborazione tra organi di gestione e mancanti di sanzioni in caso di violazione); solo per citare la norma questa offre la possibilità, in caso in cui, innanzi a diversi tribunali, siano aperte diverse procedure (si fa solo riferimento a liquidazione e concordato e non agli accordi di ristrutturazione) che hanno per soggetti singole imprese del gruppo,

³²² Il cfr. viene qui fatto con G. D'Attorre, *I concordati di gruppo*, cit., pp. 281 s.

per i diversi organi di gestione “*di cooperare per facilitarne a valle la gestione efficace*”³²³.

5. Una visione di confronto col sistema francese.

In questo ultimo paragrafo, ho ritenuto opportuno analizzare la disciplina della prevenzione della crisi d’impresa di cui si fa promotrice la Francia (anche grazie al ruolo importante svolto in questo Paese dai Presidenti dei Tribunali di Commercio, come vedremo), per cui si ricordi che la stessa ha rappresentato a partire dal *Codice napoleonico* un modello per gli altri sistemi, ed anche per l’Italia³²⁴.

La disciplina di diritto concorsuale è disciplinata dal libro IV del Code de commerce napoleonico del 2000, intitolato *Des difficultés des entreprises*, in cui il principale mezzo per l’attenta analisi dell’andamento dell’attività d’impresa sono le scritture contabili: in particolare mentre il quadro della situazione patrimoniale e dell’eventuale insolvenza, viene dato dalla *situation de l’actif réalisable et disponible*, importanza rivestono anche il bilancio di previsione (che proietta l’impresa verso il futuro tenendo a mente le possibili conseguenze di scelte fatte nel presente in modo tale da avere uno strumento per un’emersione tempestiva della crisi)³²⁵.

Nel sistema francese si fa una distinzione, anzitutto tra allerta interna ed esterna per quanto riguarda la procedura delle misure d’allerta.

Quanto alla prima, questa può essere attivata o dai *commissaires aux comptes* o dai soci o dal comitato di fabbrica e le ipotesi che si succedono sono diverse:

- La prima è la *procedura d’allerta su iniziativa del revisore dei conti*, che dal canto suo dà avviso agli amministratori se vi sono “*fatti*³²⁶ *di natura tale da compromettere la continuità dell’esercizio*”, regolata dall’art. L. 234-1 *Code de commerce* da cui si diramano tre strade con tre diversi livelli di allerta; dopo che è stato avvisato il consiglio di amministrazione (ad opera del revisore), lo stesso deve fornire per tutta risposta una relazione, entro 15 giorni, sul grave stato o meno

³²³ L’analisi si conclude con il cfr. con M. Spiotta, *cit.*, pp. 2022 ss.

³²⁴ S. De Matteis, *op cit.*, p. 317.

³²⁵ Da qui si evince anche la volontà del legislatore di puntare tutto su sistemi di prevenzione e considerare l’impresa come qualcosa di dinamico; inoltre influenzato nel 1994 e nel 2003 anche dal *Chapter 11*, la Francia ha cercato in tutti i modi di ampliare i meccanismi di allerta, rafforzando la tutela dei creditori, avendo cura di “far riguardare” le imprese in crisi già alle prime avvisaglie, rafforzando i compiti dei *commissaires aux comptes* e i loro rapporti con le autorità giudiziarie; cfr. S. De Matteis, *L’emersione anticipata della crisi d’impresa, cit.*, pp. 318 ss.

³²⁶ Tra questi, le ipotesi possono essere di diverso genere, spaziando da fatti di tipo finanziario attinenti all’impresa a fatti riguardante la situazione patrimoniale o ancora determinati conflitti sociali o relazioni con fornitori ed anche fatti di tipo giuridico, vedi S. De Matteis, *op. cit.*, p. 321.

della crisi; ne segue che qualora il revisore ritenga possibile l'adozione delle misure preventive previste nel piano, la procedura di allerta si può considerare conclusa; tuttavia, nel caso di mancata risposta o risposta inadeguata del consiglio (nel termine di 15 giorni), si apre la seconda fase della procedura che, a sua volta prevede l'invito del revisore, rivolto al presidente, alla convocazione formale del consiglio per deliberare: la delibera che ne deriva viene comunicata ad un organo consultivo interno alla società e ne viene dato avviso al Presidente del Tribunale di Commercio *de Grande Instance*; se pur attuata tale procedura (o di contro non avendola rispettata) vi è ancora il rischio del venir meno della continuità dell'attività d'impresa, sarà necessaria la terza e ultima fase della procedura di allerta, in cui viene meno anche il carattere di riservatezza che prima l'aveva fatta da padrone ed il revisore redige il rapporto straordinario presentandolo all'assemblea degli azionisti e all'organo consultivo interno (*comité d'enterprise*); dopo che l'assemblea ha deliberato il revisore si può dire favorevole o meno all'ultimo escamotage possibile, ovvero la valutazione di quanto è stato pattuito dagli azionisti e, se la risposta è negativa in quanto non assicura la continuità, il rapporto redatto dallo stesso viene presentato al Tribunale di Commercio³²⁷;

- La seconda procedura è quella attivata su azione dei commissari, che segue i chiarimenti e l'invito all'organo amministrativo a decidere sui fatti che vengono segnalati: è durante un'assemblea generale che i commissari presentano il loro rapporto; inoltre in questa fase, a differenza di quanto accadeva in passato nel caso in cui attivata una procedura questa doveva essere abbandonata e ne doveva essere intrapresa una *ex novo*, è prevista la possibilità, a determinate condizioni, di riprendere la procedura d'allerta eventualmente interrotta, nel termine massimo di sei mesi il cui *dies a quo* decorre dal giorno di attivazione della prima procedura e purché i commissari abbiano effettivamente verificato la presenza del pregiudizio e la necessità di misure tempestive;
- La *procédure d'alerte del comité d'enterprise e dei soci*: per quanto riguarda i secondi, questi purché rappresentino almeno il 10% del capitale sociale di una S.p.a., possono presentare nell'arco dello stesso esercizio finanziario domande che

³²⁷ Cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 322 s.

riguardano fatti tali da poter compromettere la continuazione, rivolte ai dirigenti della società; da ultimo il comitato d'impresa (nominato dagli stessi dipendenti) è rappresentante di coloro che percepiscono uno stipendio e può "allarmarsi" quando siano presenti elementi tratti dai documenti contabili o dalle informazioni fornite dal revisore dei conti che lascino presupporre la presenza dei "*fatti di natura tale da influire in maniera preoccupante*"³²⁸, facendosi riferimento in questo caso ad un più ampio stato dell'impresa³²⁹.

L'altra tipologia di allerta è invece quella *esterna* che può attivarsi ad opera del Presidente del Tribunale di Commercio, oggi assoggettabile a tutti i tipi di società commerciali compresi i raggruppamenti di interesse economico, gli artigiani e i commercianti.

Il Presidente alla presenza di atti, fatti o documenti "preoccupanti" può convocare in via riservata i dirigenti: da questo incontro (amichevole) scaturisce un altrettanto amichevole scambio di idee e consigli (senza carattere giuridico) tra i due soggetti; durante l'incontro il Presidente ha la facoltà di chiedere tutte quelle informazioni che potrebbero far emergere in modo più chiaro la situazione di stallo, così come può obbligare i soggetti ad un'ingiunzione di deposito dei conti obbligatori annuali (non depositati); per una migliore collaborazione tra i soggetti, su richiesta dell'imprenditore (in difficoltà ma non insolvente) il Presidente nomina un mandatario che avrà il compito (autorizzato dal tribunale) di *conciliateur* con i creditori e i fornitori dell'impresa; da ultimo, se il Tribunale lo ritiene necessario, può lo stesso autonomamente (se non sono possibili altre vie di risoluzione della crisi) avviare una procedura di risanamento giudiziario o di fallimento³³⁰.

Le modifiche più importanti del *Code de commerce* si sono avute con la *Loi de sauvegarde des entreprises* n. 845/2005 che ha introdotto le procedure di *conciliation* e di *sauvegarde*³³¹, volendo abbandonare il carattere sanzionatorio delle procedure (come poi è avvenuto anche in Italia) preferendo degli strumenti a cavallo tra quelli preventivi e il risanamento giudiziario e la liquidazione.

Nello specifico andiamo ad analizzare le due "neonate" procedure:

³²⁸ Si noti qui la presenza dell'aggettivo preoccupante, non previsto per l'attivazione della procedura ad opera dei revisori dei conti, cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, p. 325.

³²⁹ Si veda a riguardo S. De Matteis, *op. cit.*, pp.320 ss.

³³⁰ Cfr. S. De Matteis, *L'emersione anticipata delle crisi d'impresa, cit.*, pp. 326 ss.

³³¹ Dopo un susseguirsi di modifiche tale disciplina è stata modificata con la legge n.1547-2016.

- La procedura di *sauvegarde* è indirizzata all'imprenditore che si trova in difficoltà (sia esso un artigiano, un commerciante, un agricoltore, un libero professionista, una persona giuridica di diritto privato) purché non sia ancora sottoposto a procedura concorsuale e purché non abbia cessato i pagamenti; questa (ed il suo piano) hanno natura giudiziaria volontaria (in quanto attivabile solo su volontà del debitore); il piano che si propone ai creditori, detto *plan de sauvegarde*, cerca, pur riorganizzando l'impresa, di continuare l'attività, ordinare il passivo e garantire i livelli occupazionali; una volta verificati i presupposti soggettivi e oggettivi, il Tribunale apre la procedura, sentiti debitori e rappresentanti dei dipendenti o chiunque altro necessario a tale scopo; a questo punto un giudice delegato osserva per sei mesi (termine prorogabile per altri sei) la situazione e può, a seconda della richiesta dei creditori, nominare (nel numero massimo di cinque) dei controllori che aiutino i vari organi, un rappresentante dei creditori, due curatori e degli amministratori giudiziari³³²; durante questa procedura sarebbe possibile la continuazione dell'attività d'impresa, ma in qualsiasi momento ne può essere disposta la sospensione (se necessaria alla miglior riuscita del procedimento in corso, come nel caso in cui prima di adottare il piano di salvaguardia, sopraggiungendo l'insolvenza può convertire la procedura in risanamento); se viene meno il presupposto oggettivo (e cessano i pagamenti) la procedura può essere convertita in risanamento o in liquidazione; da questa procedura scaturiscono i divieti, effetti sospensivi e le conseguenze (anche per i contratti in corso) stabiliti ai sensi dell'art. L. 622-21 e quelli dell'art. L. 622 da 28 a 30 e dall'art L. 622-13; una volta stipulato il piano, il mandatario deve verificarne l'adesione o meno (anche tramite silenzio assenso) e se il piano ottiene il voto favorevole della metà degli aventi diritto al voto e dei due terzi del totale complessivo dei crediti, il Tribunale lo omologa (con l'ulteriore verifica del passivo da parte del giudice delegato); la durata massima dello stesso non può essere superiore a 10 anni (15 per l'imprenditore agricolo), anni in cui segue la nomina di un commissario che si occupa di verificare l'attuazione del piano da parte dei soggetti interessati;

³³² Il controllo svolto da quest'ultimi può essere o *a posteriori* (di semplice sorveglianza) ovvero *a priori* (di assistenza); cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 332 s.

il piano viene omologato con una sentenza opponibile *erga omnes* e se lo stesso viene eseguito il Tribunale lo accerta con sentenza (su richiesta del commissario), altrimenti si pronuncia la risoluzione o la conversione in liquidazione se sopraggiunge lo stato di insolvenza. Di durata più breve sono le procedure di *sauvegarde financière accélérée* e di *sauvegarde accélérée* in quanto richiedono la sola finalizzazione e adozione di un piano già negoziato³³³.

- La *procédure de conciliation* regolata dall'art. L. 611-4, permette al debitore in difficoltà giuridica, economica o finanziaria prevedibile o già avvenuta che non abbia cessato i pagamenti da più di 45 giorni e purché l'insolvenza non sia ancora manifesta, di cercare di addivenire ad una soluzione amichevole con i creditori, grazie al controllo del Tribunale (che continua a svolgere nel modello francese un ruolo fondamentale); il Tribunale dopo aver svolto una perizia del caso, nomina con decreto (non impugnabile) un *conciliateur*, ovvero un negoziatore/mediatore che non può né sostituirsi alla gestione dell'impresa né deve "dimenticare" di avere a disposizione un termine massimo di 4 mesi, prorogabile per ulteriori 30 giorni, in cui raggiungere una soluzione che preveda (nella migliore delle ipotesi) la conclusione di un accordo tra soggetto debitore e suoi creditori, pena l'automatico venir meno della procedura; se l'accordo non pregiudica i creditori estranei, può essere omologato dal Tribunale; l'accordo omologato sospende tutte le azioni esecutive o cognitive sui beni del debitore (per il tempo massimo della sua esecuzione); nel caso (negativo) in cui l'accordo sperato non è attuabile, il Tribunale conclude la procedura senza che la stessa prosegua³³⁴.

Si aggiunga da ultimo, avviandomi così alla conclusione della prima parte della dissertazione che, nel caso in cui l'imprenditore sia sottoposto a procedura di salvaguardia, risanamento o liquidazione, viene meno il diritto per lo stesso di vedersi omologato l'accordo (o cade di diritto l'accordo omologato), ma non il privilegio della

³³³ Lo spunto è stato tratto da S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 331 ss.

³³⁴ Si veda S. De Matteis, *cit.*, pp. 329 ss.

conciliazione e, dal canto loro, i creditori sono legittimati a recuperare tutti i diritti di loro proprietà³³⁵.

³³⁵ L'analisi si conclude con il cfr. con S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, *cit.*, pp. 329 s.

CAPITOLO II

COME CAMBIA LA DISCIPLINA IN TEMA DI CONCORDATO

SOMMARIO: *1. Premessa. Un imprinting sulle disposizioni in tema di concordato 2. Il concordato preventivo 2.1(segue) Il profilo strutturale della procedura 3. L'importanza della continuità aziendale 3.1 (segue) Il confronto con ciò che resta del concordato liquidatorio 4. Le offerte concorrenti e la disciplina del Cram down 4.1 (segue) Un'analisi maggiormente approfondita dei due istituti: le offerte concorrenti... 4.1.1...Il giudizio di Cram down 4.2 Il possibile conflitto di interessi fra creditori 5. Brevi cenni su altre tipologie di concordato: il concordato con riserva e il ruolo del pre-commissario 6. Breve conclusione*

1. Premessa. Un imprinting sulle disposizioni in tema di concordato.

Andando a proseguire la trattazione non dimentichiamo il principio guida a cui mi sono voluta ispirare, ovvero quello di fornire un'analisi di tutta la strumentazione che l'imprenditore/debitore ha a disposizione per prevenire la crisi o per limitare i danni, andando ad usare procedure alternative che relegano il fallimento in un angusto angolino. Detto ciò, il tema che andrò ad affrontare in questo secondo capitolo attiene alla procedura in tema di concordato preventivo, passando per il concordato con riserva, il concordato con continuità aziendale sino a "toccare" la disciplina del concordato liquidatorio.

Prima di addentrarmi nell'analisi dettagliata del concordato preventivo vorrei qui ricordare i principi di riforma della disciplina che si sono sviluppati tra gli anni 2006 e 2007 fino ad arrivare all'introduzione di qualche novità con il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

La maggior parte della disciplina del concordato preventivo del 2006/2007 è rimasta invariata con le ultime modifiche e la sua funzione principale viene rintracciata tanto nel d. l. 14 Marzo 2005, n. 35, successivamente modificato e convertito nella l. 14 Maggio 2005, n. 80, quanto nelle modifiche introdotte con il d. lg. 12 Settembre 2007, n. 169, in cui in sostanza si esplicita come la funzione dello stesso sia quella di assumere un ruolo importante (e principale) nel diritto fallimentare, lasciando alla procedura di fallimento (oggi liquidazione giudiziale) un ruolo marginale.

La procedura di concordato preventivo non è altro che una procedura avviata ad opera di un imprenditore (non minore) che permette di intraprendere una *composizione negoziale dell'insolvenza*, in quanto si basa su una proposta che deve essere

successivamente votata ed omologata dal tribunale (o più proposte concorrenti presentate dai creditori) e su un piano incline al superamento della crisi d'impresa tra debitore e creditori senza dimenticare che alla base resta sempre il principio del *soddisfacimento dei creditori* o tramite continuità aziendale o tramite liquidazione del patrimonio; non bisogna trascurare la possibilità che l'imprenditore si dà con questa procedura, ovvero quella di ridurre al minimo gli effetti e i danni della crisi per tutti i soggetti che in essa sono coinvolti cercando, da ultimo, di portare dei benefici in termini occupazionali e all'economia in generale; le finalità³³⁶ enunciate dall'84 CCII riprendono, come del resto abbiamo già visto nel capitolo precedente, le fila del discorso europeo³³⁷, in cui viene richiesto a tutti gli Stati membri non solo una soddisfazione degli interessi egoistici dei singoli creditori ma anche la *soddisfazione degli interessi* di cui beneficia l'economia in generale³³⁸.

Da ultimo non si dimentichi che la procedura di concordato preventivo, così come quella degli accordi di ristrutturazione e delle convenzioni di moratoria viene attivata quando la crisi è già manifesta, al contrario del piano di risanamento che viene utilizzato in via preventiva quando la crisi è prossima o prospettica; non si deve cadere tuttavia nell'inganno che le procedure anzidette non svolgano una funzione di prevenzione dell'insolvenza e che servono ad anticipare il manifestarsi della crisi³³⁹.

2. Il concordato preventivo.

Il concordato preventivo, pur restando pienamente ancorato alle norme della Legge Fallimentare, vede oggi un corpus di norme anche nel CCII, in particolare tra gli artt. 44 e 48, insieme ad altri istituti. Restando "immersi" nella sua natura, possiamo analizzare come all'interno del concordato preventivo convivano due nature³⁴⁰ (sostenute a loro volta

³³⁶ Obiettivi e fini dello stesso possono essere molteplici.

³³⁷ A tal riguardo il discorso può essere fatto mettendo alla luce quanto si evince dai primi *tre considerando* della Dir. UE 1023/2019 e ricordando l'obiettivo che il sistema europeo si prefigge ai *Considerando* n. 11 e 15, volendo creare un *mercato interno* tra gli Stati membri per cui si ritiene necessaria l'armonizzazione delle varie procedure, cfr. L. Boggio, *Gli strumenti di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza*, in (a cura di) G. Bonfante, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, *op. cit.*, p. 1988.

³³⁸ Lo spunto è qui stato preso da due autori, vedi L. Boggio, *op. cit.*, p.1988; V. Calandra-Buonaura, *Concordato preventivo*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, Annali II-2, 2008, p. 252.

³³⁹ Cfr. S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, *cit.*, p. 275.

³⁴⁰ In particolare, per quanto riguarda la natura giuridica dello strumento le teorie sono due: quella *contrattualistica* secondo cui lo strumento non è altro che un contratto tra debitore e creditori e quella *processualistica* secondo cui lo strumento del concordato preventivo è un procedimento il cui fine è quello di regolare l'esposizione debitoria con la supervisione dell'autorità giudiziaria, che da ultimo garantisce ai creditori dissenzienti di non vedere compromesso il patrimonio a loro destinato, v. S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 140 s.

da due correnti dottrinali diverse): la natura privatistica e quelle pubblicistica-giurisdizionale da cui, a loro volta, derivano due finalità dello strumento in questione: la *finalità* di conservazione e di risanamento dell'impresa con la facoltà per l'imprenditore di restare a capo del complesso aziendale-produttivo e la *finalità* di *cessio bonorum* che di contro permette di cedere l'intera proprietà in mano ad un terzo³⁴¹.

Tendenzialmente, pur preferendosi la natura non liquidatoria, oggi lo strumento fa convivere a pieno le due nature di conservazione e di risanamento dell'impresa da un lato e di liquidazione (come *extrema ratio*) dell'impresa ormai insolvente; la presenza delle due anime³⁴² è sorretta da un dato letterale importante che è quello del *presupposto oggettivo* necessario per avviare il procedimento in questione, ovvero la presenza di uno *stato di crisi* all'interno del quale si fa ricomprendere anche lo stato di *insolvenza*³⁴³ ex art. 160, comma 3 l. f.³⁴⁴.

Se ci focalizziamo per il momento sul presupposto oggettivo è, a mio avviso, meritevole osservare come, data la situazione, l'imprenditore in *stato di insolvenza* abbia a disposizione un'ampia scelta di procedure da usare rispetto all'imprenditore *in stato di crisi* poiché l'ultimo può solo accedere a soluzioni negoziali³⁴⁵ della crisi, mentre al primo è concesso l'accesso tanto alle soluzioni concordatarie quanto al fallimento (oggi liquidazione giudiziale): prevedere quale presupposto oggettivo entrambe le situazioni o meglio includervi anche lo stato di insolvenza dell'imprenditore porta ad un rischio significativo in quanto in prossimità dello stesso, lo stesso potrebbe porre in essere comportamenti "azzardati" e opportunistici che, in contrasto con gli interessi dei creditori e dell'impresa, non solo danneggiano ancora di più la situazione patrimoniale della stessa,

³⁴¹ S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 137 ss.

³⁴² Di contro, i lavori riformatori della Commissione Trevisanato del 2004 avevano previsto una netta contrapposizione fra le procedure di composizione concordata della crisi e le procedure di liquidazione concorsuale per quelle imprese ormai insolventi, v. V. Calandra-Buonaura, *op. cit.*, p. 254.

³⁴³ S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa, cit.*, p. 276, non è dello stesso avviso, in quanto ritiene che da un lato il non aver definito dettagliatamente lo *stato di crisi* ha portato ad un utilizzo abusivo del procedimento anche in ipotesi in cui la stessa incapienza patrimoniale sia stata simulata, dall'altro aver ricompreso nel presupposto oggettivo anche lo stato di insolvenza ha fatto sì che la procedura venga attivata il più delle volte quando è ormai troppo tardi; l'Autore si auspica che il legislatore possa nuovamente riformare la disciplina andando ad eliminare la seconda tipologia (quella di insolvenza) dal novero dei presupposti oggettivi.

³⁴⁴ Si veda S. De Matteis, *cit.*, pp. 137 ss.

³⁴⁵ Tra le soluzioni negoziali si annoverano il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazioni e le convenzioni di moratoria, v. S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa, cit.*, p. 137; Così facendo, secondo G. Terranova, *Insolvenza, stato di crisi e sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino 2013, p.81, il legislatore ha voluto dare un peso maggiore al concordato preventivo (e in generale alle soluzioni negoziali) quali strumenti per prevenire la crisi al fine di "mettere una toppa" per la non previsione delle procedure d'allerta.

ma non portano neppure al risultato sperato, ovvero il tempestivo uso³⁴⁶ del concordato preventivo³⁴⁷.

Pur rendendoci conto che il CCII fornisce due definizioni e contrappone lo stato di crisi a quello di insolvenza, si ritiene senza dubbio possibile alla luce dello stesso che il procedimento sia avviato in entrambi i casi; altra puntualizzazione inerente al presupposto oggettivo è che, pur essendo ammesse come presupposto oggettivo entrambe le situazioni, non tutte le tipologie di crisi (indistintamente) possano esservi assoggettate in quanto lo stesso comporta “importanti” sacrifici per i soggetti coinvolti³⁴⁸.

In definitiva si ritiene che le situazioni ammesse sono quelle di insolvenza o di temporanea difficoltà ad adempiere, cioè insolvenza reversibile (oltre allo stato di crisi così come definito anche dalla Commissione Trevisanato quale “*situazione patrimoniale, economica o finanziaria, tale da determinare il rischio di insolvenza*”) permettendo a tal riguardo di attivare la procedura di concordato preventivo in quelle ipotesi di sbilancio patrimoniale, squilibrio finanziario e andamento economico negativo, che preannunciano lo stato di insolvenza tra cui possono annoverarsi: una perdita di quote di mercato conseguente a uno strutturale eccesso di produzione, perdite incisive e rilevanti sul capitale netto, un incremento della posizione finanziaria e degli oneri finanziari o una riduzione dei flussi di cassa che potrebbe compromettere la liquidità dell’impresa³⁴⁹.

A ciò si aggiunga che la riforma del 2007 ha eliminato determinati vincoli in tema di merito e di minimo soddisfacimento per i creditori ed ha aggiunto requisiti in termini di celerità della procedura e di miglior soddisfazione dei creditori, garantendo al concordato preventivo la possibilità di plasmarsi per parecchie tipologie di crisi e la capacità di posizionarsi in cima al novero di tutte le procedure concorsuali, andandosi a preferire allo stesso fallimento (oggi liquidazione giudiziale)³⁵⁰.

³⁴⁶ Da un’analisi condotta dal Cerved, emerge che su sedici tribunali osservati, solo il 94% delle imprese depositano il ricorso per l’accesso al concordato preventivo dopo aver ricevuto una notifica per l’apertura del fallimento: questo porta ad una inutilizzabilità del concordato così come auspicato in quanto nell’85% dei casi la procedura viene avviata quando l’attività d’impresa è già cessata ed è impossibile un suo risanamento o, la stessa cessazione è prevista nel piano; inoltre nell’80% dei casi oggetto delle proposte è la cessione dei beni in virtù di una loro liquidazione. Con ciò si può concludere che i casi in cui le imprese, mantenendo la loro autonomia economico-finanziaria, riescono a tornare attive sul mercato sono davvero pochi, cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 139 s.

³⁴⁷ Cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 137 ss.

³⁴⁸ Cfr. V. Calandra-Buonaura, *cit.*, pp. 255 s.

³⁴⁹ V. Calandra-Buonaura, *op. cit.*, pp. 255 s.

³⁵⁰ Cfr. V. Calandra-Buonaura, *op. cit.*, pp. 253 s.

Prima di “tuffarci” nelle varie fasi del procedimento è giusto mettere in luce *la finalità* del concordato preventivo, che deve rintracciarsi nel *soddisfacimento dei creditori* o con la liquidazione del patrimonio o con la continuità aziendale³⁵¹; quest’ultima può essere tanto diretta (se il complesso aziendale resta in mano all’imprenditore), quanto indiretta (se il complesso aziendale viene trasferito in mano ad un terzo), in questo caso dovrà essere chiarita la *“utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile”* per ogni creditore³⁵².

L’*utilità* a cui si fa riferimento, può esplicitarsi anche nella semplice *“prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali”*³⁵³, purché i creditori siano soddisfatti in misura prevalente rispetto alla vendita del patrimonio; la finalità (del miglior soddisfacimento) che si rintraccia oggi all’art. 84 CCII non è la sola, in quanto abbiamo visto (nel paragrafo precedente) che con l’utilizzo di tale strumento l’imprenditore deve ridurre al minimo gli effetti negativi della crisi anche per altri soggetti quali gli stakeholders e per l’economia in generale³⁵⁴.

Nella lettura del Codice attuale non vi è più la richiesta di pagamento di una *soglia minima* per i creditori, con l’unica eccezione che si vedrà tra poco³⁵⁵ (rispetto a quanto previsto nel concordato liquidatorio) in quanto sono previsti diversi modi per “soddisfarli”; le proposte ai creditori si differenziano a seconda che il concordato preveda o meno la continuità aziendale; sono molteplici gli obiettivi messi a punto per raggiungere i diversi fini del concordato preventivo pur restando il *soddisfacimento dei creditori* quello principale³⁵⁶.

La novità, che in questo caso si può cogliere dalla riforma che ha interessato le procedure concorsuali, è questa “trasformazione” della finalità in quanto non è indispensabile che i creditori vengano soddisfatti tramite il pagamento dei debiti, ma è altresì possibile che ai sensi dell’art. 160, comma 1, lett. a) vi sia *“la ristrutturazione dei*

³⁵¹ Il fatto di usare la congiunzione “o” come sostenuto da L. Boggio, *Codice della crisi, cit.*, p. 1988, non richiede per forza un’alternatività ed un’incompatibilità tra continuità e liquidazione in quanto i creditori possono vedersi soddisfatti anche solo *“in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale”*, essendo comunque possibile un soddisfacimento anche grazie ai ricavi derivanti dalla liquidazione.

³⁵² L. Boggio, *cit.*, p. 1988.

³⁵³ L. Boggio, *op. cit.*, p. 1988.

³⁵⁴ Vedi L. Boggio, *op. cit.*, p. 1988; G. Lo Cascio, *Il codice della crisi, op. cit.*, p. 268.

³⁵⁵ In aggiunta, se l’impresa non riesce a garantire un minimo pagamento del credito, questa non può definirsi sana e di conseguenza se la stessa non è sana non può continuare l’attività d’impresa, da qui deriva l’impossibilità di applicare il requisito del minimo soddisfacimento alla disciplina del concordato con continuità aziendale, cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, p. 281.

³⁵⁶ Cfr. L. Boggio, *op. cit.*, p. 1988.

debiti e la soddisfazione dei crediti”, garantendo ampia autonomia al debitore nello scegliere la forma da inserire nella proposta concordataria nonostante il disposto dell’ultimo comma dell’art. 160 del decreto n. 83/2015 modificato e convertito nella l. n. 132/2015 specifica che *“in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento³⁵⁷ dell’ammontare dei crediti chirografari”³⁵⁸*; così facendo il legislatore ha voluto ridurre il ricorso al concordato liquidatorio, incentivando quelle tipologie che riescono a garantire il mantenimento dei livelli occupazionali e la continuità aziendale³⁵⁹; se a ciò si aggiunge che nella proposta devono essere tassativamente indicati i tempi e le modalità di adempimento ed anche *“l’utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile”* ecco che la “piena” libertà viene meno³⁶⁰.

La procedura viene avviata dall’imprenditore non minore (*presupposto soggettivo*); a tal proposito vorrei portare alla luce la Sentenza della Cass. Civile, Sez. I, 20 Febbraio 2020 n° 4329 in cui G. Bettazzi³⁶¹ nega la possibilità di accedere a procedure diverse dal fallimento per l’impresa cancellata dal registro delle imprese.

In particolare ciò che la dottrina si domandava era se le condizioni di ammissibilità per l’accesso alla procedura si riferissero ancora all’orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità, tuttavia quello che è emerso dalla giurisprudenza di merito è completamente diverso: il Tribunale di Pescara ha sostenuto come in virtù delle modifiche introdotte con la riforma, l’orientamento perseguibile non è più quello che è stato fino a tal momento adottabile (per cui si era sostenuta l’ammissibilità dell’accesso alla procedura) e questo *in primis* perché le modifiche hanno riguardato la portata letterale dell’art. 181 l. f. in cui è stata eliminata la declaratoria d’ufficio, in secondo luogo perché, eliminando dall’art. 160 l. f. la locuzione *“fino a che il suo fallimento non è stato dichiarato”*, adesso non si può estendere al concordato preventivo l’arco temporale in cui è possibile dichiarare il fallimento dell’imprenditore cancellato dal registro delle imprese ed infine

³⁵⁷ Rispetto alla disciplina previgente a cambiare è la percentuale che prima si attestava al 40%, vedi V. Calandra-Buonaura, *Enciclopedia del diritto*, cit., p. 256.

³⁵⁸ La previsione di tale soglia minima che si applica ai soli procedimenti avviati dopo l’entrata in vigore della l. n. 132/2015 ha il chiaro scopo di prevedere che se il debitore ha una situazione patrimoniale *“ancora capiente”* ma non completamente sufficiente può tempestivamente richiedere l’accesso ad una procedura concorsuale i cui effetti gioveranno sia ai creditori sia all’impresa, cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 281 s.

³⁵⁹ Cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, p. 278.

³⁶⁰ Cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 141 ss.

³⁶¹ G. Bettazzi, *Inammissibilità dell’accesso al concordato preventivo da parte dell’impresa cessata, in il Fallimento*, 7, 2020.

perché, ex art. 160 l. f., essendo obbligatorio allegare una documentazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, questa deve essere ancora attiva e non già cancellata dal registro delle imprese³⁶².

Inizialmente quanto sostenuto da suddetto Tribunale sembrava una goccia in mezzo ad un oceano, ma con l'introduzione del concordato c.d. "in bianco", che ha il chiaro obiettivo di "*neutralizzare, almeno temporaneamente, le iniziative per la dichiarazione di fallimento assunte da creditori e pubblici ministeri*", la stessa ha fatto nuovamente la sua apparizione e la giurisprudenza di legittimità con la Sent. Cass., SS. UU., 15 Maggio 2015, n. 9935 ha affermato "*non solo che, a seguito della cancellazione della società dal registro delle imprese, e conseguente estinzione dell'ente, viene meno la legittimazione a presentare la domanda di accesso alla procedura concorsuale minore, ma pure che la consapevole decisione degli organi sociali di dar corso alla cancellazione, evidentemente in presenza di obbligazioni non soddisfatte, comporta la rinuncia al concordato preventivo*" (testualmente quello che si evince dalla sentenza è che "*alla società che ha cessato la propria attività d'impresa, tanto da essersi cancellata dal Registro, l'accesso alla procedura concorsuale minore è dunque precluso ipso facto, atteso il venir meno del bene al cui risanamento il concordato tende*")³⁶³.

Richiamando lo stesso Autore, altro principio sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità è quello dell'*alternatività prevalente della procedura concordataria su quella fallimentare*: questo principio ha sollevato delle incongruenze in quanto, per virtù dello stesso, il Tribunale di Verona si è reputato legittimato a concedere ad una società cancellata la possibilità di accedere al concordato preventivo, sostenendo che la domanda di accesso allo stesso avesse efficacia sospensiva nei confronti del termine annuale per dichiarare fallimento ex art. 10 l. f.³⁶⁴.

A ciò non dimentichiamo di aggiungere che l'impossibilità di accesso alla procedura di concordato per l'impresa cessata non viene considerata incostituzionale ai sensi degli artt. 3 e 24 della Cost. come era stato sollevato, in quanto la Consulta ha sostenuto, che essendo una società cancellata ed estinta, la stessa è priva della legittimazione necessaria per procedere; questo principio viene ribadito anche nell'art. 33 CCII, ultimo comma in

³⁶² Si veda G. Bettazzi, *op. cit.*, p. 953 s.

³⁶³ G. Bettazzi, *cit.*, pp. 953 s.

³⁶⁴ Di contro tale termine suddetto non può essere sospeso o interrotto se il concordato non dà effetti positivi ed essendo già maturato il periodo annuale decorrente dalla cancellazione, il Tribunale non ha potuto dichiarare il fallimento dell'impresa debitrice, v. G. Bettazzi, *op. cit.*, p. 954.

cui viene meno la possibilità³⁶⁵ per l'imprenditore cancellato di accedere alle procedure alternative, quali il concordato preventivo o l'omologazione degli accordi di ristrutturazione in quanto, qualora si ammettesse la possibilità di accesso alla procedura per l'imprenditore cancellato, si rischierebbe che nelle more del procedimento maturasse il termine di un anno per l'assoggettamento al fallimento, rischiando di incorrere nelle conseguenti misure sanzionatorie e penali che ad oggi seguono la dichiarazione di fallimento e che chiaramente, con la cancellazione dal registro delle imprese, si vuole evitare³⁶⁶.

Concentrandoci adesso sul piano strutturale, lo strumento in esame è formato da una proposta che a sua volta si fonda su un piano, fattibile e attestato da un professionista indipendente, rivolto ai creditori (che possono essere suddivisi in classi) che possono approvare, rigettare o presentare proposte concorrenti³⁶⁷ a quelle del debitore, purché tanto nella fase di accesso alla procedura quanto in quella di omologazione, il tribunale verifichi il rispetto della legge ed il regolare svolgimento della procedura; è altresì di competenza del debitore l'onere di fornire tutte le informazioni necessarie circa le cause della crisi, i tempi, le modalità di attuazione del piano, gli illeciti che hanno danneggiato il patrimonio o da ultimo il da farsi in caso di non concordanza tra gli obiettivi prefissati e quelli raggiunti (ovvero la previsione di un piano B), purché il tutto sia già specificato nella domanda, approvato dai creditori e omologato dal tribunale³⁶⁸.

2.1 (segue) Il profilo strutturale della procedura.

Addentrando nel contenuto della proposta concordataria la stessa prevede forme quali l'accollo, l'assunzione degli obblighi da parte di un terzo e l'obbligo per un assunto di compiere le attività dell'impresa del debitore o operazioni straordinarie: il

³⁶⁵ La Corte ha sostenuto che questa impossibilità di accesso, al di là dei profili formali è dovuta alla natura dello strumento, che ha il chiaro obiettivo di risanare l'impresa (cosa impossibile per un'impresa ormai cancellata che ha quindi deliberatamente interrotto l'attività commerciale) cfr. G. Bettazzi, *op. cit.*, pp. 955 s.

³⁶⁶ Cfr. G. Bettazzi, *op. cit.*, pp. 955 ss.

³⁶⁷ Per ciò che riguarda le stesse, le ultime modifiche introdotte dal legislatore prevedono delle limitazioni per la loro presentazione (così da garantire al debitore maggior peso durante la procedura se lo stesso abbia tempestivamente attivato gli strumenti di allerta ovvero se ha tempestivamente richiesto l'accesso ad un procedimento di allerta o la composizione concordata della crisi): in tale ipotesi, la possibilità di presentare proposte concorrenti non vede la luce anche qualora "*il debitore abbia presentato una proposta di concordato liquidatorio, offrendo un pagamento non inferiore al 20% ai creditori chirografari*", v. L. Boggio, *cit.*, p.1989.

³⁶⁸ Cfr. L. Boggio, *op. cit.*, p. 1989; lo stesso autore aggiunge che tale possibilità non deve essere data per scontata, in quanto porta ancora una volta alla luce il *favor* del legislatore per le soluzioni concordatarie della crisi rispetto alla liquidazione giudiziale che resta l'*extrema ratio*.

ruolo di assuntore può essere svolto non solo da un terzo ma anche dai creditori stessi della società o da società partecipate o da questi costituite a tale scopo³⁶⁹.

È possibile che lo stesso limiti il suo operato anche verso una parte delle obbligazioni dell'impresa debitrice ed allo stesso modo le attività che gli vengono cedute, possono riguardare una sola parte delle attività dell'impresa debitrice; per quanto di sua competenza circa le operazioni straordinarie, ex art. 160, comma 1, lett. a), le stesse possono consistere in fusione o scissione che permettano di trasferire attività e indebitamento ad un soggetto diverso dal debitore che a lui si sostituisce o si aggiunge nello svolgimento delle operazioni necessarie per soddisfare i creditori nel modo e con le misure previste dalla proposta³⁷⁰.

Grazie alla riforma del 2012, oggi il concordato preventivo può garantire la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori sia tramite le modalità elencate all'art. 160 l. f. sia tramite la continuità aziendale (come visto diretta o indiretta), regolata ai sensi dell'art 186 *bis* l. f. (da qui la disciplina del concordato con continuità che analizzeremo fra poco), che assicura la possibilità di mantenere il *going concern value* purché funzionale al soddisfacimento dei creditori (così mantenere la continuità diventa un mezzo e il soddisfacimento dei creditori resta il fine)³⁷¹.

Il debitore, nel presentare la domanda per accedere alla procedura di concordato preventivo, deve rivolgersi con ricorso al tribunale del luogo in cui si trova la sede principale dell'impresa inserendo nella stessa una serie di dati ed elementi necessari al fine di valutare la fattibilità e la convenienza della procedura; è necessario che la stessa sia attestata da un soggetto indipendente³⁷² ai sensi del terzo comma dell'art. 161 l. f.³⁷³.

È evidente come il ruolo del professionista sia abbastanza importante poiché, da un lato deve predisporre la relazione diligentemente, dall'altro deve farsi carico di responsabilità nei confronti dei soggetti interessati alla documentazione, i quali possono chiedere che vi sia fatto riferimento in caso di falsità o colposa inattendibilità dell'attestazione sia nel caso di mancata approvazione della proposta (perché la procedura

³⁶⁹ Cfr. V. Calandra-Buonaura, *cit.*, pp. 256 ss.

³⁷⁰ Si veda per il riscontro V. Calandra-Buonaura, *op. cit.*, pp. 256 ss.

³⁷¹ Cfr. S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa, cit.*, pp. 145 s.

³⁷² Lo stesso deve essere iscritto al registro dei revisori contabili e possedere i requisiti richiesti all'art. 28 lett. a) e b) per il curatore. Per quanto attiene al requisito di indipendenza, con un cambio di rotta ultimamente si sostiene che lo stesso non condiziona l'ammissibilità e la regolarità della domanda, per cui è possibile che il professionista sia un soggetto che abbia precedentemente assistito il debitore, cfr. V. Calandra-Buonaura, *op. cit.*, pp. 260 s.

³⁷³ V. V. Calandra-Buonaura, *op. cit.*, p. 261.

è stata inutilmente aperta) sia nel caso in cui la relazione abbia indotto i creditori a votare una proposta non realizzabile, nonostante giungano successivamente i provvedimenti di ammissione e di omologazione (che non coprono la responsabilità in questione); ancora, ai sensi dell'art 2236 c.c., il professionista verifica la corrispondenza tra i dati aziendali forniti e quanto emerge dalle scritture contabili, esprime un giudizio circa la fattibilità del piano e la realizzazione del soddisfacimento dei creditori, del risanamento o della liquidazione dell'impresa³⁷⁴.

La domanda di concordato, in virtù di quanto stabilito dal terzo comma dell'art. 12 nel d. lg. n. 169/2007, viene presentata al pubblico ministero (anche se non è più necessario il suo parere, previsto inizialmente ai sensi dell'art. 162 l. f.) solo in funzione del fatto che lo stesso può dare inizio alla procedura di fallimento in seguito alla mancata approvazione della proposta concordataria³⁷⁵.

Il ruolo che svolge in questa fase l'autorità giudiziaria verso la documentazione richiesta è quella di un controllo sostanziale sia per l'esistenza o meno dei presupposti di accesso e sia per la documentazione presentata, negando invece la possibilità di controllo di merito circa la fattibilità del piano³⁷⁶.

Come conseguenza non è stata accolta la tesi restrittiva (circa il controllo messo in atto dall'autorità giudiziaria) in quanto è stato eliminato il riferimento dall'art. 163 l. f. circa la "*verifica della completezza e della regolarità della documentazione*" e di contro, è stato formulato nuovamente l'art. 162 prevedendo che "*spetta al tribunale verificare la ricorrenza dei presupposti di cui agli art. 160 commi 1 e 2 e 161, con la facoltà di concedere al debitore un termine, non superiore a quindici giorni, per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti*"³⁷⁷.

Una volta verificati i presupposti anzidetti, se il giudizio del tribunale è positivo, questa prima fase si conclude con un decreto (non reclamabile) che apre la procedura vera e propria, se di contro il tribunale si esprime in modo negativo con decreto (non reclamabile), dopo l'audizione del debitore in camera di consiglio, dichiara la procedura inammissibile e se, in aggiunta a ciò, risultano verificati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l. f. con sentenza soggetta a reclamo viene aperta la procedura di fallimento³⁷⁸.

³⁷⁴ Cfr. V. Calandra-Buonaura, *op. cit.*, pp. 260 ss.

³⁷⁵ Cfr. V. Calandra-Buonaura, *cit.*, p. 261.

³⁷⁶ Per il confronto si veda V. Calandra-Buonaura, *cit.*, pp. 261 ss.

³⁷⁷ V. Calandra-Buonaura, *op. cit.*, pp. 261 ss.

³⁷⁸ Si veda per i dettagli V. Calandra-Buonaura, *cit.*, pp. 261 ss.

Il decreto che dà inizio alla procedura prevede la nomina degli organi della procedura, la convocazione dei creditori e il termine (massimo di 15 giorni) per depositare in cancelleria almeno il 50% delle spese che saranno necessarie alla procedura³⁷⁹.

Dal deposito della domanda fino al decreto di apertura della procedura, il debitore viene spossessato in modo attenuato dei suoi beni, con la possibilità per lo stesso di compiere i soli atti urgenti di straordinaria amministrazione (previa autorizzazione del tribunale a pena di inefficacia degli stessi) e con la pubblicazione della domanda saranno “cristallizzati” tutte le situazioni giuridiche; di contro dall’apertura della procedura e fino alla sua omologazione, è possibile che il tribunale autorizzi anche atti non urgenti (rammentando sempre la funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori); nel caso in cui il debitore non rispetti le limitazioni imposte ai poteri da lui esercitabili, è possibile aprire un procedimento di revoca dell’ammissione al concordato³⁸⁰.

Apertasi la procedura di concordato, i rapporti pendenti continuano a proseguire, con la possibilità per il debitore di chiedere la loro sospensione ai sensi dell’art. 169 *bis* l. f. al tribunale (in seguito all’ammissione alla procedura l’autorizzazione può essere data dallo stesso giudice delegato) nel caso in cui la loro continuazione arrechi danno al piano e si scontri con l’esecuzione dello stesso; la sospensione richiesta dal debitore non può essere superiore a sessanta giorni (con la possibilità di prorogare suddetto termine una volta sola): nel caso in cui la sospensione avvenga, il contraente ha diritto a chiedere un indennizzo conseguente all’inadempimento del debitore, diventando il suo credito come anteriore al concordato (lo stesso verrà pagato in “moneta concordataria” in base ai tempi e ai modi stabiliti dalla proposta)³⁸¹.

Per avere lo scioglimento dei rapporti è necessario che siano stati proposti tanto il piano che la proposta, stabilendo contemporaneamente anche l’eventuale indennizzo da corrispondere alla controparte; accedere ad una procedura di concordato non fa venir meno la prosecuzione dei rapporti con la P.A. (se il piano attestato risulta conforme e se la prosecuzione dei rapporti è funzionale all’esecuzione dello stesso)³⁸².

La possibilità di sciogliere i contratti pendenti non può avere ad oggetto né la clausola compromissoria né tanto meno i rapporti di lavoro subordinato, il contratto preliminare di vendita di immobili ai sensi del comma 8 dell’art. 72 l. f. e i contratti di

³⁷⁹ Si veda a tal riguardo V. Calandra-Buonaura, *op. cit.*, pp. 261 ss.

³⁸⁰ Cfr. L. Boggio, *cit.*, pp. 1989 s.

³⁸¹ M. Rubino, *Gestione delle procedure concorsuali, op cit.*, p. 101.

³⁸² Per lo spunto si veda G. Lo Cascio, *op. cit.*, p. 270.

locazione immobiliare per i quali il debitore è il locatore dell'immobile; la norma in esame dando la possibilità al debitore stesso di scegliere quali rapporti portare avanti e quali no, consentirà allo stesso verosimilmente di mantenere i soli rapporti contrattuali funzionali (ed indispensabili) per l'esecuzione del piano concordatario³⁸³.

Eccoci giunti ad una delle principali fasi del procedimento, ovvero quella di votazione e omologazione:

- per quanto riguarda la *fase di votazione*³⁸⁴, i tempi sono stabiliti nel decreto di apertura e le modalità sono stabilite dal commissario giudiziale. La votazione avviene tramite invio, via p. e. c., da parte del creditore del voto al commissario giudiziale il cui oggetto riguarderà tutte le proposte presentate dal debitore e dai creditori; il concordato si intende approvato se viene dato voto favorevole dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi, fermo restando che, in caso in cui un creditore possieda più del 50% dei crediti ammessi, lo stesso sarà approvato se viene raggiunta la maggioranza per teste dei voti espressi dai creditori ammessi al voto; da ultimo se i creditori sono suddivisi in classi, sarà necessario che il concordato venga approvato se la maggioranza dei crediti ammessi si raggiunge nel maggior numero di classi;
- conclusa la votazione, il commissario redige e deposita presso la cancelleria una relazione in cui gli scenari che si possono avere sono due: se nessuna proposta viene approvata, il tribunale pronuncia tanto la chiusura del procedimento quanto l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale (se vi sia istanza del soggetto legittimato a presentarla), se invece una delle proposte viene approvata³⁸⁵, il tribunale procede all'omologazione³⁸⁶ (che ai

³⁸³ Cfr. M. Rubino, *cit.*, p. 101.

³⁸⁴ Nei quindici giorni che precedono la votazione sarà necessario che il commissario giudiziale presenti, per mezzo di una relazione, le proposte definitive del debitore e dei creditori; così facendo è data la possibilità, dieci giorni prima della votazione, al debitore, ai creditori proponenti, ai coobbligati, ai fideiussori e agli obbligati di regresso, di far presente gli aspetti per cui non concordano tramite p. e. c. allo stesso commissario; vedi G. Lo Cascio, *op. cit.*, p. 271.

³⁸⁵ In caso di parità, il commissario rimette alla votazione la proposta del debitore, o se trattasi di parità tra le proposte dei creditori, rimette al voto quella che è stata presentata per prima, cfr. G. Lo Cascio, *op. cit.*, p. 271.

³⁸⁶ L'omologazione da parte del tribunale è prevista anche nel caso in cui, pur giungendo opposizione dai creditori che rappresentino il 20% dei crediti ammessi, lo stesso ritiene che il credito verrà soddisfatto in misura non inferiore rispetto a quanto si possa ottenere con la liquidazione giudiziale; cfr. G. Lo Cascio, *op. cit.*, p. 272.

sensi dell'art. 181 deve avvenire nel termine massimo di nove mesi decorrenti dal decreto di ammissione della stessa) verificando i requisiti di regolarità della procedura e quelli di ammissibilità e di fattibilità; inoltre il tribunale dovrà acquisire parere motivato da parte del commissario giudiziale sentendo in udienza il debitore e gli eventuali opposenti; una volta omologato, il concordato sarà vincolante per quei creditori anteriori alla pubblicazione della domanda nel Registro e verrà meno per gli stessi la possibilità di contestare le operazioni di scissione, trasformazione o fusione, così che l'omologazione andrà a sostituire le opposizioni ammesse ex artt. 2500 *novies* c.c., 2503, comma 2 c.c., 2506 *ter*, comma 5 c.c.

- la terza ed ultima fase è quella successiva all'omologazione in cui se oggetto della proposta approvata sia la cessione dei beni, sarà necessario rimetterla ad un liquidatore giudiziale (nominato dal tribunale) che verrà assistito da un comitato di creditori e che renderà le vendite e gli atti soggetti alle prescrizioni pubblicitarie; l'esecuzione del concordato avviene sotto il perenne controllo del commissario giudiziale, che nel caso di approvazione di una proposta concorrente (in cui si richiede la collaborazione del debitore) può sostituirsi al debitore inadempiente, fino a che nei casi più gravi, possa nominarsi un amministratore giudiziario³⁸⁷.

3. L'importanza della continuità aziendale.

La procedura di concordato preventivo con continuità aziendale è stata introdotta dall'art. 186 *bis* l. f. ad opera del D.L. 83/2012, ovvero il Decreto Sviluppo, che a sua volta è stato modificato e convertito nella L. 134/2012.

La necessità di introdurre questa tipologia di concordato preventivo prendeva le mosse da una visione più dinamica dell'impresa che non è solo formata da componenti materiali ma anche da quelle immateriali³⁸⁸, le c.d. *intangibles*, che attribuiscono un valore importante all'impresa considerata nel suo insieme ma che, d'altro canto, in caso di liquidazione del complesso aziendale non vedono la luce (in quanto invendibili): da questo deriva che l'impresa deve essere considerata come un complesso di beni, diritti e risorse

³⁸⁷ L'analisi è stata eseguita grazie al cfr. con G. Lo Cascio, *Il Codice della crisi*, cit., pp. 271 ss.; ancora cfr. L. Boggio, *cit.*, 1989 ss.

³⁸⁸ Tra le componenti immateriali vi sono il *know-how*, l'avviamento, l'organizzazione interna o altro.

umane ognuno con un loro valore importante da considerare nel caso in cui si voglia intraprendere una procedura concorsuale³⁸⁹.

Questa visione (che inizialmente era prevista solo per il fallimento) portò a pensare che fosse necessaria una cessione unitaria dell'azienda e non una vendita atomistica a patto che tale visione si estendesse anche al concordato preventivo che, a differenza della procedura fallimentare, ha il chiaro intento di risanare l'impresa³⁹⁰: per soccorrere a questo problema venne introdotto l'art 186 *bis*.

Funzione principale dell'istituto in esame sembra essere quella di “*garantire l'unità operativa dei complessi gestiti dallo stesso imprenditore-nella prospettiva che l'impresa ritorni a produrre utili, in modo da poter superare la crisi e proseguire la gestione dell'attività risanata-o da trasferire a terzi, nell'ottica non più della sola conservazione e risanamento diretto dell'impresa, ma della riallocazione sul mercato della stessa, affinché il nuovo imprenditore utilizzi il complesso aziendale acquistato, dopo averlo opportunamente riorganizzato*”³⁹¹.

Di seguito la Legge Delega 155/2017 ha richiesto, sulla scorta della Direttiva UE 1023/2019³⁹², che il sistema si basasse su una conservazione dei valori aziendali e sulla prosecuzione dell'attività (che abbiamo visto essere o diretta se in capo allo stesso debitore o indiretta se in capo a terzi), cercando di andare ad anticipare l'emersione della crisi.

Passando alla nozione di concordato in continuità, così come esplicitata dall'art. 186 *bis* l. f. è necessario che nel rispetto delle norme di cui al secondo comma, lett. c.) dell'art. 161³⁹³ (norme generali circa il contenuto del piano di concordato preventivo) vengano previsti (alternativamente):

³⁸⁹ Si veda S. De Matteis, *op. cit.*, p. 146.

³⁹⁰ Pur essendo l'obiettivo del concordato quello di ristrutturare i debiti e soddisfare i crediti in qualsiasi forma come sancito dal comma 1 dell'art.160 l. f., non vi erano articoli specifici nella l. f. circa il caso specifico di prosecuzione dell'attività d'impresa, cfr. M Rubino, *Gestione delle procedure concorsuali, op cit.*, pp .79 s.

³⁹¹ Per il cfr. S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa, cit.*, p. 146.

³⁹² L'art. 4 di suddetta Direttiva richiede l'obbligo agli Stati Membri, in presenza di uno stato di probabile insolvenza, di adoperarsi tramite l'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva, in modo tale che grazie agli stessi si possa recuperare la sostenibilità economica, i posti di lavoro e l'attività d'impresa, cfr. R. Brogi, *Il concordato in continuità aziendale nel codice della crisi*, in *il Fallimento*, 7, 2019, p. 846.

³⁹³ Il fatto che la documentazione prevista dall'art.161, ovvero il piano concordatario, sia richiamato fa comprendere come il concordato in continuità non sia una tipologia a sé stante, bensì una specificazione del concordato preventivo, in cui a fare la differenza è il contenuto della proposta, vedi M. Rubino, *op. cit.*, p. 79.

- i. la prosecuzione dell'attività in capo al medesimo soggetto che ha richiesto il concordato;
- ii. la cessione dell'azienda in esercizio;
- iii. il conferimento dell'azienda in esercizio ad una o più società, anche all'uopo costituite³⁹⁴.

Intraprendere la procedura disciplinata dall'art. 186 *bis* l. f. se da un lato richiede degli impegni quali indicare costi e ricavi attesi dalla prosecuzione, indicare le risorse finanziarie necessarie e il modo in cui verranno coperte, indicare la veridicità ai sensi del terzo comma dell'art.161 dei dati aziendali e della fattibilità del piano ed infine indicare la funzionalità della prosecuzione dell'attività d'impresa al soddisfacimento dei creditori, dall'altro consente al debitore di ottenere importanti vantaggi competitivi quali:

- i. ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 160, introdotto dal d. l. 83/2015, convertito in l. 132/2015, la possibilità nel solo concordato in continuità di poter pagare i creditori chirografari anche in misura inferiore al 20%, rispetto a quanto previsto per le altre tipologie³⁹⁵;
- ii. la possibilità di chiedere la moratoria ai sensi dell'art. 86 CCII fino a due anni (prima prevista di un anno) dall'omologazione, per i crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca con la possibilità, per i creditori, in questi casi di esperire il diritto di voto per la differenza fra il credito maggiorato degli interessi legali e il valore dei pagamenti previsti nel piano concordatario al momento di presentazione della domanda, salvo il caso in cui sono interessati dalla liquidazione i beni oggetto della causa di prelazione (eccetto l'allungamento del termine da uno a due anni la norma richiama il comma 2, lett. c dell'art. 186 *bis*)³⁹⁶;
- iii. la possibilità che i contratti, anche quelli stipulati con la P.A., in corso al momento del deposito della domanda non vengono risolti per la sola apertura della procedura, pena l'inefficacia ex lege dei patti contrari; in questo modo il debitore sarà da un lato libero di scegliere quali rapporti contrattuali portare avanti e quali

³⁹⁴ Cfr. M. Rubino, *op. cit.*, p.79.

³⁹⁵ L'ultimo comma dell'art. 160 l. f. recita, con eccezione per i concordati in continuità, “*In ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari*”. La norma del 20% pare riferirsi all'intero ammontare dei crediti chirografari e nel caso in cui sia ulteriormente prevista la divisione in classi dei crediti chirografari, alcune delle stesse potrebbero avere un pagamento inferiore al 20% poiché in questo caso la soglia percentuale del 20 si riferisce alla media ponderata delle percentuali di pagamento, cfr. M. Rubino, *op. cit.*, p. 201.

³⁹⁶ Cfr. R. Brogi, *op. cit.*, p. 854.

no e d'altro potrà continuare a portare avanti quei contratti che reputa funzionali e strumentali al proseguimento dell'attività d'impresa (così facendo l'altro contraente non potrà avvalersi della presentazione di una domanda di concordato come causa di scioglimento del rapporto contrattuale);

- iv. ai sensi del comma 4 dell'art. 182-*quinquies* è prevista la possibilità per il debitore di chiedere al tribunale l'autorizzazione al pagamento dei crediti anteriori alla presentazione della domanda aventi ad oggetto beni e servizi essenziali e funzionali perché l'attività d'impresa prosegua (l'*essenzialità* dei crediti deve essere attestata da un professionista, salvo il caso in cui il pagamento avviene con risorse finanziarie date al debitore senza alcun tipo di obbligo per la restituzione o con restituzione postergata), in quanto in tale ipotesi non verrebbero sottratte risorse dal patrimonio per pagare tali creditori³⁹⁷.

Passando ora alle tipologie di concordato preventivo con continuità aziendale ne esistono diverse.

Ai sensi dell'art. 163 l. f. la procedura si apre con decreto del tribunale e, post votazione e approvazione da parte dei creditori, si procede alla sua omologazione sempre con decreto del tribunale ai sensi dell'art. 180 l. f.; l'ultima fase sarà quella esecutiva.

Nel periodo intercorrente tra il deposito del ricorso e l'esecuzione del concordato, il debitore conserverà ai sensi dell'art. 167 l'amministrazione del suo patrimonio e l'esercizio d'impresa per i soli atti ordinari purché venga vigilato da un commissario giudiziale, a differenza degli atti di straordinaria amministrazione che richiedono sempre l'autorizzazione del giudice delegato; in questa prospettiva si rintraccia la prima tipologia ovvero quella di continuità diretta; questa tipologia, essendo una fase c.d. interinale e non il contenuto del piano stesso, non richiede che sia predisposta un'indicazione dei costi e dei ricavi attesi³⁹⁸.

L'imprenditore, andando a proseguire personalmente l'attività d'impresa, vorrà mantenere il valore dell'azienda al fine tanto di risanare l'impresa (al termine del piano) e rilanciare l'attività, quanto di realizzare nel miglior modo possibile alcuni beni aziendali, specie il magazzino: nella prima ipotesi verrà salvaguardato il valore del complesso aziendale e la sua unitarietà, mentre per la seconda ipotesi sarà necessario riferirsi alla

³⁹⁷ Cfr. M. Rubino, *op. cit.*, p. 80. In aggiunta, oltre a tali vantaggi ne sono previsti alcuni specifici per le imprese che operano con la P.A.

³⁹⁸ Cfr. M. Rubino, *cit.*, pp. 81 ss.

disciplina del concordato liquidatorio (o di quello che resta), pur preferendo alla fine annoverare questa ipotesi tra i concordati in continuità (con conseguente obbligo di indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione e di attestazione da parte di un professionista della fattibilità del piano e della funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori) in quanto obiettivo primario resta la prosecuzione dell'attività³⁹⁹.

Altra tipologia di concordato in continuità è quello caratterizzato dal principio di continuità *indiretta* o oggettiva che consiste nella prosecuzione dell'attività in capo ad un soggetto terzo diverso dal debitore; a sua volta la stessa si suddivide nell'ipotesi di cessione dell'azienda in funzionamento o di conferimento dell'azienda ad una o più società anche all'uopo costituite⁴⁰⁰.

La cessione dell'azienda o di un ramo di essa avviene tramite corrispettivo prestabilito e condizionato al buon esito dell'omologazione; la cessione può anche essere preceduta dalla stipula di un contratto d'affitto, con la possibilità per l'affittuario di impegnarsi ad acquistare l'azienda al termine del contratto e a condizione del buon esito del giudizio di omologazione⁴⁰¹.

Nel successivo paragrafo abbiamo affrontato le criticità che da questa tipologia di concordato possono derivare nel caso in cui ad essere ceduto o conferito è una parte importante del patrimonio, non in senso assoluto (in quanto parte dei beni potrebbero essere realizzati autonomamente dal debitore) da cui deriva la problematica del concordato c.d. "misto"⁴⁰².

A prescindere dalla tipologia di concordato utilizzato, nel caso in cui l'obiettivo sia quello di continuità, un ruolo estremamente importante (più per le ipotesi di continuità indiretta che di quella diretta) è svolto dalla relazione analitica dei costi e ricavi attesi e delle risorse finanziarie da impiegare (per l'appunto dalla prosecuzione dell'attività d'impresa) ai sensi del comma 2 dell'art. 186 *bis* l. f.; il ruolo della stessa si differenzia a seconda che siamo in presenza di cessione ad un terzo o di conferimento ad una società:

- nel primo caso (quello di *cessione ad un terzo*) il debitore, spogliandosi di una parte di patrimonio, chiede in cambio un corrispettivo su cui potranno

³⁹⁹ Si veda M. Rubino, *cit.*, pp. 81 ss.

⁴⁰⁰ M. Rubino, *op. cit.*, pp. 84 ss.

⁴⁰¹ Per favorire la positiva prosecuzione dell'attività in capo al terzo (anche a fronte di una continua fiducia da parte della clientela) è possibile che insieme alla cessione dell'azienda venga ceduto la denominazione e il marchio della stessa, cfr. M. Rubino, *op. cit.*, p. 85.

⁴⁰² M. Rubino, *op. cit.*, pp. 84 ss.

soddisfarsi i creditori, portando così alla separazione del destino dell'azienda ceduta rispetto a quello del debitore in concordato; tuttavia in questo caso sarà necessaria l'indicazione analitica dei costi e dei ricavi perché se è pur vero che avviene una tale separazione, è altrettanto vero che il prezzo che il terzo cessionario sarà disposto a pagare dipenderà dai costi e dai ricavi che si attenderanno dalla prosecuzione dell'attività;

- nel secondo caso (quello di *conferimento*) pur spogliando il debitore di una parte del patrimonio, il suo destino non sarà totalmente separato da quello dell'azienda offerta in conferimento in quanto lo stesso non riceverà alcun corrispettivo in cambio; lo stesso diventerà socio dell'azienda conferita ad una o più società e, da ultimo, le condizioni dell'andamento della ceduta influenzeranno il risultato d'esercizio e la situazione patrimoniale e conseguentemente anche la quota detenuta dal debitore⁴⁰³.

Continuando a prestare attenzione sulla seconda ipotesi, ai creditori potrebbero giungere vantaggi diversi (in termini di soddisfacimento) a seconda della finalità che si intende perseguire: se si intende alienare l'azienda sul mercato il ricavato ottenuto sarà distribuito tra i creditori, mentre se si intende attribuire ai creditori una quota di partecipazione nell'azienda a cui viene conferita l'azienda in concordato, i creditori riceveranno una soddisfazione maggiore dalla prosecuzione dell'attività rispetto alla sua liquidazione⁴⁰⁴.

Avendo parlato di indicazione analitica dei costi e dei ricavi attesi è altresì opportuno valutare quale arco temporale la stessa vada a coprire distinguendo il caso della continuità diretta da quella indiretta: l'arco temporale nel primo caso corrisponde quello dell'intero piano verificando durante tutto l'arco temporale che i proventi siano soddisfacenti per i creditori; nel secondo caso l'arco temporale da considerare sarà quello del momento in cui verrà pagato l'intero prezzo di cessione o quello in cui avverrà definitivamente la cessione dell'azienda (da ciò potrebbe derivare una non coincidenza tra l'arco temporale e la durata del piano), perché è solo in questo momento che si ha la completa separazione tra il destino del debitore e quello del cessionario o della società conferitaria⁴⁰⁵.

⁴⁰³ M. Rubino, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁰⁴ Sul tema lo stesso M. Rubino, *op. cit.*, pp. 88 ss.

⁴⁰⁵ In tale ultimo caso, se trattasi di conferimento col fine ultimo di conseguente alienazione, l'arco temporale dovrà estendersi fino alla definitiva alienazione sul mercato, mentre nel caso di conferimento con conseguente attribuzione della quota ai creditori, sarà necessario estendere l'arco temporale sino al momento

L'indicazione dei costi e dei ricavi di cui si è detto deve essere *analitica* per cui le informazioni racchiuse al suo interno devono essere attendibili, giovando a tal fine strumenti quali i piani industriali, i budget e i piani finanziari, a loro volta racchiusi tutti nel *business plan*: grazie a quest'ultimo, partendo dall'analisi periodica (trimestrale o semestrale) della situazione economica finanziaria e patrimoniale, si può avere un quadro generale circa le situazioni che si prospetteranno in futuro (durante tutto l'arco del piano)⁴⁰⁶.

Tenendo sempre a mente la funzionalità della continuazione dell'attività all'obiettivo primario del soddisfacimento dei creditori (si sostiene infatti che gli stessi dovranno essere soddisfatti in misura migliore rispetto a quanto potrebbero attendersi da una liquidazione dell'impresa), ci si deve chiedere cosa accada nel caso in cui il professionista attestatore, ai sensi del terzo comma, lett. d) dell'art. 67 l. f., non rintracci tale funzionalità; lo stesso dovrà interrogarsi circa l'alternativa più corretta al concordato con continuità disponendo di due possibilità: quella del concordato liquidatorio e quella del fallimento⁴⁰⁷.

In aiuto risponde la normativa vigente che, disponendo per il concordato liquidatorio la soglia minima del 20% per il pagamento dei crediti chirografari, porta al conseguente affermarsi della necessità di intraprendere il fallimento (oggi liquidazione giudiziale) nel caso in cui fosse impossibile assicurare il pagamento di tale percentuale minima⁴⁰⁸.

Altro aspetto interessante che ci si prospetta dalla lettura dell'art. 99 CCII è quello riguardante la *finanza interinale*, ovvero quei finanziamenti che sono funzionali all'attività aziendale: la funzionalità deve essere indicata dal debitore che deve presentare, ai sensi del terzo comma, le ragioni in mancanza delle quali il finanziamento arrecherebbe “*grave pregiudizio per l'attività aziendale o per il proseguo della procedura*”; nel caso in cui la funzionalità riguardi necessità attinenti alla procedura ci si dovrà riferire al soddisfacimento dei creditori ai sensi del comma 1 dell'art. 99; nel caso in cui invece, si è in presenza di una finanza c.d. in esecuzione, soccorre l'art. 101 CCII secondo cui non solo è necessario che la stessa si riferisca alla continuazione dell'attività ma, altresì lo stesso finanziamento *in esecuzione* deve essere indicato nel piano concordatario (cosicché

in cui si potrà fare una valutazione prospettica sul valore della partecipazione conferita; cfr. M Rubino, *op. cit.*, pp. 91 s.

⁴⁰⁶ Per l'analisi v. M. Rubino, *cit.*, pp. 91 s.

⁴⁰⁷ M. rubino, *op. cit.*, pp. 94 ss.

⁴⁰⁸ M. Rubino, *cit.*, pp. 94 ss.

i creditori, votando la proposta, saranno già a conoscenza della possibilità che sorto un credito successivamente all'omologazione, lo stesso beneficerà della prededuzione)⁴⁰⁹.

L'ultimo profilo che qui interessa nell'analisi del concordato in continuità è l'ipotesi di interruzione del concordato disciplinata dall'ultimo comma dell'art. 186 *bis*. L'articolo in questione dispone che nel momento in cui ci si accorga (durante tutta la procedura) che l'attività di impresa cessi o sia diventata dannosa per i creditori, il tribunale disponga la revoca dell'ammissione e l'eventuale dichiarazione di fallimento ex art. 173 l. f.⁴¹⁰.

3.1 (segue) Il confronto con ciò che resta del concordato liquidatorio.

Abbiamo visto che, affrontando la tipologia di concordato con continuità aziendale diretta, uno degli obiettivi del debitore che intende proseguire l'attività in proprio è quella di portare avanti un miglior realizzo dei beni aziendali, specie quelli che si trovano in magazzino, ad esempio una considerevole quantità di materie prime o semilavorati che in un'eventuale fase liquidatoria non vedrebbero la luce, o una serie di commesse che se evase genererebbero un ricavo; pur avendo un chiaro fine liquidatorio, se pur inizialmente si voleva far rientrare tale tipologia nel concordato "misto" (in parte in continuità ed in parte liquidatorio), si preferisce continuarlo a classificare come concordato in continuità aziendale⁴¹¹.

Restando sul tema del concordato liquidatorio, lo stesso è stato spostato dietro le quinte dalla Legge Delega 155/2017, che ha fatto assumere il ruolo di protagonista al precedente analizzato concordato con continuità aziendale.

Il concordato liquidatorio è oggi ammesso nelle sole ipotesi previste dal comma 1 dell'art. 6 lett. a), volendo il legislatore disincentivare il ricorso a tale strumento in quanto non si deve dimenticare che principio cardine del concordato preventivo sia non tanto la liquidazione dell'impresa quanto la continuazione dell'attività, anche in coerenza a quanto preannunciato dal d. l. 83/2015, modificato e convertito nella l. 132/2015, che aveva sancito l'inammissibilità di tale strumento nelle ipotesi in cui piano e proposta prevedevano un pagamento ai creditori chirografari inferiore al 20% (art. 160, comma 4, l. f)⁴¹².

Per procedere ad una migliore disamina dello strumento del concordato liquidatorio è, a mio parere, giusto metterlo davanti allo specchio con il concordato in continuità: nel

⁴⁰⁹ Cfr. R. Brogi, *op. cit.*, p. 853.

⁴¹⁰ M. Rubino, *cit.*, pp. 104 ss.

⁴¹¹ Cfr. M. Rubino, *op. cit.*, pp. 83 s.

⁴¹² S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa, cit.*, p. 311.

CCII l'art. 89 occupandosi del concordato con continuità aziendale, inizialmente suddivideva le due ipotesi stabilendo che, nel caso di concordato in continuità, fosse necessario assicurare il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario nell'interesse primario dei creditori, dell'imprenditore e dei soci⁴¹³.

Oggi il novellato art. 84 CCII modifica lo schema inserendo tra gli oggetti di tutela anche il livello occupazionale e quindi la stabilità dei rapporti di lavoro, chiedendo al comma 2 che, in caso di continuità indiretta (in capo ad un terzo) questo debba assumere o mantenere un numero di lavoratori almeno pari alla metà della media di quelli dei due esercizi antecedenti al deposito del ricorso e per un anno dall'omologazione: da qui deriva che si considera liquidatorio quel piano che non garantisca il suddetto livello occupazionale, pur non avendo effettivamente dei richiami nella legge delega ed incidendo sull'applicazione dell'art. 47 L. n. 427/1990 (applicandosi per il concordato con continuità il quarto comma *bis* e per quello liquidatorio il quinto comma); l'idoneità del parametro occupazionale dell'art. 84 CCII potrà assumere valore in riferimento alla legge delega e alla normativa europea, se considerata come presupposto per assicurare la continuità oggettiva dell'azienda e senza far riferimento al limite dimensionale stabilito dalla stessa legge delega che differenzia i due tipi di concordato⁴¹⁴.

Altra ipotesi di concordato in continuità in cui si riscontrano criticità per la natura da assegnarvi (se di continuità o liquidatoria) è quello che ha ad oggetto il conferimento o la cessione dell'impresa in capo a terzi, andando ad operare una netta separazione tra le sorti dell'azienda e le sorti dell'impresa in concordato: in tal caso però le criticità sono maggiori poiché la cessione o il conferimento possono riguardare una parte importante del patrimonio ma non la sua totalità essendovi ulteriori elementi che verranno direttamente realizzati dal debitore giungendo così ad un concordato c.d. "misto"⁴¹⁵.

Ci si chiede allora cosa intendere per *concordato misto* e quale disciplina applicare essendo per metà un concordato con finalità di continuazione dell'attività e per l'altra un concordato con finalità liquidatoria: inizialmente tale tipologia di concordati veniva accolta nel novero del concordato in continuità richiedendo da un lato una serie di oneri tra cui il rispetto dei requisiti di ammissibilità previsti (l'indicazione dei costi e ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività e il parere attestato del professionista circa la

⁴¹³ R. Brogi, *cit.*, pp. 847 ss.

⁴¹⁴ R. Brogi *op. cit.*, pp. 847 ss.

⁴¹⁵ R. Brogi, *cit.*, pp. 847 ss.

fattibilità del piano e la realizzazione del soddisfacimento dei creditori), dall'altro permetteva al piano concordatario di essere libero dall'obbligo della previsione di una percentuale minima di soddisfacimento dei creditori in quanto la percentuale minima del 20% per i crediti chirografari stabilita all'art. 186 *bis* l. f. non si applica ai concordati in continuità⁴¹⁶.

È necessario per tale motivo valutare ogni caso di concordato "misto" e far sì di annoverarlo in una delle due macroaree in modo tale da applicare la connessa disciplina; il tutto dovrebbe avvenire in base ad un principio di prevalenza del quale la l. f. non ha alcun riscontro letterale, ma che si può rinvenire in una sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte, la n. 1521/2013, che stabilisce che il tribunale debba effettuare un controllo di legittimità verificando "*l'effettiva realizzabilità della causa concreta del procedimento*"⁴¹⁷.

Per quanto riguarda la causa concreta è interessante riferirci ad un'altra pronuncia della Corte di Cassazione Civile, Sez. I, 15 Gennaio 2020, n. 734 secondo cui bisogna riferirsi alla disciplina generale del contratto, facendo riferimento alle "*modalità attraverso le quali, per effetto ed in attuazione della proposta del debitore, le parti dovrebbero in via ipotetica realizzare la composizione dei rispettivi interessi*" andando pur sempre a indicare "*l'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile*" con cui il proponente si obbliga nei confronti di ciascun creditore; inoltre, ai sensi del comma 3 dell'art. 84 CCII, questa utilità deve rinvenirsi nella prosecuzione o nella rinnovazione dei rapporti contrattuali tra debitore ed il suo avente causa⁴¹⁸.

Partendo da quanto appena detto, parte della giurisprudenza di merito, tenendo a mente le varie tipologie di concordato che possono tutte essere ricondotte al modello

⁴¹⁶ Così facendo si andrebbe ad applicare un criterio di prevalenza per il quale però vi sono opinioni contrastanti. In senso favorevole "*a seguito dell'introduzione della soglia minima di pagamento del 20% dei creditori chirografari nei concordati non in continuità, non vi sarebbero alternative al ricorso al criterio di prevalenza, con la conseguenza che la predetta soglia andrebbe rispettata ogniqualvolta le utilità ricavabili dalla liquidazione dei beni estranei al perimetro aziendale in continuità rappresentino la parte preponderante dell'attivo concordatario*", cfr. S. Ambrosini, *Il diritto della crisi d'impresa nella Legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, in www.ilcaso.it, 30 Novembre 2015 per cui; in senso contrario "*oltre a rilevare come manchi qualsiasi riferimento di diritto positivo in merito, ritiene ragionevole imporre l'osservanza dell'art. 186 bis anche nel caso di continuità residuale dal momento che la prosecuzione dell'attività potrebbe ingenerare la formazione di costi a carico della procedura e a danno dei creditori*", muove V. Pettrossi, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. Fall.*, I, 2015, p. 228.

⁴¹⁷ Cfr. M. Rubino, *op. cit.*, pp. 84 ss.

⁴¹⁸ R. Brogi, *Contratto con continuità e liquidazione dei beni: prevalenza qualitativa, prevalenza quantitativa o combinazione?*, in *il Fallimento*, 4, 2020, pp. 483 s.

generale dell'art. 160 l. f., opta per l'adozione di un principio di "prevalenza quantitativa" per quei piani concordatari in continuità aziendale che presuppongono una vendita atomistica dei beni non funzionali alla continuazione dell'attività d'impresa, mentre se vi sono elementi che fanno propendere tanto per la continuità quanto per la liquidazione, la "causa concreta" fa riferimento a due criteri: uno dell'assorbimento (o prevalenza), l'altro della combinazione⁴¹⁹.

In merito a tale questione prospettandosi diverse interpretazioni in giurisprudenza, la legge delega 155/2017 e il CCII hanno introdotto al terzo comma dell'art. 84 il criterio di prevalenza quantitativa per quei concordati c.d. "misti" che fanno capo all'una o all'altra tipologia a seconda della presenza *prevalente* all'interno del piano o di elementi⁴²⁰ riconducibili alla continuazione dell'attività o di elementi riconducibili alla liquidazione applicando così, nel caso di una predominanza della componente di continuità aziendale⁴²¹.

Se si analizza la disciplina prevista ai sensi dell'art. 186 *bis* l. f. tanto la prima parte del suddetto articolo (in cui si stabilisce la prosecuzione dell'attività) quanto la seconda (che si riferisce alla liquidazione dei beni) ci si accorge come la presenza del termine *anche* e non *soprattutto* riferito alla liquidazione dei beni non funzionali, faccia propendere per un carattere residuale del profilo liquidatorio (pur non prevedendo il carattere minimale e sub-valente del profilo di continuità dell'attività d'impresa rispetto a quello liquidatorio); tuttavia anche se fosse prevalente il profilo della continuità aziendale, sarebbe comunque necessario che la stessa sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, tendendo per l'appunto ad essere migliore rispetto all'ipotesi liquidatoria⁴²².

Concludendo abbiamo visto come il contratto c.d. "misto" non può essere considerato una tipologia autonoma di concordato né sotto la vigenza della Legge fallimentare né in un futuro prossimo sotto la vigenza del CCII, per cui quasi sempre un piano che preveda la continuazione dell'attività d'impresa andrà a prevedere anche la liquidazione dei beni al fine di ristrutturare e ridimensionare i singoli elementi o rami

⁴¹⁹ R. Brogi, *op. cit.*, p. 485.

⁴²⁰ La nozione di prevalenza si baserà su argomenti letterali inconfutabili e quindi sarà intesa in senso qualitativo, cfr. R. Brogi, *ult. op. cit.*, p. 485.

⁴²¹ R. Brogi, *op. cit.*, p. 486.

⁴²² Si sostiene che la Cassazione abbia in tale pronuncia fatto riferimento al criterio della prevalenza *quantitativa* o assorbimento per evitare possibili abusi nell'utilizzo di tale strumento poiché il quarto comma dell'art. 160 l. f. prevede l'obbligo del 20% per i crediti chirografari per i soli concordati non in continuità, cfr. R. Brogi, *Concordato con continuità e liquidazione dei beni, cit.*, p. 486.

d'azienda, finendo così per superare il criterio della prevalenza quantitativa o qualitativa o la teoria della combinazione e ritenendo necessario riferire la continuità aziendale al piano o alla proposta o a entrambi⁴²³.

Per quanto attinente al solo concordato liquidatorio, il CCII all'ultimo comma dell'art. 89 prevede oltre al soddisfacimento del 20% dei crediti chirografari anche un incremento minimo del 10% tramite l'apporto di risorse esterne sempre per gli stessi che non può essere comunque inferiore alla percentuale del venti: tale limite percentuale non si rinviene nella disciplina del concordato in continuità per cui emergono profili di criticità circa il carattere vincolante del pagamento dei creditori tra *“chi ritiene che, in mancanza di previsioni da parte del legislatore, la percentuale di pagamento non sia vincolante e chi, invece, ritiene che, soprattutto, nell'ipotesi di continuità diretta il mantenimento da parte dell'imprenditore dell'azienda in luogo della destinazione del ricavato della sua liquidazione ai creditori e la possibilità di non attribuire integralmente ai creditori le utilità conseguite per effetto della continuazione dell'attività d'impresa, porti quale necessario corollario il carattere vincolante della percentuale offerta”*; si ricorrerà alla disciplina del concordato in continuità quando dalla sua realizzazione i creditori otterranno comunque un soddisfacimento in misura prevalente (sia tramite continuità diretta che indiretta) con il ricavato prodotto; viene aggiunta nella seconda parte del comma 3 dell'art. 84 anche una vera e propria *finzione di prevalenza* (quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano sono posti in essere da almeno la metà dei lavoratori che vi erano al momento del deposito del ricorso)⁴²⁴.

Di contro, sempre restando in tema di concordato liquidatorio, aver introdotto nuovamente la soglia minima di soddisfacimento dei creditori apportando risorse esterne per un minimo del 10% e non in misura inferiore al venti per cento, è stata da taluni criticata, in quanto si ritiene che la fattispecie abbia carattere superfluo poiché, essendo obiettivo primario del concordato la continuazione, le risorse esterne servirebbero solo a migliorare il soddisfacimento dei creditori restando neutrali al resto della disciplina⁴²⁵.

L'Analisi dell'impatto della regolamentazione, allegata alla Relazione illustrativa della legge delega ha evidenziato come comportando il concordato preventivo un esborso di risorse superiore al 30% dell'attivo rispetto alla percentuale più bassa del 5% per la

⁴²³ R. Brogi, *ult. op. cit.*, p. 488.

⁴²⁴ A proposito si veda R. Brogi, *op. cit.*, pp. 848 ss.

⁴²⁵ Si veda a tal proposito S. De Matteis, *cit.*, pp.312 s.

procedura fallimentare, in realtà l'apporto di finanza esterna gioverebbe in modo fattivo alla procedura concordataria rispetto a quella fallimentare se fosse superiore almeno al 25% dell'intero attivo concordatario; tale apporto svolgerebbe un'ulteriore funzione positiva nella liquidazione poiché andrebbe ad incentivare “*le proposte di concordato liquidatorio giudiziale da parte dei creditori e di terzi, nonché dello stesso debitore, ove questi apporti di risorse incrementino in modo apprezzabile l'attivo*” ai sensi dell'art. 7, comma 10, lett. d) della legge delega⁴²⁶.

Avviandoci verso una prima conclusione della disamina, nel concordato liquidatorio non si può negare che il debitore abbia tanto nei confronti dei creditori chirografari quanto verso i crediti degradati al chirografario un'*obbligazione di natura pecuniaria*, che introduce una nuova nota nel principio di atipicità dei contenuti del piano e della proposta concordataria ai sensi del comma 1, lett. a), art. 160 l. f., assicurando così il pagamento di almeno il venti per cento dell'importo complessivo dei crediti chirografari⁴²⁷.

Da ultimo si noti che l'art. 6, lett. a) della legge delega di riforma delle procedure concorsuali, tracciando la via maestra dell'importanza del concordato in continuità, tende a non ammettere la possibilità di avviare una procedura essenzialmente liquidatoria⁴²⁸.

4. Le offerte concorrenti e la disciplina del *Cram down*.

Con riguardo alla procedura di concordato preventivo il d. l. 83/2015 ha introdotto ai commi 4 e 5 dell'art. 161 l. f. la possibilità per i creditori di presentare proposte concorrenti (oggi disciplinate dall'art. 90 CCII) a quella del debitore: condizione di ammissibilità affinché ciò possa avvenire è che i creditori rappresentino almeno il 10% dei crediti⁴²⁹ (per effetto di acquisti successivi alla presentazione della proposta concordataria) che risultano nella situazione patrimoniale depositata dal debitore⁴³⁰.

Questa possibilità garantisce una riduzione decisionale in capo al debitore e può essere azionata nel momento in cui la proposta concordataria risulti adempiente per quanto riguarda il pagamento dei crediti chirografari, che deve attenersi almeno al 30%⁴³¹ o al

⁴²⁶ S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., pp. 312 s.

⁴²⁷ Cfr. M. Rubino, *op. cit.*, p. 201.

⁴²⁸ Cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, p. 283.

⁴²⁹ Non vengono computati i crediti della società che controlla la debitrice, della società che la debitrice controlla e delle società sottoposte a comune controllo, cfr. G. Lo Cascio, *cit.*, p. 269.

⁴³⁰ G. Lo Cascio, *op. cit.*, p. 269.

⁴³¹ La differente percentuale di soddisfazione dei creditori chirografari riguarda anche le differenti procedure di concordato in continuità e concordato liquidatorio rammentando il favor del legislatore per la procedura in continuità. Lo stesso favor si evince tanto dall'ultimo comma dell'art. 160 (come abbiamo più volte evidenziato) quanto dall'art. 6, lett. a) della legge delega di riforma dove eliminandosi l'ammissibilità

20% nel caso in cui il debitore abbia precedentemente esperito le misure d'allerta o la composizione assistita della crisi (in queste ipotesi è sempre richiesta l'attestazione di un professionista indipendente); ammessa è anche la proposta ad opera di un terzo che può rivestire la forma di offerta irrevocabile di acquisto tramite pagamento in denaro dell'azienda o di uno o più rami della stessa o anche di suoi beni specifici: in questa ipotesi verrà avviata una vendita o una procedura di gara tra i diversi offerenti⁴³².

La procedura attualmente contenuta nel CCII non presenta grosse variazioni rispetto alla Legge Fallimentare, per cui nel trattare l'argomento⁴³³ ci rifaremo a questa.

Gli obiettivi che si pongono a fondamento dell'istituto e che si intendono portare avanti sono due: da una parte garantire uno *strumento competitivo* che, riduca la possibilità che lo stesso debitore presenti una domanda concordataria inferiore rispetto all'effettivo valore dell'azienda e dall'altro l'*incentivo* a portare in Italia un *distressed debt*, ovvero un mercato per gli investimenti dei debiti in sofferenza⁴³⁴.

L'istituto in esame è un vero e proprio incentivo per il debitore che si trova di fronte alla possibilità di far emergere tempestivamente lo stato di crisi; in virtù delle proposte che vengono presentate la domanda che sorge spontanea è quella dell'ostilità o meno delle stesse: nel rispondere a questa domanda non si deve né affermare la completa "ostilità" delle stesse, poiché le proposte concorrenti si presentano come una "terza via" tra la proposta concordataria del debitore mal strutturata e il non auspicabile esito fallimentare, né tanto meno classificarle come "sgradite" per il debitore, in quanto abbiamo visto che lo stesso potrebbe essere incentivato da quest'ultime, potendo deliberatamente presentare domande poco accattivanti al fine di incentivare i creditori a presentare le loro e, liberarsi definitivamente così di ogni responsabilità connessa al procedimento concordatario⁴³⁵.

L'istituto in esame è stato sempre accompagnato da profili di criticità e da visioni differenti: da un lato vi è chi sostiene che, dovendo garantire le percentuali di soddisfacimento dei creditori chirografari (diverse a seconda della tipologia di

delle procedure prettamente liquidatorie ha rimarcato all'art. 2, lett. g) l'importanza della continuità sostenendo la "*priorità di trattazione...alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale*" senza dimenticare il mantra della funzionalità rispetto al miglior soddisfacimento dei creditori e dell'obbligatorietà di illustrare tale convenienza, ovvero *l'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile*, nel piano concordatario, si veda S. De Matteis, *op. cit.*, p. 283.

⁴³² Cfr. G. Lo Cascio, *op. cit.*, p. 269.

⁴³³ A riguardo si noti che anche la disciplina francese dal 2014 presenta, nella "*procédure de sauvegarde*", la possibilità per ogni membro del comitato dei creditori di presentare un piano concorrente, cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, p. 283.

⁴³⁴ Si veda S. De Matteis, *cit.*, p. 283 s.

⁴³⁵ Cfr. S. De Matteis, *cit.*, pp. 283 s.

concordato), il legislatore abbia voluto premiare il debitore non tanto per aver smascherato una crisi meno grave, quanto piuttosto per aver tempestivamente evidenziato lo stato di crisi; di contro vi è chi, sostenendo che l'impresa insolvente assume la forma di garanzia patrimoniale e rientra nella piena disponibilità dei creditori (che a loro volta sono stati espropriati dei loro crediti), reputa che gli stessi non possano essere penalizzati da una percentuale loro offerta e, per tale motivo, deve essere garantita la possibilità di presentare offerte concorrenti che abbiano un contenuto differente rispetto a quella del debitore⁴³⁶.

A tal proposito il quinto comma dell'art. 163 permette ai creditori di poter *“prevedere l'intervento di terzi e, se il debitore ha la forma di società per azioni o a responsabilità limitata...prevedere un aumento di capitale della società con esclusione o limitazione del diritto di opzione”*⁴³⁷.

Le proposte concorrenti possono essere presentate dopo che il debitore, abbia fatto presente tramite la domanda concordataria, del suo stato di insolvenza o del suo stato di crisi, con l'eccezione che nel caso di concordato con riserva (istituto che affronteremo tra poco) le stesse non possono essere presentate prima del deposito della proposta concordataria⁴³⁸.

La doppia possibilità di presentazione delle domande sia nel caso di dichiarazione dello stato di insolvenza che in quella di stato di crisi ha mosso delle critiche in quanto, se tale possibilità fosse concessa anche a seguito della dichiarazione dello stato di crisi, verrebbe meno l'obiettivo principale del concordato preventivo, ovvero quello di attivazione da parte del debitore quando la crisi non sia ancora in una fase irreversibile⁴³⁹; di conseguenza la via preferibile per la presentazione delle domande concorrenti è quella conseguente alla dichiarazione dello stato di insolvenza da parte del debitore, in quanto nella possibile fase dello stato di crisi lo stesso potrà offrire ai creditori percentuali maggiormente elevate: in questa fase si è anche in presenza di un'asimmetria informativa poiché il debitore possiede sicuramente maggiori informazioni di quelle accessibili ai creditori e, non tutte sono necessariamente rinvenibili dal commissario giudiziale)⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Per l'analisi S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 283 s.

⁴³⁷ Si veda per il confronto S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 285 s.

⁴³⁸ S. De Matteis, *cit.*, pp. 284 ss.

⁴³⁹ A questo, tuttavia, si contrappone un comportamento ed una volontà del debitore ad attivarsi solo quando il concordato diventi l'ultima strada possibile, in quanto la stessa norma non stimola effettivamente a fare altro, cfr. S. De Matteis, *cit.*, p. 287.

⁴⁴⁰ Per il punto in esame S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 284 ss.

Avvantaggiare l'uso dello strumento delle proposte concorrenti ha avuto il chiaro intento da parte del legislatore, di incentivare i debitori e le imprese a condotte virtuose in modo da sperare in una risoluzione positiva della crisi.

Oltre alla disamina delle offerte concorrenti ci occuperemo anche del giudizio di Cram down, oggi possibile in virtù del comma 4 dell'art. 180 l. f. secondo cui *“il tribunale, se la maggioranza di cui al comma 1 dell'art. 177 è raggiunta, approva il concordato con decreto motivato. Quando sono previste diverse classi di creditori, il tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza di cui al primo comma dell'art. 177, può approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente applicabili”*⁴⁴¹.

4.1 (segue) Un'analisi maggiormente specifica dei due istituti: le offerte concorrenti...

Passando ad un'analisi più approfondita della disciplina delle offerte concorrenti, possiamo iniziare dicendo che, seppur regolate dalla riforma del 2015 in poi, precedentemente a questa le stesse erano regolate sporadicamente in casi di estrema urgenza in cui la vendita degli *assets* doveva avvenire nel minor tempo possibile per evitare una loro perdita di valore.

L'art.163 *bis* nel regolarle oggi permette la cessione di aziende e di beni *specifici*, nonché l'affitto d'aziende, il tutto tramite modalità che possano definirsi competitive: per quanto riguarda la specificità dei beni secondo A. La Malfa⁴⁴² da questi devono escludersi i beni in blocco; a questa visione si contrappone quella posta in essere dal Tribunale di Palermo che, con sentenza del 4 Maggio 2016, ha stabilito che nel procedimento competitivo debba rientrare la vendita in blocco delle merci presenti nel magazzino⁴⁴³ sia nel caso in cui si tratti di trasferimenti di beni sia nel caso in cui si tratti di trasferimento di contratti (es. contratti di appalto con la P.A ai sensi dell'art 106 del nuovo Codice degli appalti); fatta questa parentesi la cessione di aziende e di beni e l'affitto d'azienda deve essere fatta dopo l'omologazione del concordato: la procedura in esame garantisce

⁴⁴¹ Cfr. D. Grasselli, *Gestione delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 198.

⁴⁴² Cfr. A. La Malfa, *Le offerte concorrenti*, in www.osservatorio-oci.org, p.7.

⁴⁴³ A. Pezzano – M. Ratti, *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, in *il Fallimento*, 7, 2016.

sicuramente una migliore realizzazione dei beni e delle aziende nel minor tempo possibile ed inoltre tutti i vantaggi saranno solo a beneficio dei creditori⁴⁴⁴.

Nello specifico il comma 3 dell'art. 163 *bis* l. f. stabilisce che “*se sono state presentate più offerte migliorative, il giudice dispone la gara tra gli offerenti*”, escludendo già ad un primo impatto la possibilità di partecipazione alla gara da parte del soggetto che ha presentato l'offerta originaria (con la quale vedremo vi sono parecchi vincoli), questo perché se il “nuovo” offerente è uno solo, non avrebbe senso una contro-offerta del debitore che perderebbe comunque la gara; da questa conclusione scaturiscono due possibili ipotesi:

- se vi è una sola offerta “migliorativa” e l'originario offerente del piano non presenti la contro-offerta, la gara non avrebbe ragione di esistere e il bene andrebbe *venduto* a chi ha presentato l'unica offerta migliorativa;
- se altrimenti vi dovessero essere due o più offerte “migliorative” rispetto all'originaria, il primo offerente non sarebbe ammesso a partecipare alla gara ed il bene verrebbe *aggiudicato* da uno degli offerenti partecipanti⁴⁴⁵.

Dalle due ipotesi la differenza che salta all'occhio è quella riguardante i termini *vendita* prima e *aggiudicazione* dopo: il primo termine pare riferirsi al caso in cui essendovi un unico offerente (sia egli quello che ha formulato l'offerta prima del deposito del ricorso, oppure l'unico offerente che ha presentato offerta migliorativa alla prima), vi sarà una semplice accettazione dell'unica offerta; il secondo termine si collega invece all'individuazione di un acquirente finale nel caso di gara tra i più offerenti⁴⁴⁶.

Per indire la gara è opportuno esaminare la dinamica del *prezzo*: *in primis* il prezzo base della gara viene stabilito nel decreto che indice la stessa, il quale deve prevedere quantomeno un aumento minimo del corrispettivo rispetto all'offerta originaria e di conseguenza deve essere necessariamente maggiore; in merito al prezzo, facendosi riferimento ad un aumento minimo lo stesso deve comunque essere superiore ai costi necessari per una gara, in quanto altrimenti non se ne ricaverebbero dei vantaggi ma solo degli svantaggi a danno di tutti; il prezzo base di contro non deve essere eccessivamente

⁴⁴⁴ Si veda P. G. Cecchini, *Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio*, in *Il dir. fallim.*, 5, 2016, pp. 1179 s.

⁴⁴⁵ P. G. Cecchini, *cit.*, pp. 1180 s.

⁴⁴⁶ Cfr. P. G. Cecchini, *op. cit.*, pp. 1180 s.

alto poiché altrimenti i concorrenti sarebbero disincentivati dal proporre ulteriori offerte⁴⁴⁷.

Sempre in tema di prezzo non si ritiene necessaria né la stima da parte di un esperto né tantomeno un valore di mercato stabilito da un terzo⁴⁴⁸; non a caso la possibilità di aprire una gara alquanto competitiva garantisce la realizzazione di un prezzo migliore ed evita abusi dell'istituto in esame possibili quando vi siano domande di concordato chiuse (ora non più ammesse); l'unica ipotesi in cui si potrebbe ritenere ammissibile una stima da parte di un esperto, è quella in cui oggetto della gara siano aziende: in tal caso la stima risulterà utile ai sensi del secondo comma dell'art. 186 *bis* nella parte in cui la stessa potrebbe risultare utile ad attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa sia “*funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*” (la stessa avrà ad oggetto non tanto la valutazione dell'azienda in esercizio quanto la valutazione dei beni nel caso in cui gli stessi dovessero essere venduti singolarmente)⁴⁴⁹.

In riferimento al prezzo ed alla sua determinazione entra in gioco la possibilità (da evitare) delle offerte c.d. *frivole*⁴⁵⁰.

In merito alla possibilità di presentare offerte concorrenti, si deve fare una puntualizzazione per quanto attiene alla revocabilità o meno delle stesse e al termine di efficacia dell'offerta.

Partendo dal principio ai sensi dell'art. 163 *bis*, l'offerta che può attivare la procedura competitiva può essere solo quella che sia stata ricompresa nel piano dall'imprenditore in crisi quale base della proposta e non una qualsiasi offerta ricevuta⁴⁵¹; il secondo aspetto critico che giunge in questa analisi è quello dell'irrevocabilità o meno tanto delle offerte concorrenti quanto di quella originaria: mentre si propende certamente per la risposta positiva per quanto attiene alla irrevocabilità delle prime in quanto ai sensi dell'art. 163 *bis*, comma 2 “*il decreto che dispone l'apertura del procedimento*

⁴⁴⁷ A tal proposito, minore sarà il prezzo della base d'asta, maggior saranno i continui rialzi che di conseguenza determineranno un maggiore prezzo di aggiudicazione, cfr. P. G. Cecchini, *op. cit.*, p.1181.

⁴⁴⁸ Da qui sarebbe escluso l'obbligo di una stima del valore del bene, eccetto per i beni di modesto valore, imposto dal comma 5 dell'art. 182 e dall'art. 107 l. f. poiché i tal caso la norma non sarebbe compatibile. Si veda a tal proposito P. G. Cecchini, *op. cit.*, p. 1188.

⁴⁴⁹ Si veda a tal proposito P. G. Cecchini, *op. cit.*, pp. 1188 s.

⁴⁵⁰ Cfr. P. G. Cecchini, *op. cit.*, pp. 1188 ss.

⁴⁵¹ Questo principio viene stabilito in virtù del fatto che il concordato preventivo ha prettamente una natura negoziale in quanto, tendendo al raggiungimento di un accordo tra debitore e creditori, deve disincentivare il debitore a proporre un piano ed una proposta che si confacciano solamente ai suoi interessi (in tal caso sarebbe più difficile ottenere il voto dei creditori, i quali non vedendosi attribuito alcun vantaggio, mal reagirebbero). Si veda P. G. Cecchini, *cit.*, p. 1182.

competitivo stabilisce le modalità di presentazione di offerte irrevocabili”, per quel che riguarda la proposta originaria la risposta non è di facile natura: infatti mentre al primo comma dello stesso articolo il legislatore stabilisce che deve obbligatoriamente esistere “*una offerta da parte di un soggetto già individuato*”, al secondo comma si fa riferimento ad un’offerta originaria che “*diviene irrevocabile dal momento in cui viene modificata l’offerta in conformità a quanto previsto dal decreto*”⁴⁵².

Concludendo, in base a quanto detto, si propende per la non necessaria irrevocabilità dell’offerta originaria.

Riferendoci al primo comma abbiamo detto che l’offerta originaria deve essere presentata da un soggetto “già individuato” e che non può trattarsi di un’offerta qualsiasi per cui non può essere ammissibile che la stessa venga presentata da una persona ancora *da nominare*⁴⁵³; restando su questo argomento all’art. 163 *bis* non viene fatto alcun riferimento circa l’obbligo da parte dell’offerente originario di prestare garanzie: come ultima spiaggia, nel caso in cui egli l’abbia presentata in forma di caparra e in conseguenza alla gara non risulti l’aggiudicatore finale, lo stesso avrà un credito di restituzione prededucibile, mentre nel caso in cui l’abbia prestata sotto forma di fideiussione, la stessa dovrà essere restituita fisicamente⁴⁵⁴.

Altro tema da porre alla nostra attenzione (come già detto) è quello del termine di efficacia dell’offerta in quanto, se non specificatamente regolato, ne potrebbero derivare comportamenti fraudolenti da parte del debitore, infatti se questo andasse a fissare un termine eccessivamente basso ne deriverebbe una scarsa competitività e si ridurrebbero nettamente i possibili offerenti: sul punto la giurisprudenza (Tribunale di Ravenna 27 Nov. 2015) ha spiegato che nel caso in cui la proposta concordataria si basi su un’offerta di acquisto con un termine di efficacia eccessivamente ristretto, tanto da non garantire la possibilità di pubblicazione e di esecuzione della gara stessa, la proposta dovrà essere necessariamente modificata per estendere le condizioni temporali prima eccessivamente ristrette⁴⁵⁵.

Si può concludere che, nel caso in cui il termine di scadenza dell’offerta originaria, deliberatamente manomesso, pur concedendo di esplicitare le fasi di pubblicizzazione ed esecuzione della gara, non garantisce comunque il tempo per allocare in modo efficiente i

⁴⁵² Si veda P. G. Cecchini, *cit.*, pp. 1182 s.

⁴⁵³ Tutto ciò nonostante tale principio sia di lettura opposta all’art. 1381 c.c.

⁴⁵⁴ Cfr. P. G. Cecchini, *op. cit.*, pp. 1182 s.

⁴⁵⁵ P. G. Cecchini, *cit.*, pp. 1183 s.

beni sul mercato, la stessa debba essere ugualmente modificata: tutto ciò a prescindere dalla conferma o meno dell'offerta originaria⁴⁵⁶.

Passando adesso al contenuto, essendo scontato che le offerte devono rispettare la disciplina in esame, si richiede che le offerte concorrenti non siano sottoposte a condizioni⁴⁵⁷, in quanto solo così le stesse potranno essere considerate efficaci; cosa deve invece sostenersi per l'offerta originaria? A tal riguardo ci si interroga se anche quest'ultima debba essere sottoposta a condizioni o meno (ad esempio un numero minimo di dipendenti da trasferire insieme all'azienda o altro): la risposta sembra propendere per un'ammissibilità delle condizioni, in quanto in questo caso le stesse rappresenterebbero la normale libertà negoziale dell'offerente originario, purché le stesse si manifestino solo nel momento in cui l'offerente originario non si sia omologato al decreto (di apertura della gara) e non vi siano ulteriori offerte concorrenti, poiché in tale ultimo caso l'offerente originario sarà l'acquirente dell'azienda o dei beni ceduti⁴⁵⁸.

Nel momento in cui venga fissata l'udienza per la presentazione delle offerte concorrenti, le stesse diventeranno pubbliche; inoltre non si dimentichi che il verbale che indice la gara non avrà valore di contratto per cui gli eventuali effetti traslativi avranno effetto solo nel caso in cui venga disposto un nuovo decreto di trasferimento da parte del giudice o un atto notarile, "*previa autorizzazione del giudice*"⁴⁵⁹.

Lo stesso decreto che apre la gara competitiva tra i vari offerenti deve altresì garantire che le offerte concorrenti, se pur irrevocabili, possano essere comparabili tra di loro in modo tale che si possa massimizzare il ricavato ottenibile dalla liquidazione senza la necessità di modificare la struttura del piano concordatario⁴⁶⁰.

In questa fase compito del tribunale e dell'autorità giudiziaria, non potrà essere una mera recezione dell'offerta originaria, ma altresì dovrà stabilire quali clausole e contenuti⁴⁶¹ le differenti offerte concorrenti devono possedere per poter essere comparabili con l'offerta originaria; in tale contesto di difficile perimetrazione sarà il contenuto del

⁴⁵⁶ P. G. Cecchini, *cit.*, pp. 1183 s.

⁴⁵⁷ A volte porre condizioni alle offerte concorrenti disincentiverebbe altri possibili contendenti a fare le loro offerte e ciò tutto a vantaggio dell'offerente originario, cfr. P. G. Cecchini, *cit.*, p. 1185.

⁴⁵⁸ P. G. Cecchini, *op. cit.*, pp. 1184 s.

⁴⁵⁹ In tale ultimo caso potrebbe essere possibile un intervento da parte del notaio ma, lo stesso avrebbe dei poteri limitati rispetto a quanto disposto dall' art. 591 *bis* c. p. c. per quanto attiene alle operazioni di vendita. Per questo ed altro si veda P. G. Cecchini, *op. cit.*, p. 1187.

⁴⁶⁰ Cfr. P. G. Cecchini, *cit.*, pp. 1189 ss.

⁴⁶¹ Questa possibilità concessa al tribunale permette allo stesso di rettificare determinati elementi dell'offerta originaria che siano svincolati dalla perimetrazione aziendale e che, così posti potrebbero avvantaggiare il primo offerente, cfr. P. G. Cecchini, *cit.*, p. 1190.

piano quando questo abbia ad oggetto aziende⁴⁶²: per evitare rischi il tribunale deve essere coadiuvato in tale delicato compito dal commissario giudiziale in modo tale che lo stesso, acquisendo ogni informazione utile a tale scopo dall'offerente originario e dagli estensori della domanda concordataria, possa semplificare il lavoro del primo; dovendo le offerte concorrenti essere comparabili tra di loro, il legislatore chiede come contro bilanciamento che le stesse non assegnino ampia discrezionalità ai loro offerenti nello stabilire il contenuto della proposta⁴⁶³.

Nello scegliere la proposta vincente la via maestra da seguire sarà sempre quella del *miglior soddisfacimento dei creditori*: sarà compito del decreto stabilire quale offerta si possa considerare *migliorativa* tra quella che preveda un corrispettivo maggiore o quella che, a parità di esborso economico, preveda utilità aggiuntive: in assenza di specificità l'offerta verrà aggiudicata a chi ha offerto di più⁴⁶⁴.

Una volta che un soggetto diventi acquirente di un'azienda in concordato, per lo stesso non sarà prevista alcuna responsabilità per i debiti connessi all'esercizio dell'azienda antecedenti al trasferimento in capo a questo dell'azienda (anche se il trasferimento si dovesse avere prima dell'omologazione del concordato)⁴⁶⁵.

Altra fattispecie inerente all'istituto e di interessante analisi è la sorte del diritto di prelazione e la sorte dei contratti preliminari.

Per quanto attiene al primo caso, se il diritto di prelazione (legale o convenzionale) fosse detenuto da un terzo anche non partecipante alla gara ed avesse ad oggetto i beni o l'azienda oggetto della stessa, tale diritto non verrebbe meno per la sola apertura della procedura e potrebbe esercitarsi senza alcun effetto nefasto: la sua presenza avrebbe l'unico effetto negativo di disincentivare i soggetti dal partecipare alla gara, in quanto l'aggiudicazione finale potrebbe essere maggiormente difficile⁴⁶⁶.

Nel secondo caso (quello circa la sorte dei contratti preliminari) la disciplina in esame statuisce l'applicabilità della stessa anche ai trasferimenti esecutivi di contratti preliminari, poiché leggiamo nel testo che la stessa si riferisce ad ogni "*contratto che*

⁴⁶² Sappiamo come il concetto di azienda si presti a differenti definizioni.

⁴⁶³ A tal proposito, una via che può essere seguita è quella di predisporre dei formulari standard precompilati che gli stessi potrebbero utilizzare per conformare il contenuto della loro proposta. Per quanto sin qui affrontato, v. P. G. Cecchini, *cit.*, pp. 1189 s.

⁴⁶⁴ Cfr. P. G. Cecchini, *cit.*, p. 1191.

⁴⁶⁵ Cfr. P. G. Cecchini, *cit.*, pp. 1187 ss.

⁴⁶⁶ Nel caso in cui trattasi di prelazione convenzionale, il debitore potrà giovare della facoltà di sciogliere o, di sospendere (nella fase prenotativa) il contratto a beneficio della positiva realizzazione della procedura competitiva. Per l'analisi qui effettuata si veda P. G. Cecchini, *cit.*, pp. 1197 s.

comunque abbia la finalità del trasferimento non immediato dell'azienda, del ramo d'azienda o di specifici beni"⁴⁶⁷: di contro rispetto a quanto sostenuto nell'ultima nota, la procedura competitiva può essere avviata se si tratta di cessione di singoli beni non (strettamente) connessa alla normale gestione dell'impresa (tale è la vendita in blocco delle merci del magazzino) e, come conseguenza (dell'aggiudicazione o della vendita finale della procedura) si determinerà lo scioglimento coattivo tanto dei contratti preliminari quanto (nel caso di cessione d'azienda) dei contratti preesistenti che hanno natura estimatoria ed affitto d'azienda⁴⁶⁸.

La fattispecie in esame non è ad oggi di opinione univoca poiché secondo alcuni (una parte minoritaria) lo scioglimento coattivo di cui si è parlato non si potrebbe determinare, mancando un riferimento specifico nell'art. 163 *bis*: secondo tale posizione dovrebbe essere invocato lo "scioglimento del contratto per presupposizione" oppure, ai sensi dell'art. 169 *bis*, dovrebbe essere richiesto al tribunale o lo scioglimento come contratto preliminare o che venga prevista una clausola di recesso nello stesso contratto in caso di aggiudicazione o vendita dei beni o dell'azienda a terzi (le stesse controversie riguardano anche l'affitto d'azienda); nonostante questa ambigua versione circa la sorte dei contratti preliminari, unanimemente si ritiene che non possa aprirsi il procedimento competitivo (e la successiva vendita) nel caso in cui prima della domanda concordataria venga trascritta ai sensi dell' art. 2932 c.c. una domanda giudiziale, che abbia ad oggetto l'esecuzione in forma specifica del dovere di stipulare un contratto definitivo: in tal caso resteranno salvi gli effetti del concordato preliminare⁴⁶⁹.

Da ultimo, ci si può chiedere quale sia la sorte del ricavato che si ottiene dalla vendita, conseguente alla conclusione della gara.

In primis, trascorrendo del tempo tra l'incasso del ricavato da parte dell'impresa e quello della distribuzione (post-omologazione) ai creditori, gli stessi potrebbero subire dei danni poiché, vantando dei privilegi sui beni oggetto della vendita, potrebbero veder svanire il loro recupero: questa dispersione del ricavato potrebbe essere una conseguenza di azioni esecutive che alcuni soggetti potrebbero porre in essere dopo che venga riscosso

⁴⁶⁷ Ne restano esclusi quelli che hanno ad oggetto la cessione dei singoli beni strettamente collegati alla normale gestione d'impresa, cfr. P. G. Cecchini, *cit.*, p. 1198.

⁴⁶⁸ Si rimanda, anche qui, a P. G. Cecchini, *op. cit.*, p. 1198.

⁴⁶⁹ Ciò si evince dalla visione di P. G. Cecchini, *cit.*, p. 1200.

il prezzo complessivo e vengano cancellati tutti i vincoli sui beni, come conseguenza di crediti sorti dopo che il ricorso sia stato reso pubblico nel registro delle imprese⁴⁷⁰.

In risposta a tali profili critici è giunta una pronuncia della Cass. Sez. I del 19 Febbraio 2016, in virtù della quale si è stabilito che “*i pagamenti di crediti anteriori non autorizzati comportino l’automatica revoca dell’ammissione alla procedura solo se siano diretti a frodare le ragioni dei creditori*”⁴⁷¹.

Infine l’ultimo *focus* desidero farlo sull’ipotesi di caducazione della procedura antecedente al trasferimento della proprietà del bene o dell’azienda all’aggiudicatario, ma successiva all’aggiudicazione; qui la domanda su cui ci si interroga è se il procedimento competitivo tra i vari offerenti debba interrompersi o debba concludersi: la risposta da preferire è quella della conclusione del procedimento, poiché in tal caso meglio si può proteggere l’affidamento di un eventuale terzo pretermesso⁴⁷².

4.1.1. ...Il giudizio di Cram down.

Come abbiamo detto precedentemente l’unico articolo che si occupa di regolare il giudizio di Cram down è il comma quarto dell’art. 180 l. f. (di cui abbiamo visto in precedenza il testo).

Nel regolare tale istituto l’articolo in esame permette di contestare la convenienza della proposta di concordato che è stata effettuata: l’istituto è applicabile sia nell’ipotesi di concordato con classi (come abbiamo visto a tal riguardo, la miniriforma del 2015 ha regolato tale fattispecie) sia in quella del concordato senza classi.

Nel primo dei due casi la contestazione può essere eseguita da una o più classi che si reputano dissenzienti, mentre nel secondo dei casi possibili è necessario che la contestazione venga presentata da una percentuale tale di creditori (dissenzienti)⁴⁷³ che rappresentino almeno il venti per cento “*dei crediti ammessi al voto*”⁴⁷⁴.

⁴⁷⁰ Ancora vi potrebbe essere una dispersione del ricavato come conseguenza della revoca, della rinuncia o della mancata omologazione del concordato, cfr. P. G. Cecchini, *cit.*, p. 1200.

⁴⁷¹ Cfr. P. G. Cecchini, *Concordato preventivo, cit.*, pp. 1200 s.

⁴⁷² Si conclude qui la disamina con il cfr. con P. G. Cecchini, *op. cit.*, pp. 1202 s.

⁴⁷³ Con decreto Ottobre 2012, il Tribunale di Piacenza ha sostenuto la possibilità, conseguente alle modifiche apportate all’art. 180 l. f. dalla L. n. 134/2012, che sia proposta opposizione da parte del creditore dissenziente, anche se non si siano formate delle classi, riconoscendo loro la piena legittimazione a proporre l’opposizione e la possibilità di verificare tanto la convenienza della fattispecie, quanto la costante fattibilità del piano concordatario, cfr. D. Grasselli, *cit.*, p. 198.

⁴⁷⁴ D. Grasselli, *op. cit.*, p. 198.

La richiesta di accesso al giudizio di Cram down presuppone una valutazione da parte del tribunale che si rapporti con l'interesse del singolo creditore opponente⁴⁷⁵: se il tribunale ritiene insussistente l'oggetto dell'opposizione, in quanto il creditore non potrebbe ottenere soluzioni migliori da altre alternative, andrà a rigettare la proposta di opposizione; tale questione appena detta si collega alla generale competenza del tribunale a verificare la fattibilità del piano e la sua funzionalità al migliore soddisfacimento dei creditori: il tribunale deve sempre stare allerta e, indipendentemente dalla presenza o meno di opposizioni, deve verificare che il piano sia o non sia fattibile, evitando di portare a termine un piano concordatario dannoso per il soddisfacimento dei creditori in quanto difettoso della "causa concreta" (da verificare caso per caso); in generale il creditore che imbocchi la via del giudizio di Cram down, potrà tutelare la sua posizione ed il suo interesse giuridico solo per quanto riguarda la possibilità di ottenere "*una soddisfazione migliore e non certamente nella rimozione delle conseguenze che gli derivino dalla procedura*"⁴⁷⁶.

Per verificare l'effettiva ammissibilità dell'opposizione è necessario confrontare la proposta in esame con delle alternative possibili e tra queste rientrano il fallimento, l'esecuzione individuale o il ritorno *in bonis* del debitore: per avere un buon termine di paragone è necessario analizzare la percentuale offerta al creditore per il suo soddisfacimento dalla proposta concordataria e quanto invece lo stesso potrebbe ottenere (ovvero il dividendo a cui il creditore potrebbe sperare) dalla liquidazione del patrimonio del debitore⁴⁷⁷.

Il discorso in esame permette un confronto con la disciplina americana (patria del giudizio di Cram down): negli Stati Uniti tale istituto indica uno, tra due modi possibili, per omologare il piano, ovvero la c.d. *confirmation*; l'altro metodo sarà quello consensuale; il soggetto che ha proposto il piano concordatario può vedersi confermato lo stesso da parte del tribunale anche qualora una o più classi di creditori (o anche azionisti) votino contro perché si sentono pregiudicati, purché i dodici requisiti richiesti dal paragrafo 1129 (a)

⁴⁷⁵ In questo caso vi è una sostanziale differenza tra la disciplina italiana e la disciplina americana dalla quale la prima prende spunto: secondo il Tribunale di Monza (2010) nella nostra fattispecie il giudice può ignorare la presentazione di un'opposizione da parte di un creditore purché lo stesso dimostri che i vantaggi e gli effetti che il creditore potrà ottenere dal piano saranno quantomeno uguali da quelli ottenibili a seguito della liquidazione, cfr. D. Grasselli, *op. cit.*, p. 199.

⁴⁷⁶ Tribunale di Monza, decreto 5 Agosto 2010. Qui si veda D. Grasselli, *cit.*, pp. 198 s.

⁴⁷⁷ Questo confronto (tra due valori) costituisce "*il contrappeso insopprimibile che tutela il diritto di proprietà asseritamente conculcato, in applicazione della garanzia costituzionale*": la garanzia a cui si fa riferimento è quella dell'art. 42 Cost, cfr. D. Grasselli, *op. cit.*, p.199.

dell'USA *Bankruptcy code* vengano rispettati; se di contro vengono proposte delle contestazioni, ovvero le c.d. *objection*, le stesse dovranno essere superate tramite il *fair and equitable test* ai sensi del par. 1129b2A: lo stesso dovrà dimostrare che il piano preveda per ciascuna delle classi, un trattamento quantomeno equivalente a quello che si sarebbe potuto ottenere grazie all'ordine di preferenza dei crediti stabilito dal diritto comune, ovvero il *non-bankruptcy law* al fine di evitare possibili *fair discrimination*; da ciò deriva una visione critica circa il criterio utilizzato per determinare il valore di mercato dei beni o dei diritti che dovranno essere liquidati, in quanto lo stesso è un criterio fortemente opinabile: il debitore potrebbe "giocare sporco" perché se chiedesse all'esperto una stima bassa renderebbe nefasta la soddisfazione dei titolari di un diritto di prelazione sul bene oggetto della liquidazione, di contro se chiedesse all'esperto una stima eccessivamente elevata, andrebbe a danneggiare i creditori chirografari⁴⁷⁸.

Il giudizio di Cram down svolge un ruolo fattivo anche nella procedura delle proposte concorrenti.

Se si vanno a leggere nello specifico gli artt. 163 e 185, comma 5 e 6, l. f. si nota come durante questa procedura (in riferimento ad una società debitrice) è possibile (oltre all'aumento di capitale e alla riduzione/esclusione del diritto di opzione) che venga attivata una sub-procedura di esecuzione in forma specifica: post-omologazione del piano concordatario, i proponenti che si siano accorti di comportamenti ostruzionistici o poco convincenti da parte degli amministratori e dell'assemblea, possono esperire una denuncia di tali comportamenti (es. ritardi, omissioni, etc.) innanzi al tribunale; la procedura si apre con ricorso con il quale viene chiesto che l'A. G. affidi ampi poteri ad un commissario giudiziale, in modo tale che lo stesso possa compiere atti all'occorrenza richiesti: come conseguenza del ricorso, lo stesso tribunale può revocare gli amministratori e, se lo ritiene necessario, può nominare un amministratore giudiziale (stabilendo la durata del mandato) che avrà il compito di compiere ogni atto all'uopo richiesto, se necessario all'esecuzione della proposta⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Nei confronti di una stima errata, sia in difetto che in eccesso, le uniche azioni esperibili sarebbero quella di richiesta dei danni al perito o quella di richiesta di una consulenza tecnica d'ufficio che andasse a revisionare il giudizio di opposizione all'omologazione del concordato. Si veda per questa analisi D. Grasselli, *op. cit.*, pp. 199 s.

⁴⁷⁹ Tra i poteri sostitutivi che l'amministratore giudiziale riceve, vi è quello di convocare l'assemblea straordinaria per deliberare l'aumento di capitale della società e l'esercizio del voto, conformemente al piano oggetto della proposta concordataria. Per quello fin qui detto si rimanda al cfr. F.

L'utilizzo di tale fattispecie è vista dal legislatore come un modo per evitare inutili abusi della disciplina delle proposte concorrenti⁴⁸⁰, in quanto un cattivo uso delle stesse potrebbe determinare la sottrazione di ricchezza in capo alla società in crisi, il tutto a vantaggio dei creditori a svantaggio dei soci; la disciplina che qui stiamo esaminando potrebbe danneggiare anche l'organizzazione societaria e i diritti/poteri dei soci determinando un danno che potrebbero subire il diritto di proprietà o l'iniziativa economica degli stessi⁴⁸¹.

Tutelare da un lato i soci durante queste operazioni, è sinonimo di una particolare attenzione del legislatore non solo verso la conservazione della ricchezza patrimoniale ma anche in base alla ricchezza che gli stessi possano ottenere da una gestione e programmazione dell'impresa che tenga conto del principio di *corretta gestione imprenditoriale e societaria*; dall'altro lato l'attenzione del legislatore verso le posizioni dei creditori durante queste operazioni è sinonimo di una volontà dello stesso di salvaguardare i loro interessi durante la fase di crisi, obbligando gli amministratori ad agire conservando (o ripristinando) la continuità aziendale⁴⁸² ove ne sussistono i presupposti⁴⁸³.

Come avviene anche in altri ordinamenti europei (quali Francia, Germania) sono previsti degli strumenti che possono salvaguardare il valore della partecipazione nell'impresa societaria in crisi, come avviene grazie al giudizio previsto i sensi del quarto comma dell'art. 180 l. f.; in aggiunta a tale possibilità, altre ancora di salvezza nella legge fallimentare (a garanzia dei soci) sono:

Pacileo, *Cram down e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1, 2018, parte I, pp. 2 s.

⁴⁸⁰ Un esempio di utilizzo abusivo della disciplina delle proposte concorrenti è quello delle c.d. *proposte parassitarie*, ovvero quelle che copiano a specchio, salvo leggere modifiche, la proposta del debitore originario: questa tipologia di proposte è consentita, se facendo leva sull'art. 163, comma 4 l. f., puntiamo l'attenzione al disposto secondo cui non è necessaria la relazione del professionista indipendente qualora non vi siano "*aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale*" rispetto al piano già presentato dal debitore, cfr. F. Pacileo, *Cram down*, cit., p. 31.

⁴⁸¹ F. Pacileo, *ult. op. cit.*, pp. 3 s.

⁴⁸² L'importanza della continuità aziendale permette agli interessi dei soci e a quelli dei creditori di camminare quasi sullo stesso piano anche se è possibile, specie nella disciplina delle proposte concorrenti, che soci e creditori entrino in conflitto d'interesse per il risanamento dell'impresa, imboccando diverse strade apparentemente conformi al miglior soddisfacimento dei creditori, v. F. Pacileo, *cit.*, p. 12.

⁴⁸³ Per questo, a seguito dell'aggravarsi della crisi economico-finanziaria, il legislatore ha chiesto che lo stesso diritto societario imponga ai suoi destinatari l'utilizzo di criteri minimi di efficienza per gestire l'attività d'impresa e che, gli stessi non siano inferiori a quelli previsti dal diritto concorsuale, cfr. F. Pacileo, *ult. op. cit.*, pp. 9 s.

- evitare il rischio di proposte concorrenti dannose rispettando invece le soglie di ammissibilità elevate previste (dalla legge stessa) nei concordati quali presupposti affinché la proposta concordataria originaria sia approvata (si fa riferimento al rispetto della percentuale di pagamento dovuta ai creditori chirografari);
- la possibilità di veder presentate proposte concorrenti solo nel caso di creditori titolari di almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale presentata dal debitore durante la proposta di concordato;
- la possibilità, concessa al debitore durante l'adunanza dei creditori, di far presente eventuali ragioni per cui non si debba ritenere ammissibile o fattibile un'eventuale proposta concorrente;
- preferire la proposta originaria del debitore rispetto a quelle concorrenti nel caso in cui le proposte ottengano la parità dei voti (raggiungendo le maggioranze) ai sensi del comma 1 dell'art. 177;
- la possibilità di non ammettere al voto i creditori che abbiano proposto l'offerta concorrente (salvo il loro collocamento in una classe autonoma di creditori)⁴⁸⁴.

Nella disciplina delle proposte concorrenti, a tutela dei soci della società soggetta a proposta concorrente, è garantita la possibilità di ottenere una tutela giurisdizionale effettiva, con la conseguente possibilità di esperire il giudizio di Cram down (ovvero l'opposizione all'omologazione):

- nel caso di sottrazione illegittima delle risorse patrimoniali (residuali) che spetterebbero ai soci, a beneficio di creditori o terzi;
- nel caso di proposta concorrente se la stessa lede o diminuisce i diritti/poteri loro spettanti, non garantendo agli stessi l'utilità marginale necessaria rispetto alla proposta del debitore originario;
- nel caso in cui una proposta concorrente venga omologata nonostante vada a pregiudicare le loro pretese legittime;

⁴⁸⁴ F. Pacileo, *ult. op. cit.*, pp. 18 s.

- nel caso in cui i soci abbiano partecipato fattivamente (con un loro contributo) al miglioramento del soddisfacimento dei creditori tramite ricapitalizzazione e conseguente ripristino della continuità aziendale⁴⁸⁵.

Nel caso in cui l'assemblea della società in crisi si renda conto che una proposta concorrente leda i loro interessi, chiederà agli amministratori la rinuncia alla domanda concordataria e di conseguenza, la rinuncia alla proposta concordataria determinerà *simul stabunt simul cadent* il venir meno delle proposte concorrenti: così facendo i soci potranno chiedere la liquidazione concorsuale (rinunciando) all'esdebitazione ai sensi dell'art. 184 l. f.⁴⁸⁶.

Nell'art. 180 l. f. si fa riferimento a qualsiasi interessato, per cui si ritiene di annoverare tra i soggetti legittimati anche il singolo socio, il quale può così opporsi nel caso in cui, se fosse omologata una proposta concorrente, lo stesso non potrebbe vedersi riconosciuto il suo diritto a "*partecipare proporzionalmente al risanamento dell'impresa*" (soprattutto se è stato escluso o limitato il diritto di opzione): anche nell'ipotesi di esclusione o riduzione del diritto di opzione, lo svantaggio che il socio possa subire, può essere giustificato solo se come contropartita lo stesso vedrà riconosciuto il suo diritto alla liquidazione della sua partecipazione (ancorché connesso ad eventuali risorse esterne apportate allo scopo di superare la crisi); il termine *proporzionalmente* è indissolubilmente connesso all'esercizio del diritto di opzione⁴⁸⁷.

Il socio non può vedersi escluso nella proposta concorrente a meno che la scelta in tal senso fatta sia motivata e giustificata "*dall'utilità marginale*"⁴⁸⁸.

Ma cosa succede effettivamente se l'opposizione del debitore o dei soci (all'omologazione della proposta concorrente) ai sensi dell'art.180 viene accolta?

La riforma del 2015 non si è occupata di dare una risposta al riguardo, potendosi fare solo riferimento al fatto che l'ultimo comma dell'art. 180 si riferisce in modo generico alle ipotesi in cui il tribunale, respinto il concordato e accertati i presupposti,

⁴⁸⁵ Cfr. F. Pacileo, *op. cit.*, pp. 25 s.

⁴⁸⁶ Perché anche la disciplina in esame non sia vittima di abusi, è impensabile che ogniqualvolta vengano presentate proposte concorrenti (per il solo fatto di presentarle) sia ammessa la possibilità di rinuncia alla domanda concordataria. Inoltre, in linea generale, rinunciare alla domanda concordataria, comporta un incompleto soddisfacimento per ogni soggetto coinvolto. Per il confronto sin qui fatto, v. F. Pacileo, *ult. op. cit.*, pp. 26 s.

⁴⁸⁷ Cfr. F. Pacileo, *Cram down, cit.*, pp. 45 s.

⁴⁸⁸ L'esclusione potrebbe essere tutt'al più legittimata se la stessa sia funzionale all'uscita dalla società di quei soci che non abbiano interesse o possibilità di occuparsi del risanamento aziendale, cfr. F. Pacileo, *op. cit.*, p. 47.

dichiari il fallimento con sentenza⁴⁸⁹; tuttavia nel momento in cui i soci presentano l'opposizione, la stessa deve basarsi su una proposta di concordato che sia fattibile e soprattutto ragionevole e che il debitore l'abbia formulata per consentire ai creditori (e a se stesso) vantaggi maggiori rispetto alla proposta fallimentare: per questo nel caso in cui, dopo l'accoglimento della proposta concordataria, il tribunale respingesse la domanda concordataria per vizio di forma della proposta concorrente, l'opposizione stessa determinerebbe in aggiunta (come detto) la caducazione della proposta debitoria, con la conseguenza che a questo punto, l'unica via percorribile sarebbe quella del fallimento; da questa digressione si evince come l'ultimo comma dell'art. 180 debba riferirsi al respingimento della proposta concorrente, fermo restando che se l'opposizione venga accolta, la procedura non termina e a restare valida ed efficace sarà la proposta del debitore originario⁴⁹⁰.

Da ultimo si può concludere che il *favor* per la tutela dei creditori e dei soci si rinviene anche nel comma 2, lett. b) dell'art. 6, L. n. 155/2017 dove si decide di “*imporre agli organi della società il dovere di dare tempestiva attuazione alla proposta omologata, stabilendo che, in caso di comportamenti dilatori od ostruzionistici, l'attuazione possa essere affidata ad un amministratore provvisorio, nominato dal tribunale, dotato dei poteri spettanti all'assemblea ovvero del potere di sostituirsi ai soci nell'esercizio del voto in assemblea*”, ed in aggiunta a ciò si sostiene che affinché tutto ciò possa avvenire, sarà necessaria “*la garanzia di adeguati strumenti d'informazione e di tutela, in sede concorsuale, dei soci*”⁴⁹¹.

4.2 Il possibile conflitto d'interesse fra creditori.

Nell'ipotesi di concordato (sia esso fallimentare che preventivo), al momento della votazione si potrebbero avere dei conflitti d'interessi tra i vari creditori se uno di loro sia nello stesso momento portatore di due interessi contrastanti tra loro, un interesse di tipo *personale* e l'altro di tipo *condiviso* e quindi comune e volto ad una migliore realizzazione del soddisfacimento di tutti i creditori.

La prima apparizione della fattispecie si è avuta agli articoli 28, 37 *bis* e 40 della legge fallimentare per ciò che riguardava *gli organi fallimentari*, mentre non vi sono stati sostanzialmente articoli che si riferissero nello specifico al tema dei concordati, pur

⁴⁸⁹ In questo ultimo comma non compare alcun riferimento all'ipotesi in cui il tribunale respinga la domanda o la proposta concordataria. V. F. Pacileo, *Cram down, cit.*, p. 28.

⁴⁹⁰ Cfr. F. Pacileo, *ult. op. cit.*, pp. 28 s.

⁴⁹¹ F. Pacileo, *cit.*, p. 51.

prevedendo ipotesi di esclusione dal voto ai sensi degli artt. 127, quinto e sesto comma, 177, quarto comma e 182 *quater*⁴⁹².

Per colmare questa lacuna tanto la giurisprudenza quanto la dottrina hanno fortemente affermato l'importanza di configurare la fattispecie di *conflitto d'interessi* anche in ambito concorsuale: la risposta è giunta dalla Suprema Corte con sentenza 10 Febbraio 2011 n. 3274, per la quale *“la esistenza di un conflitto di interessi tra soggetti acquisisce giuridica rilevanza quale causa di vizio di un atto o di fonte di risarcimento del danno non in ogni caso ma solo allorquando vi sia un contrasto tra un centro autonomo di interessi (sia esso dotato o meno di personalità giuridica) e il suo rappresentante...Nulla di tutto questo è ravvisabile nel rapporto tra creditori uti singuli e quali appartenenti alla massa nel momento in cui si esprimono nell'ambito dell'assemblea dei votanti per l'assorbente ragione che il fallimento non è un soggetto giuridico autonomo di cui creditori siano in qualche modo partecipi e il complesso dei creditori concorrenti viene costituito in un corpo deliberante in modo del tutto casuale e involontario così che non è avvinto da alcun patto che comporti, in qualche occasione, la necessità di valutare un interesse comune trascendente quello dei singoli”*⁴⁹³.

A tutto ciò la Suprema Corte aggiunge che *“D'altra parte il legislatore, ben conscio della realtà, non ha inserito una norma generale sul conflitto di interessi nell'ambito delle votazioni ma ne ha, al contrario, implicitamente escluso la sussistenza disciplinando specificamente i casi di rilevanza del conflitto”*, da ciò si può dedurre che partecipare al voto è sempre la regola chiave, mentre essere esclusi dal voto diventa un'eccezione ravvisabile in fattispecie particolari espressamente disciplinate⁴⁹⁴.

Questa visione della Suprema Corte non è stata esente da critiche ed in soccorso è giunto un cambio di prospettiva del concetto di fallimento, secondo cui lo stesso deve essere considerato non come istituto, bensì come massa di creditori partecipanti alla procedura e da qui, ampliando la visione, si è arrivati a sostenere che il fallimento potesse essere considerato un centro autonomo di interessi contrapposto a quello di altri soggetti (quali ad es. i creditori): anche in questo caso manca ancora un'estensione di tale visione

⁴⁹² Cfr. G. D'Attorre, *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori*, in *il Fallimento*, 7, 2012, p.757.

⁴⁹³ Si veda G. D'Attorre, *ult. op. cit.*, p. 758.

⁴⁹⁴ Cfr. G. D'Attorre, *ult. op. cit.*, p. 758.

alla fattispecie di concordato e alla possibilità di inserire in quest'ultimo l'ipotesi di conflitto di interessi fra creditori⁴⁹⁵.

A questo punto diventa fondamentale andare ad individuare un interesse dei creditori (comune a tutti) che si possa contrapporre all'interesse del singolo creditore (cioè il suo interesse individuale): l'interesse comune non sarà altro che il "*fatto che tutti i creditori sono attinti dalle regole della concorsualità e che, in questo contesto, ciascun creditore è consapevole che il proprio diritto è condizionato dai diritti altrui nel rapporto interno*"; questa tipologia di interesse, a cui si fa qui riferimento, è comune a tutti i creditori poiché gli stessi partecipano al procedimento nello stesso modo in cui tutti i soci fanno parte della compagine sociale⁴⁹⁶.

Se questa è la situazione, di conseguenza deve venire meno la considerazione secondo cui l'interesse dei creditori che partecipano al procedimento sia quello della massimizzazione del proprio soddisfacimento a danno degli altri, in quanto è evidente che la massa di patrimonio necessaria per soddisfare i creditori sia insufficiente per soddisfarli tutti allo stesso modo (infatti inevitabilmente alcuni avranno vantaggi maggiori rispetto ad altri); tuttalpiù nell'individuare gli interessi dei creditori e nel disciplinare la tanto agognata fattispecie del conflitto, è necessario chiarire che un singolo creditore, partecipante al concordato, sarà portatore di una pluralità di interessi (alcuni comuni con gli altri creditori ed altri individuali) tanto giuridici quanto di mero fatto⁴⁹⁷.

Il conflitto di interesse tra i creditori che partecipano al procedimento si avrà quando un votante sarà in posizione contrapposta rispetto alla controparte o alla massa dei creditori: questa è l'ipotesi in cui il creditore sia anche proponente del concordato, poiché in tale ipotesi il creditore-proponente avrà un interesse opposto a quello degli altri creditori (configurandosi tanto un interesse individuale quanto un interesse collettivo), in quanto il primo andrà a sperare per un minor esborso finanziario ed una minore percentuale di pagamento dei creditori, mentre i secondi vorranno massimizzare la percentuale di soddisfacimento⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ G. D'Attorre, *ult. op. cit.*, pp. 759 s.

⁴⁹⁶ Si veda G. D'Attorre, *op. cit.*, pp. 759 s.

⁴⁹⁷ Si deve comunque escludere, dall'interesse individuale del singolo creditore il suo atteggiamento psicologico in quanto altrimenti sarebbe impensabile che tra le diverse posizioni (così considerate) dei vari creditori ve ne sia uno in comune. Sin qui si veda G. D'Attorre, *ult. op. cit.*, pp. 759 ss.

⁴⁹⁸ G. D'Attorre, *cit.*, pp. 763 ss.

Concludendo l'interesse personale del creditore si configurerà nel momento in cui lo stesso avrà un interesse ad un vantaggio particolare ottenibile tramite il concordato, che gli altri creditori non condivideranno e che porterà ad una disomogeneità ai fini del voto: lo stesso non si baserà sulla partecipazione al procedimento bensì su una situazione esterna del creditore che dovrà essere correttamente valutata caso per caso in relazione alla proposta concordataria e antecedente alla stessa e potrà essere rappresentato non tanto da un'utilità maggiore quanto anche dalla possibilità di evitare un sacrificio specifico⁴⁹⁹.

Da ultimo ritengo interessante analizzare quello che deve essere il trattamento di un creditore in conflitto di interesse, analizzando le ipotesi in cui, pur non vietando in generale l'esercizio del voto, è possibile l'annullabilità delle delibere assunte con voto determinante del creditore in conflitto che potrebbe arrecare un qualsiasi danno alla società.

Le proposte che si prospettano possono essere di due tipi:

- l'esclusione dal voto del creditore in conflitto;
- l'inserimento del creditore in una classe separata⁵⁰⁰.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, il possibile conflitto è stato disciplinato dall'art. 127, quinto e sesto comma e dall'art.177, quarto comma della l. f., pur avendo gli articoli in esame natura eccezionale e non potendo essere applicati analogicamente: l'eccezionalità tuttavia non riguarda il fatto di essere escluso dal voto quanto la limitazione della libertà negoziale dello stesso creditore che vedrà "sterilizzato" il suo voto in presenza dei presupposti di un possibile conflitto di interessi⁵⁰¹.

Negli articoli anzidetti è previsto l'obbligo di escludere tali creditori dal computo delle maggioranze; per quanto riguarda la fattispecie in esame, attenendoci sempre alla regolarità della procedura, la stessa sarà verificata dal tribunale durante la fase di omologazione: così ogni creditore potrà contestare il fatto di vedere considerato il suo voto "in conflitto" e "*potrà censurare in sede di omologazione la propria esclusione*"; è possibile infatti che il tribunale in sede di omologazione esamini anche d'ufficio le decisioni circa l'ammissione o meno del voto "in conflitto": in caso di errata esclusione o

⁴⁹⁹ Tra questi vi può essere l'interesse del creditore a non vedere sciogliere il suo rapporto contrattuale in caso di fallimento, a non subire la revocatoria fallimentare o l'azione risarcitoria, a vedere stabilizzata la sua posizione creditoria in capo al creditore convenuto ai sensi dell'art. 98 l. f. se la proposta dovesse prevedere la rinuncia a tali giudizi. Cfr. G. D'Attorre, *ult. op. cit.*, pp. 763 s.

⁵⁰⁰ Cfr. G. D'Attorre, *Il voto nei concordati, cit.*, p. 764.

⁵⁰¹ Cfr. G. D'Attorre, *op. cit.*, pp. 763 s.

ammissione dello stesso si potrà giungere alla mancata omologazione della proposta concordataria, allorché si riesca a provare che *“l’ammissione o esclusione del creditore avrebbe avuto influenza sulla formazione delle maggioranze”*⁵⁰².

Per quanto riguarda la seconda ipotesi, ovvero quella della creazione di una apposita classe di creditori dove inserire i soggetti in conflitto di interessi, separati dagli altri, la stessa dovrebbe portare ad un’immunizzazione del voto degli stessi⁵⁰³.

Analizzando nello specifico la fattispecie, nel caso in cui il creditore in conflitto sia uno solo o più, tutti inseriti in un’unica classe, la proposta concordataria potrà essere approvata se raggiunge il voto favorevole della maggioranza dei creditori non in conflitto, i c.d. creditori esterni; di contro nel caso in cui due creditori in conflitto vengano inseriti in classi diverse, se verranno esclusi dalla votazione, non potranno concorrere all’approvazione, mentre se verranno inseriti in due classi distinte potranno comunque concorrere all’approvazione e l’eventuale conflitto sarà oggetto di un controllo sulla regolarità della procedura ai sensi dell’art. 180, comma quarto da parte del tribunale⁵⁰⁴.

Come conseguenza dovrebbe analizzarsi un ulteriore profilo di criticità in quanto, se il creditore in conflitto volesse non approvare il concordato o voterebbe in senso contrario, il fatto di essere stato inserito in una classe separata rispetto agli altri creditori gli permetterebbe in sede di omologazione della proposta concordataria di far sì che il tribunale verifichi anche la convenienza della proposta concordataria ai sensi del comma 5 dell’art. 129 e ai sensi del comma 4 dell’art. 180 l. f., in quanto farebbe parte di una classe dissenziente; di contro nel caso in cui gli venga a prescindere vietato il diritto di voto, lo stesso potrà chiedere al tribunale solo un giudizio circa la regolarità o meno della procedura⁵⁰⁵.

Ad oggi si propende tuttavia, per la prima ipotesi, ovvero quella dell’esclusione del voto del creditore in conflitto di interessi, fermo restando che, in generale si può concludere che i creditori debbano comportarsi, ai sensi del comma 1 dell’art. 4 CCII *“secondo buona fede e correttezza”*, sia durante tutte le fasi di trattative sia durante la fase

⁵⁰² Si veda G. D’Attorre, *op. cit.*, p. 765.

⁵⁰³ Cfr. G. D’Attorre, *cit.*, pp. 765 s.

⁵⁰⁴ G. D’Attorre, *op. cit.*, pp. 765 s.

⁵⁰⁵ *“La tesi secondo cui il creditore in conflitto deve essere inserito in una classe separata è sostenibile solo a condizione che, a monte, si affermi la tesi della obbligatorietà e non della mera facoltatività della formazione delle classi di creditori”*, affermazione che oggi possiamo sostenere con fermezza in base alla mini-riforma del 2015 in tema di concordato con classi, si veda G. D’Attorre, *ult. op. cit.*, p. 766.

esecutiva di una qualsiasi procedura di accordi o di regolazione della crisi o dell'insolvenza, con il conseguente obbligo non solo di collaborare in modo leale con tutti gli organi delle procedure e con l'imprenditore stesso, quanto ai sensi del terzo comma dello stesso articolo, di “rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione del debitore, sulle iniziative da questi assunte e sulle informazioni acquisite”⁵⁰⁶.

5 Brevi cenni su altre tipologie di concordato: il concordato con riserva e il ruolo del pre-commissario.

Grazie al d. l. n. 83/2012, modificato e convertito nella l. n.134/2012, è stato modificato l'istituto del concordato preventivo con la possibilità di esperire il *concordato con riserva*, in virtù di una migliore efficienza degli strumenti che ad oggi vengono utilizzati per risanare le situazioni di crisi.

Da sempre è stata posta all'attenzione del legislatore il fatto che lo stesso si attivasse in estremo ritardo, ovvero quando la situazione è ormai irreversibile: non a caso il legislatore ha voluto disincentivare questa pratica in modo tale da garantire “l'attivarsi tempestivo” del soggetto in crisi e ha ripetuto che lo strumento maggiormente adatto a tal fine (anche sulla base delle stringenti necessità del sistema) fosse il concordato preventivo, in quanto lo stesso è l'unico che potrebbe essere risolutivo già in una possibile fase di insolvenza; per garantire allo strumento effetti positivi, il legislatore ha pensato di renderlo più appetibile ed è riuscito nel suo intento tramite l'introduzione dell'istituto de *la domanda di concordato con riserva o “prenotativa”*.

La disciplina in esame è regolata dal sesto comma dell'art. 161 l. f., la quale ha alla base il *Chapter 11*⁵⁰⁷ del *Bankruptcy Code*.

In dettaglio, tramite la fattispecie qui esaminata, il debitore ha la facoltà di presentare la domanda concordataria, rinviando ad un secondo momento il dovere di depositare la proposta, il piano e tutta la documentazione necessaria⁵⁰⁸ prevista dalla legge

⁵⁰⁶ Cfr. art. 4 CCII.

⁵⁰⁷ Tale istituto consente al debitore un “ombrello protettivo e di ottenere un tempo anche abbastanza lungo per definire piano e proposta”, cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, p. 170.

⁵⁰⁸ All'interno della documentazione deve essere fatto presente che sono state già avviate delle trattative con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti, una dichiarazione di un professionista indipendente ai sensi dell'art. 67 l. f. circa l'idoneità della proposta concordataria a soddisfare regolarmente anche i creditori estranei all'accordo; a questi documenti si aggiungono i dati anagrafici del debitore e la sua manifestazione di volontà che attestati l'accesso al concordato preventivo; ancora abbiamo visto dal testo dell'articolo che il debitore ha l'obbligo di allegare anche i bilanci degli ultimi tre esercizi e l'elenco dei creditori e dei relativi crediti; grazie alla documentazione allegata, il tribunale potrà esperire un controllo preliminare in favore dei creditori, verificare la sua competenza territoriale e verificare che il debitore sia in possesso dei limiti dimensionali per accedere alla procedura di concordato (non potendovi accedere

in un termine compreso tra 60 e 120 giorni (prorogabile per ulteriori sessanta)⁵⁰⁹, termine entro il quale è altresì possibile depositare la domanda per omologare un accordo di ristrutturazione dei debiti: in particolare “*L'imprenditore può depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni*”; così facendo, riuscendo a far emergere la situazione di crisi in una fase antecedente rispetto a quanto avviene di solito, si può guadagnare tempo⁵¹⁰ che può rivelarsi necessario per confezionare una proposta concordataria il quanto più possibile confacente agli interessi dei soggetti coinvolti⁵¹¹.

Con tale disciplina il legislatore permette che la regola dell'*automatic stay* “*scatti automaticamente già con il deposito della domanda di concordato con riserva*” ed inoltre alla successiva lett. c) del medesimo comma e articolo viene fatta presente la possibilità di beneficiare di misure protettive per quanto riguarda i termini di durata degli effetti, salva la possibilità di revoca delle stesse su ricorso da parte dei soggetti interessati qualora quest'ultime arrechino danno alla positiva conclusione della procedura⁵¹².

L'istituto del concordato con riserva è una possibilità data al debitore e rimessa alla sua discrezionalità, in quanto lo stesso ha ampia libertà tanto in tema di documenti da

l'imprenditore minore che non supera determinati limiti in termini di attivo patrimoniale, ricavi lordi e debiti), cfr. G. Terenghi, *cit.*, pp. 65 s.

⁵⁰⁹ La proroga può essere disposta solo in caso di giustificati motivi attestati dal giudice come ad esempio il caso in cui il debitore abbia già abbozzato il piano ma si renda conto, solo successivamente della mancanza di alcune clausole o di ulteriori accertamenti da parte del professionista attestatore; di contro nel caso in cui il debitore non abbia neppure lontanamente abbozzato un piano, il prolungamento dei termini non può essere concesso; per concedere o meno l'ulteriore termine sarà necessario fare riferimento ad atti e documenti in possesso del debitore che il tribunale potrà chiedere anche grazie al controllo da parte del commissario giudiziale, non potendo venir meno per il debitore l'obbligo di un'informativa periodica. V. G. Terenghi, *op. cit.*, pp. 66 s.

⁵¹⁰ Già una previsione simile era prevista dal sesto comma dell'art 182 *bis* in cui si richiedeva ai creditori di non intraprendere o continuare azioni esecutive o cautelari avverso il debitore a seguito del deposito della documentazione prevista dall'art. 161 l. f., cfr. G. Terenghi, *La domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Gestione delle procedure concorsuali*, *cit.*, p. 64.

⁵¹¹ Questa anticipata possibilità di outing per il debitore sarà appetibile se alla stessa saranno strettamente collegati gli effetti benefici e protettivi derivanti dall'apertura della procedura, se pur con contenuti incompleti (nelle more della procedura di negoziazione del piano di composizione della crisi). Per questo confronto si veda S. De Matteis, *cit.*, pp. 170 s.

⁵¹² Cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, p. 171.

allegare quanto in virtù della possibilità di non motivare obbligatoriamente le ragioni di accesso alla domanda prenotativa.

Figura chiave nell'istituto in esame (definito anche concordato "in bianco") è quella del pre-commissario, ad oggi necessaria⁵¹³ per evitare eventuali abusi nell'utilizzo di tale strumento: stando così le cose il legislatore italiano si è sentito in dovere di aumentare i poteri concessi al Commissario giudiziale durante la fase prenotativa, non distinguendosi da quelli già previsti per lo stesso durante la fase conseguente all'ammissione al concordato; il soggetto in esame viene nominato ai sensi degli artt. 163 comma 2, n. 3 e 161, comma 6 ad opera del tribunale con il decreto di apertura della procedura di pre-concordato⁵¹⁴.

Tra i compiti che lo stesso sarà chiamato a svolgere ve ne saranno alcuni di mera vigilanza e altri di controllo su quanto svolto dal debitore ed in particolare:

- controllo sulla gestione economico-finanziaria dell'impresa, sulla serietà delle attività svolte dal debitore circa la redazione del piano, sul rispetto degli obblighi informativi;
- controllo sull'eventuale compimento da parte del debitore di una condotta prevista ai sensi dell'art. 173 l. f., ovvero nel caso di occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo, nel caso in cui abbia dolosamente omesso alcuni crediti, nel caso in cui abbia fatto presente passività inesistenti o nel caso in cui in generale il debitore abbia commesso atti in frode⁵¹⁵;
- controllo sull'amministrazione dei beni e sull'esercizio dell'attività di impresa da parte del debitore ex art. 167 l. f.;
- pareri obbligatori ma non vincolanti nei casi previsti dalla legge, ovvero per l'autorizzazione al compimento di atti urgenti⁵¹⁶ di straordinaria

⁵¹³ La nomina di tale soggetto si è ritenuta necessaria anche a fronte di una salvaguardia del patrimonio dell'impresa e dell'interesse dei creditori coinvolti, cfr. D. Capolupo, *La figura del pre-commissario nel concordato preventivo con riserva*, in *il Fallimento*, 12, 2017, p. 1352.

⁵¹⁴ Secondo quanto sostenuto dalla giurisprudenza la nomina può anche essere successiva e avvenire durante il termine ulteriore concesso per il deposito della proposta e del piano: questo secondo una sentenza del Tribunale di Pavia del 26 Giugno 2013, cfr. D. Capolupo, *cit.*, p. 1353.

⁵¹⁵ Al sopraggiungere di queste fattispecie il tribunale dovrà aprire un procedimento ai sensi dell'art. 15 l. f. con la quale verrà dichiarata l'improcedibilità della domanda concordataria.

⁵¹⁶ L'urgenza dell'atto deve riferirsi al fatto che, se non compiuto nell'immediato, lo stesso arrecherà un danno all'impresa determinando una mancanza di utilità per i creditori nel futuro; l'atto sarà comunque soggetto alla prededuzione e sarà esentato da revocatoria fallimentare, v. D. Capolupo, *op. cit.*, p. 1356.

amministrazione⁵¹⁷ ex comma 7, art. 161, per l'autorizzazione ad avere finanziamenti prededucibili, funzionali e urgenti all'esercizio dell'impresa, per l'eventuale non idoneità dell'attività svolta dal debitore circa la redazione del piano e della proposta, per l'autorizzazione a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici;

- il pre-commissario dovrà vigilare inoltre tanto sui tempi che dovrebbero essere rispettati dal debitore, quanto su ogni aspetto formale e sostanziale delle attività da lui svolte, purché l'atteggiamento da parte del pre-commissario non si traduca in comportamenti di controllo sproporzionato o in atteggiamenti inquisitori;
- è possibile un controllo da parte del commissario riguardante atti posti in essere antecedentemente al deposito della domanda o all'apertura della procedura concordataria, nel caso in cui gli stessi abbiano valore decettivo e pregiudichino un sano consenso da parte dei creditori: infatti l'attività posta in essere prima del deposito della domanda o prima dell'apertura della procedura può incidere negativamente e non tanto perché gli atti abbiano valore ingannatorio a sé stante, quanto perché la stessa potrebbe avere rilevanza in connessione con la successiva richiesta di accesso alla procedura concordataria⁵¹⁸.

Nella procedura del concordato con riserva è necessario che sia sempre presente una *cooperazione informativa* tra i vari soggetti coinvolti; non a caso nel periodo compreso fra il deposito del ricorso e il termine per allegare la documentazione integrativa, è fatto obbligo al debitore, in funzione di una maggiore tutela per i creditori, che lo stesso rispetti degli obblighi informativi periodici: quest'ultimi avranno ad oggetto la gestione finanziaria dell'impresa, l'andamento qualitativo dell'attività d'impresa, gli atti di gestione degli amministratori, il conto economico di periodo (dando la possibilità al tribunale di accorgersi di eventuali atti "poco convincenti")⁵¹⁹.

Per evitare un abuso ricorso allo strumento in esame il legislatore richiede che "*la domanda...è inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato*

⁵¹⁷ La straordinarietà dell'atto deve essere valutata caso per caso e l'atto deve essere idoneo a incidere negativamente sul patrimonio del debitore, arrecando svantaggio al soddisfacimento dei creditori, cfr. D. Capolupo, *cit.*, p. 1356.

⁵¹⁸ Cfr. D. Capolupo, *op. cit.*, pp.1354 ss.

⁵¹⁹ P. G. Terenghi, *op. cit.*, p. 75.

altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti": nel caso di *recidiva infrabiennale* la stessa viene disposta nel momento in cui la prima inammissibilità sia stata pronunciata per una mancata presentazione della proposta concordataria nei termini fissati, così da un lato evita abusivi usi dello strumento, ma dall'altro consente comunque al debitore una seconda chance potendo usare strumenti alternativi al fallimento quale la domanda ordinaria di concordato preventivo (a condizione di non incorrere in fattispecie di abuso di diritto) ai sensi e nei limiti del comma 9 dell'art. 161 l. f.⁵²⁰.

Da ultimo, per quanto riguarda gli effetti protettivi del concordato, ai sensi del quinto comma dell'art. 161 viene stabilito che *"gli effetti del concordato decorrono da momenti soggettivamente distinti"*: per il debitore si ha "spossessamento" al momento del deposito della domanda, mentre i creditori non saranno più legittimati ad iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive, nel momento in cui la domanda concordataria venga depositata nel registro delle imprese (dopo il deposito del ricorso); inoltre ai sensi del terzo comma dell'art. 168⁵²¹ l. f. vengono anticipati gli effetti protettivi della procedura che retroattivamente verranno estesi ai diritti che i creditori hanno acquisito nei novanta giorni precedenti alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, con la conseguenza che in caso di fallimento *"l'inefficacia è estesa anche ai creditori successivi, purché anteriori alla dichiarazione di fallimento; ove la procedura di concordato dovesse naufragare...con il ritorno in bonis della società, le ipoteche riacquisirebbero la loro efficacia erga omnes"*⁵²².

6 Breve conclusione.

Volendo sempre far fronte ad un utilizzo positivo e tempestivo del concordato preventivo quale strumento per far emergere tempestivamente una situazione di crisi, prima che la stessa diventi irreversibile, a fronte anche dello sviluppo della pandemia epidemiologica dovuta al Covid-19, il legislatore ha deciso di intervenire in tema di concordato preventivo per evitare che l'emergenza vada a compromettere il buon esito di tale procedimento: in particolare al debitore è stata data la possibilità di avere una dilazione temporale per

⁵²⁰ Si veda G. Terenghi, *op. cit.*, p. 75.

⁵²¹ Il testo recita così *"le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato"*, cfr. G. Terenghi, *op. cit.*, p. 76.

⁵²² V. G. Terenghi, *op. cit.*, p. 76.

predisporre piano, proposta concordataria e successive modifiche o per eseguire il concordato.

In particolare, prima l'art. 83 del d. l. Cura Italia e poi l'art. 36 del d. l. Liquidità hanno previsto una sospensione dei termini processuali tanto per gli atti introduttivi quanto per gli atti d'impulso processuali; da ultimo l'art. 9, comma 1 del d. l. 8 Aprile 2020, n. 23 che inizialmente prevedeva la proroga per gli adempimenti delle procedure con scadenza nel periodo compreso tra il 23 Febbraio 2020 e il 31 Dicembre 2021, ad oggi, eliminando il termine finale, ha previsto la proroga dei termini per i procedimenti di concordato preventivo, accordo di ristrutturazione, accordi di composizione della crisi e piani del consumatore già omologati che abbiano scadenza successiva al 23 Febbraio 2020⁵²³.

⁵²³ Per questa conclusione, cfr. G. B. Nardecchia, *La legislazione emergenziale: il concordato preventivo*, in *il Fallimento*, 7, 2020, pp. 885 ss.

CAPITOLO III I NUOVI ISTITUTI

SOMMARIO: 1. *Premessa. Gli strumenti negoziali stragiudiziali* 2. *Il piano di risanamento* 3. *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti* 4. *La Direttiva UE 1023/2019 e le misure da questa annunciate* 5. *Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento alla luce della L. n. 3/2012 e del CCII 5.1 Un focus sul concordato minore* 6. *La liquidazione giudiziale* 7. *Breve analisi sugli strumenti finanziari partecipativi*

1. Premessa. Gli strumenti negoziali stragiudiziali.

Eccoci giunti nel capitolo finale di questo elaborato in cui andrò ad affrontare gli strumenti negoziali stragiudiziali e le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento riferendoci alla L. n. 3/2012, alla Direttiva UE n. 1023/2019 e al CCII.

È giusto, a mio parere, iniziare la disamina partendo dagli *strumenti negoziali stragiudiziali* tra i quali si annoverano i piani di risanamento attestati e gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Gli accordi stragiudiziali si basano su un “accordo” raggiunto tra debitori e creditori: prima della riforma del 2005, gli stessi venivano considerati come una *extrema ratio* nel caso in cui, tramite altre procedure (quali i concordati), non si poteva ottenere la soglia di soddisfacimento dei creditori assicurata dalla legge⁵²⁴.

Sebbene, tanto il piano di risanamento quanto gli accordi di ristrutturazione dei debiti, abbiano il comune intento di proteggere i creditori dalle azioni esecutive, puntando al risanamento e al riequilibrio dell’impresa, gli stessi presentano delle sostanziali differenze in termini di controllo (come vedremo) da parte del tribunale: nel piano di risanamento, l’unico controllo⁵²⁵ da parte del tribunale si avrà solo “*qualora il piano non abbia prodotto effetti sperati, l’imprenditore sia fallito ed il curatore del fallimento intenda sottoporre a revocatoria gli atti effettuati in esecuzione del piano*”; viceversa per gli accordi, il controllo del tribunale è necessario durante l’omologazione (così come

⁵²⁴ M. Rubino, *Piano di risanamento e riequilibrio finanziario*, in *Gestione delle procedure concorsuali*, cit., p. 32.

⁵²⁵ Proprio per questo il piano di risanamento è uno strumento di tipo unicamente negoziale, proprio della sfera di autonomia privata del soggetto che lo richiede. Non è un caso che il Codice lo denomina come *strumento negoziale*, cfr. G. Fauceglia, *Il piano di risanamento nel Codice della Crisi e dell’Insolvenza*, in *il Fallimento*, 11, 2019, p. 1281.

avviene in tema di concordato) per garantire allo stesso il raggiungimento degli effetti sperati⁵²⁶.

Il CCII presenta una disciplina composita in tema di strumenti stragiudiziali che vanno dagli accordi in esecuzione dei piani attestati di risanamento, agli accordi di composizione della crisi con l'assistenza dell'OCRI sino agli accordi di ristrutturazione dei debiti nelle diverse forme: “normali”, agevolati e ad efficacia estesa.

In particolare, nel Titolo Quarto, Capo I, Sez. I, rubricato *Strumenti di regolazione della crisi*, è dedicato l'art.56 al piano di risanamento attestato, mentre sono dedicati agli accordi di ristrutturazione gli artt. compresi tra il 57 e il 64; alla Sez. II troviamo poi le convenzioni di moratoria disciplinate dall'art.62, la transazione fiscale all'art. 63; così facendo, finalmente, il piano di risanamento trova una sua dimensione personale all'interno della disciplina⁵²⁷.

Gli strumenti di regolazione della crisi sembrano disposti in base ad una “progressione” che così si delinea:

- Art.56: accordo in esecuzione del piano attestato per cui non si prevede né protezione interna né controllo preventivo da parte del tribunale;
- Art. 19: accordo con i creditori con l'assistenza dell'OCRI per il quale è previsto lo stesso effetto del piano ma che, all'opposto, dà la possibilità di richiedere misure protettive (ai sensi dell'art. 20);
- Art. 57: accordo di ristrutturazione dei debiti per cui sono previste sia misure protettive sia un controllo preventivo da parte del tribunale in sede di omologazione⁵²⁸.

Il processo di riforma del legislatore negli ultimi quindici anni ha sicuramente avuto il coraggio di cambiare l'approccio del diritto concorsuale, passando da un sistema volto alla tutela dei creditori (che non viene eliminata) ad un sistema volto alla tutela della continuità aziendale; il tutto è avvenuto su un doppio binario: da un lato l'introduzione degli strumenti *contrattuali* di risoluzione della crisi e dall'altro favorendo il debitore,

⁵²⁶ Cfr. M. Rubino, *op. cit.*, pp. 31 ss.

⁵²⁷ Dalla collocazione delle discipline di piano attestato e di accordi di ristrutturazione, si evince come il legislatore abbia voluto sottolineare come gli stessi sono “*lo stesso oggetto material-giuridico visto da due punti di vista diversi*”, cfr. A. Zorzi, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi*, in *il Fallimento*, 8-9, 2019, p. 993.

⁵²⁸ A. Zorzi, *op. cit.*, p. 997.

dandogli la possibilità di rimettersi in gioco tramite l'esdebitazione grazie al consenso dei creditori⁵²⁹.

Con la scelta degli *strumenti negoziali stragiudiziali* dal 2005 in poi (anno in cui si è dato avvio a questo processo riformatore), il legislatore ha voluto sostanzialmente fornire maggiori possibilità al debitore/imprenditore (e non) per regolare le situazioni di crisi nel modo più efficace possibile, cercando di ridurre al minimo i possibili effetti negativi che una crisi trascina con sé.

Per riuscire nel suo intento il legislatore ha strutturato questi nuovi strumenti come dei contratti in esecuzione di un piano prestabilito dal debitore che incontri il *favor dei creditori*: la natura del contratto, tanto nel piano di risanamento quanto negli accordi di ristrutturazione (che a differenza del primo sono soggetti ad obbligazione necessaria), porta con sé gli effetti modificativi che si rintracciano nella ristrutturazione del debito, nella tutela dei creditori estranei; il punto di congiunzione tra i due istituti (essendo il piano lo strumento con cui si sintetizza il programma economico-aziendale del debitore e dell'accordo) è fissato dall'art. 58 del CCII⁵³⁰.

La vera novità apportata al Codice con questi nuovi strumenti è il rapporto tra l'attività d'impresa e l'atto/negozio giuridico in quanto la prima non è più una semplice variabile del secondo bensì un modo per selezionare gli interessi che devono essere tutelati: il contratto, essendo lo strumento principale dell'organizzazione dell'attività d'impresa, diverrà uno strumento polifunzionale⁵³¹. Come conseguenza, per gli strumenti che andremo ad analizzare, la causa del contratto non sarà altro che la gestione della crisi nella prospettiva di una sua risoluzione⁵³².

2. Il piano di risanamento.

Il piano di risanamento e di riequilibrio finanziario regolato dall'art. 67, terzo comma, lett. d) della l. f. e dall'art. 56 del Codice della crisi e dell'insolvenza, è il principale strumento di risoluzione negoziale della crisi; il primo riferimento normativo si rinviene nel d. l. n. 35 del 2005, convertito nella L. n. 80 del 2005, mentre il d. lgs. n. 169 del 2007 ha

⁵²⁹ Questo ha sviluppato gli strumenti a favore del mantenimento del *going concern* che non prevede il controllo da parte del tribunale (se non un successivo controllo incidentale *ex post* e limitato alla sola legittimità) ai sensi del comma 3 dell'art. 67 l. f., cfr. E. Ricciardiello, *Profili di fattibilità giuridica dei piani attestati di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim.*, in *Il dir. Fallim*, 5, 2017, pp. 1033 s.

⁵³⁰ F. Macario, *Il contratto e gli "strumenti negoziali stragiudiziali" nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *i Contratti*, 4, 2019, pp. 369 s.

⁵³¹ F. Macario, *cit.*, p. 370.

⁵³² Si veda F. Macario, *cit.*, p. 371.

eliminato ogni dubbio circa la necessità che il piano debba essere attestato da un professionista indipendente⁵³³, iscritto all'albo dei revisori contabili, che disponga dei requisiti di professionalità previsti per la nomina del curatore fallimentare che attesti non più la ragionevolezza del piano ma la *veridicità dei dati aziendali e la fattibilità dello stesso* come sostenuto nella L. n. 134 del 2012⁵³⁴.

Prima di passare ai presupposti necessari per la disposizione del piano, bisogna soffermarsi sull'obiettivo che lo stesso pone in essere ovvero avere un piano che “*appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa*” e assicuri “*il riequilibrio della sua situazione finanziaria*”, in quanto la stessa riforma tende a “*salvaguardare il più possibile la conservazione dell'impresa, introducendo strumenti che consentano di far emergere fin da subito la crisi*”⁵³⁵; da ciò i principali effetti che deriveranno saranno quelli dell'esenzione da revocatoria e dell'esclusione di assoggettamento ad alcuni reati⁵³⁶ ricompresi nella fattispecie di bancarotta (ai sensi dell'art. 271 bis l. f.)⁵³⁷.

L'obiettivo così prefissato risulta parecchio ambizioso e “accattivante” in quanto, se da un lato sarà necessario risanare la capacità di generare reddito, dall'altro dovrà tenersi a mente la necessità di soddisfare integralmente tutti i creditori alle scadenze pattuite (salvo quelli che hanno dato il consenso a dilazioni); così posto il piano di risanamento non è altro che un primo livello di *reorganisation* intesa come strumento per superare la tensione finanziaria, la c.d. pre-crisi⁵³⁸; tuttavia neppure lo stato di insolvenza è inidoneo all'utilizzo dello strumento (come detto), purché anche in questa situazione il piano “*sia funzionale al risanamento dell'esposizione debitoria e del riequilibrio finanziario*”, cosa possibile solo nel caso di insolvenza reversibile e non nel caso di irreversibilità⁵³⁹.

⁵³³ L'onere di nominare l'attestatore spetta al debitore/imprenditore, v. M. Rubino, *op. cit.*, p. 30.

⁵³⁴ Cfr. M. Rubino, *op. cit.*, pp. 26 ss.

⁵³⁵ P. G. De Marchi Albegno-C. Giacomazzi, *I piani attestati ex art. 67 l. fall.*, in (diretto da) O. Cognasso e L. Panzani, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, III, Torino, 2016, p. 3173.

⁵³⁶ È stata prevista anche la depenalizzazione, ai sensi dell'art 342 CCII, dell'ipotesi in cui il professionista che attesta il piano abbia esposto informazioni false o abbia omesso informazioni ritenute rilevanti ai fini della fattibilità del piano, per cui è ad oggi prevista una sola responsabilità civile, cfr. L. Boggio, *cit.*, p. 1982.

⁵³⁷ S. De Matteis, *op. cit.*, p. 147.

⁵³⁸ “*L'attestazione dovrà pertanto, valutare l'attendibilità dei dati forniti, la probabilità di verifica dei presupposti per il recupero dell'impresa, la probabilità di tenuta nel medio periodo e attestare, quindi, la coerenza logica e fattuale del piano sia pure in un'ottica previsionale e probabilistica*” secondo P. Montalenti, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2011, p. 822.

⁵³⁹ Si veda S. De Matteis, *cit.*, pp. 150 ss.

È il primo comma dell'art. 56 CCII a stabilire il *presupposto soggettivo* per la presentazione di un piano di risanamento; questo fa riferimento all'imprenditore anche non commerciale, com'è ad esempio l'imprenditore agricolo, purché non si tratti di imprenditore minore⁵⁴⁰ (come si evince dal comma 1 del successivo articolo 57)⁵⁴¹.

E sempre al comma primo dell'art. 56 CCII viene stabilito quale debba essere il *presupposto oggettivo*, ovvero la condizione che l'imprenditore si trovi in uno stato di crisi o di insolvenza, ove viene stabilito sulla base di quanto detto nel terzo comma lett. d) dell'art. 67 l. f. che la finalità a cui tende il piano sarà quella di una prospettiva di continuità aziendale (a differenza di quanto possa accadere con gli altri strumenti sottoposti a omologazione) nel quadro di un risanamento e di un riequilibrio dell'impresa, ovvero in un quadro dinamico⁵⁴².

Per utilizzare lo strumento di cui all'art 67 l. f. (ora art. 56 CCII) basta che il debitore si trovi nella c.d. *twilight zone*, cioè una fase di pre-crisi⁵⁴³, evincendosi anche in questo caso il ruolo preventivo derivante dall'utilizzazione di questo strumento che potrà fare affidamento sui c.d. *creditori forti*, ovvero quei creditori che hanno l'onere (a detta del legislatore) di far emergere in modo tempestivo la crisi (incentivando il debitore a presentare un piano)⁵⁴⁴.

L'obiettivo del piano, quello del risanamento in un'ottica di continuità, è maggiormente evidente nel caso in cui il soggetto si trovi in uno stato di crisi, mentre nel caso in cui il soggetto richiedente si trovi in uno stato di insolvenza, è possibile che vi sia anche una "fase" liquidatoria che andrà a valorizzare alcuni *assets*, con la volontà di venderli successivamente sul mercato in quanto gli stessi potranno essere idonei ad un maggior realizzo del valore aziendale⁵⁴⁵.

⁵⁴⁰ Per questi sono previste ulteriori procedure, ovvero quelle di composizione della crisi da sovraindebitamento. Si veda A. Zorzi, *op. cit.*, pp. 994 s. A ciò si aggiunga quanto sostenuto da L. Boggio, *cit.*, p. 1979 secondo cui il piano di risanamento può essere presentato da tutti gli imprenditori a prescindere dal fatto che gli stessi possono essere soggetti o meno a liquidazione giudiziale.

⁵⁴¹ V. A. Zorzi, *op. cit.*, p. 994.

⁵⁴² G. Fauceglia, *cit.*, p. 1282.

⁵⁴³ Questa corrisponde ad un'area economico-temporale intermedia, precedente allo stato di crisi in senso tecnico, a cavallo tra il rischio di insolvenza e la possibilità di risanamento; in questo frangente non c'è ancora pregiudizio per la capacità di "ricorrere al credito, non essendo del tutto compromessa la fiducia del mercato verso la società", cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, p. 153.

⁵⁴⁴ S. De Matteis, *cit.*, p. 152.

⁵⁴⁵ Si veda G. Fauceglia, *op. cit.*, p. 1282.

È evidente come il piano di risanamento, che è rivolto ai creditori e non proposto agli stessi (cioè gli stessi non ne fanno parte) e che si basa su una proposta-accettazione⁵⁴⁶, debba avere un suo *business plan* (suddiviso in piano industriale, conto economico, stato patrimoniale e rendiconto finanziario) stabilito dall'art. 56 CCII, che ricalca un normale piano d'azienda e che all'inizio presuppone la fissazione di obiettivi; gli stessi, che possono essere raggiunti tramite la ristrutturazione dei debiti o attraverso strumenti alternativi come l'aumento di capitale, il ricorso a nuova finanza, la conversione in capitale dei debiti, presuppongono un vincolo funzionale, ovvero *la prospettiva non liquidatoria* (che si contrappone infatti al principio di continuità aziendale) e che di contro impedisce alle imprese in liquidazione di accedervi⁵⁴⁷.

Come abbiamo detto, l'art. 56 CCII disciplinando il contenuto del piano stabilisce anche che lo stesso debba essere una sorta di “*autoregolamentazione degli interessi*” e che lo stesso si esplica in una serie di atti unilaterali (esenti da revocatoria) che l'imprenditore pone in essere in esecuzione dello stesso: atti che possono anche prescindere dal rispetto del principio di *par condicio* in quanto possono prevedere dei trattamenti differenziati per ciascun creditore⁵⁴⁸.

Quello che si evince dallo strumento del piano di risanamento è che lo stesso non è altro che una *dichiarazione di intenti*, che sfocerà in un'importante modifica della situazione giuridica tanto del debitore quanto dei creditori; dallo stesso art. 56 si evince come il debitore andrà a coordinare gli atti realizzati con i creditori nel piano: effetto necessario affinché il piano possa dirsi realizzato e approvato dai creditori è che lo stesso sia fattibile⁵⁴⁹.

La prassi commerciale è riuscita ad individuare la linea che separa il pericolo di insolvenza dall'equilibrio finanziario nel rapporto Ebitda/PFN⁵⁵⁰. Nel caso specifico, se il primo sarà assente, sarà impossibile supporre una chance di risanamento, poiché sarà necessario che il piano preveda nuovo capitale di rischio apportato dall'imprenditore o dai

⁵⁴⁶ G. Fauceglia, *cit.*, p. 1283.

⁵⁴⁷ S. De Matteis, *op. cit.*, p. 150.

⁵⁴⁸ Cfr. G. Fauceglia, *op. cit.*, pp. 1283 s.

⁵⁴⁹ L. Boggio, *op. cit.*, p. 1981.

⁵⁵⁰ L'Ebitda è l'utile prima degli ammortamenti e delle svalutazioni, mentre il secondo rappresenta la posizione finanziaria netta, cfr. G. La Croce, *Il confezionamento di un piano di salvataggio dell'impresa in crisi da attestare*, in *il Fallimento*, 10, 2014, pp. 981 s.

creditori; nel caso in cui il rapporto anzidetto risulti squilibrato vi sarà debito eccessivo, già nella fase iniziale⁵⁵¹.

Nel redigere il piano dovranno essere scelte soluzioni strategiche che permettono di comprendere come, cosa, in quale mercato e quando produrre, poiché solo le scelte ponderate possono portare agli effetti sperati; il tutto deve essere redatto secondo i principi di *chiarezza, prudenza, completezza, neutralità, affidabilità e trasparenza*⁵⁵².

Nel momento in cui vengono fatte delle scelte, sarà estremamente necessario collegare a queste un piano di investimenti, andando a capire quanta ricchezza deve essere effettivamente utilizzata per ottenere gli obiettivi prefissati, analizzando il rapporto tra l'esborso di costi *drivers* e finanziari e i vantaggi (anche in termini di ricavato per i pagamenti) che si potranno ottenere⁵⁵³. L'aspetto finanziario è uno dei momenti principali di tutta la redazione del piano, in quanto esplicita quella che potrà essere la possibilità di continuazione dell'attività anche andando a migliorare i profili competitivi dell'azienda: alla fine, gli obiettivi del risanamento e del riequilibrio rappresentano una natura finanziaria, perché al di là dell'obiettivo, è solo ciò che effettivamente può spendere il debitore a determinare il contenuto del piano⁵⁵⁴.

Elemento importante riguardante il piano è che lo stesso, insieme agli atti e ai contratti in esecuzione dello stesso, ovvero quei negozi giuridici che in generale, economicamente parlando, rappresentano dei fattori di risanamento senza i quali il piano non può ottenere gli effetti di risanamento e di riequilibrio richiesti, abbia data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c. (come si evince dal sesto comma dell'art. 56 CCII), che permette al comma due "*la prova con qualsiasi mezzo della data della scrittura privata che contiene dichiarazioni unilaterali non rivolte ad una persona determinata*", concetto importante per la successiva analisi dell'azione revocatoria⁵⁵⁵.

Al contenuto del piano, ai sensi dell'art. 39 CCII (come si evince anche dal terzo comma dell'art. 56) è necessario allegare una documentazione che sarà la base su cui il professionista indipendente formerà la sua attestazione e che avrà le stesse caratteristiche della documentazione prevista per gli accordi di ristrutturazione: la stessa non sarà altro che una "*relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel*

⁵⁵¹ G. La Croce, *cit.*, p. 983.

⁵⁵² Cfr. G. La Croce, *op. cit.*, pp. 985 s.

⁵⁵³ Si veda G. La Croce, *cit.*, pp. 986 s.

⁵⁵⁴ Per l'analisi si veda G. La Croce, *cit.*, p. 988.

⁵⁵⁵ L. Boggio, *cit.*, p. 1980; A. Zorzi, *op. cit.*, p. 996.

quinquennio anteriore” al fine di ottenere “ogni elemento idoneo a permettere le valutazioni di convenienza...sulle proposte”⁵⁵⁶.

Come abbiamo detto è necessario che un professionista, dotato dei requisiti di indipendenza e professionalità, vada ad attestare il piano *in primis* riferendosi alla veridicità dei dati aziendali e, successivamente, andando ad analizzare la fattibilità dello stesso che deve essere sia economica che giuridica ai sensi del quarto comma dell’art. 56 CCII⁵⁵⁷.

Un ulteriore giudizio a cui deve essere assoggettato il piano, ai sensi dell’art. 1322 c.c., è quello di liceità, ovvero la conformità dello stesso a raggiungere gli obiettivi prefissati: se il piano risulta inidoneo al fine indicato dalle norme (ovvero quello del risanamento dell’esposizione debitoria e del riequilibrio finanziario), non sussistendo la causa concreta del contratto, sarà compito dei creditori, secondo la giurisprudenza di legittimità, valutare *ex ante* gli indici e gli obiettivi che il piano si va a prefissare per il raggiungimento del fine sperato; gli stessi dovranno esaminare la correttezza dei ragionamenti assunti nel piano⁵⁵⁸.

Secondo la giurisprudenza di merito la valutazione *ex ante* dovrebbe andare a riguardare non solo l’eventuale irrazionalità e irrealizzabilità del piano, bensì anche tutto ciò che sia attinente alla curatela, affinché il debitore abbia previsto che per alcuni atti successivi possa essere esclusa successivamente la loro efficacia; è necessario, in generale, che il giudizio e la verifica da parte dell’attestatore riguardi tutti i profili economici, finanziari, giuridici e aziendali e le effettive prospettive di un risanamento dell’impresa⁵⁵⁹.

Nel valutare l’effettiva realizzabilità del piano i creditori, soggetti molto importanti e quasi sostituiti, insieme al professionista del tribunale, tengono a mente il principio cardine stabilito sia dal terzo comma, lett. d) dell’art. 67 l. f. sia dal terzo comma, lett. d) dell’art. 166 CCII ovvero l’*esenzione da revocatoria*: in particolare, il testo stabilisce che per “*gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse sui beni del debitore, posti in essere in esecuzione del piano...l’esclusione non opera in caso di dolo o colpa grave del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell’atto, del*

⁵⁵⁶ A. Zorzi, *op. cit.*, p. 995.

⁵⁵⁷ Cfr. A. Zorzi, *op. cit.*, p. 996.

⁵⁵⁸ Si veda G. Fauceglia, *op. cit.*, pp. 1285 s.

⁵⁵⁹ Cfr. G. Fauceglia, *cit.*, p. 1286.

pagamento o della costituzione della garanzia. L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria"⁵⁶⁰.

Di conseguenza, si può dire che non tutti gli atti, i pagamenti e le garanzie godono di questa virtù, bensì solo quelli che sono funzionali e idonei al raggiungimento del risanamento e del riequilibrio finanziario.

Nel valutare l'idoneità o meno degli atti, tuttavia, un qualsiasi giudice non può occuparsi di entrare nel merito della ragionevolezza del piano stesso; l'idoneità del piano, per la valutazione dei creditori e dell'attestatore, deve avere una base solida e deve riferirsi a tutte le strategie e le attività negoziali che il debitore sarà in grado di porre in essere nel raggiungimento del suo scopo; è possibile che al creditore venga affidato un controllo preventivo che abbia ad oggetto il contenuto e le finalità del piano e la conformità del negozio giuridico necessario per realizzarlo (anche analizzando il rispetto dei tempi per porre in essere in modo conforme quanto contenuto nel piano)⁵⁶¹.

Mentre la rilevanza esterna dei piani è rimessa alla volontà o meno del debitore di pubblicare il piano nel registro delle imprese che ha anche il ruolo (come abbiamo visto) di conferire data c.d. certa allo stesso, non si può avere la stessa semplicità nel definire la validità di tali piani e il ruolo effettivamente svolto dal tribunale, il quale a prima vista sembra completamente lasciato in disparte⁵⁶².

Tuttavia, nell'analizzare meglio la sua posizione ci accorgiamo come lo stesso possa esperire un controllo incidentale (che non può mai essere un giudizio di merito) ed eventuale avente ad oggetto i soli atti per cui è prevista l'azione revocatoria da parte della curatela fallimentare nei confronti di terzi creditori; da qui si esclude che il tribunale possa intervenire preventivamente o in itinere, in quanto il ruolo sembra essere assolto dal professionista (come sostenuto anche dalla dottrina), al fine di rimarcare l'autonomia negoziale dei soggetti coinvolti nell'utilizzo di questi strumenti, col fine ultimo di raggiungere accordi *privatistici*⁵⁶³.

Il controllo verrà comunque eseguito *ex ante*, ponendosi il tribunale in un'ottica antecedente all'esecuzione degli atti e dei negozi giuridici contenuti nel piano, verificando che gli stessi siano idonei⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ G. Fauceglia, *cit.*, p. 1287; A. Zorzi, *cit.*, p. 998.

⁵⁶¹ Si veda G. Fauceglia, *cit.*, p. 1287 s.

⁵⁶² E. Ricciardiello, *op. cit.*, p. 1040.

⁵⁶³ Si veda E. Ricciardiello, *cit.*, pp. 1041 s.

⁵⁶⁴ Cfr. E. Ricciardiello, *cit.*, p. 1043.

Nelle more dell'emergenza epidemiologica causata dal Covid-19, non si deve tralasciare il fatto che la vita aziendale e le crisi aziendali continuano ad esistere trascinando con sé effetti nefasti sugli imprenditori/debitori. Proprio per questo il legislatore ha deciso di prevedere uno strumento-ponte, ovvero il *piano di risanamento attestato protetto* ai sensi del comma 5 bis del d. l. n. 23/2020, in quanto slittando a Settembre 2021 l'entrata in vigore del CCII, l'istituto regolato dall'art. 56 non vede ancora la luce; il piano di risanamento c.d. "protetto" sarà comunque presupposto per l'esenzione da revocatoria ai sensi del terzo comma, lett. d) dell'art. 67 l. f.⁵⁶⁵.

Lo stesso potrà applicarsi fino al 31 Dicembre 2021, ma fondandosi sulle domande presentate ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. f. non si dovrebbe applicare a quelle successive al Primo Settembre 2021 in virtù dell'art. 44 CCII; affinché il debitore possa godere degli effetti protettivi di questo strumento, dovrà occuparsi della stesura del piano nelle more del pre-concordato o del pre-accordo; lo stesso permetterà, nella sostanza, al debitore di avere a disposizione un termine maggiore per l'adempimento degli atti (alla data del 31 Dicembre 2020 e per le sole domande di pre-concordato pendenti al 23 Febbraio l'allungamento prevederà 120+60+90 giorni eventuali, mentre in caso di domande di fallimento pendenti il termine finale sarà di 60+60 giorni); al tribunale sarà rimesso un controllo attinente alla sola forma ovvero alla pubblicazione dello stesso, mentre lo stesso non potrà entrare nel merito dell'adeguatezza del piano⁵⁶⁶.

In definitiva lo strumento qui analizzato non è altro che "*lo strumento con il quale l'impresa illustra il programma di risoluzione della crisi e la base di negoziazione degli accordi necessari per rimuoverla*"⁵⁶⁷.

In conclusione, secondo quanto sostenuto da G. La Croce⁵⁶⁸ "*se i piani attestati non sono sempre riusciti a ricondurre l'impresa al completo equilibrio finanziario, di certo gli stessi non hanno creato in via seriale nuovo debito e causato pericolose insolvenze. Quasi sempre hanno, invece, consentito di onorare il rimborso della nuova finanza*".

⁵⁶⁵ M. Fabiani, *Il piano attestato di risanamento "protetto"*, in *il Fallimento*, 7, 2020, p. 877.

⁵⁶⁶ L'unico punto debole di questo strumento previsto dal legislatore è che, presupponendosi che sia già avvenuta la pubblicazione della domanda di pre-concordato o di pre-accordo, viene meno la riservatezza della crisi, profilo su cui spesso il debitore punta, specie nel caso di piano di risanamento (essendo facoltativa la pubblicazione o meno dello stesso nel registro delle imprese) anche per evitare (sfortunatamente ancora oggi) discredito. Per questo e per l'analisi qui condotta si veda cfr. M. Fabiani, *cit.*, pp. 882 s.

⁵⁶⁷ L. Boggio, *op. cit.*, p. 1980.

⁵⁶⁸ Cfr. G. La Croce, *op. cit.*, p. 991.

3. Gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono un'altra importante procedura che il debitore, sulla base di un accordo stipulato con i suoi creditori e soggetto obbligatoriamente ad omologazione per acquisire validità, ha a disposizione per regolare una situazione nefasta agli occhi di tutti.

La disciplina che in questo paragrafo andremo ad analizzare, deriva dalla scienza aziendalistica e in particolare dalle espressioni di *financial restructuring* e di *debt restructuring* che, successivamente, hanno fatto pieno ingresso nel campo giuridico: il legislatore, nello specifico, ha usato tale terminologia per indicare quelle tipologie di contratti utilizzabili durante una crisi d'impresa tra i quali spiccano oltre agli anzidetti accordi di ristrutturazione dei debiti, anche i concordati stragiudiziali, i piani attestati e le diverse tipologie di concordato⁵⁶⁹.

Il termine *ristrutturazione dei debiti* va ad assumere nella scienza aziendalistica ed in quella giuridica, accezioni diverse: nella prima tende a riferirsi ad un recupero del riequilibrio finanziario mentre nella seconda è strettamente collegato al superamento di uno stato di insolvenza o al recupero della solvenza⁵⁷⁰.

La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti viene sancita dall'art. 182 *bis* l. f. e nel prossimo futuro, occuperà la Sez. II, Capo I, Titolo IV del CCII, ovvero gli articoli che vanno dal 57 al 61 e l'articolo 64. Prima di addentrarci nella disciplina, analizzando le modifiche e le continuità rispetto al passato, possiamo anzitutto dire che esistono tre tipologie di accordi:

- l'accordo "*normale*" che prevede la moratoria e la facoltà di richiedere misure protettive ed è regolato dall'art. 57;
- l'accordo *agevolato* regolato dall'art. 60 che all'opposto non prevede né moratoria né misure protettive e che può, nel caso, essere esteso ai creditori non aderenti;

⁵⁶⁹ M. Fabrizio, *Ristrutturazione dei debiti*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, Annali VI, 2013, pp. 808 ss.

⁵⁷⁰ Nella visione giuridica si tende a riferirsi ad una condizione in cui si trova il debitore, che a sua volta è il soggetto di un rapporto obbligatorio, nella quale lo stesso non è più capace di adempiere alle sue obbligazioni, con la differenza che in quest'ultima visione ci si riferisce al soggetto imprenditore mentre nella prima all'attività d'impresa. Cfr. M. Fabrizio, *ult. op. cit.*, p. 811.

- l'accordo *ad efficacia estesa* nel quale sono presenti due sottocategorie rispettivamente regolate dagli artt. 61 e 63, comma 8⁵⁷¹.

La funzione principale rivestita dallo strumento in esame è quella di garantire un'efficace gestione dello stato di crisi o dello stato di insolvenza, in modo tale da permettere al debitore di "risorgere": l'accordo in sé non andrà a soddisfare in misura integrale tutti i creditori, ma andrà a prevedere una serie di obbligazioni (pattuite nell'accordo con i creditori) che devono essere adempiute dal debitore; la suddetta finalità può essere ottenuta (come previsto nel caso di concordato) tanto con la liquidazione dell'azienda quanto con la prosecuzione dell'attività d'impresa⁵⁷², che può a sua volta consistere in una dismissione o in un affitto totale o parziale dell'azienda o di un ramo della stessa⁵⁷³.

Per quanto riguarda il presupposto oggettivo, leggendo quanto detto, si evince come sia possibile utilizzare gli accordi sia nel caso in cui vi sia uno stato di crisi sia nel caso in cui vi sia uno stato di insolvenza⁵⁷⁴.

Inoltre, la risposta sopraggiunge sia dal comma 1 dell'art. 182 *bis* in cui si fa espresso riferimento allo "*stato di crisi*" sia dall'art. 23, comma 43 d. l. n. 98/2011, convertito nella l. n. 111/2011 in cui si fa riferimento, per l'imprenditore agricolo, di poter accedere alla procedura nel caso in cui lo stesso si trovi "*in stato di crisi o di insolvenza*": da ciò la conseguenza logica è che lo stato di crisi potrà essere definito come il limite minimo per accedere alla procedura, mentre lo stato di insolvenza verrà definito come il limite ultimo della stessa ai sensi dell'art. 5 l. f.; se niente di tutto ciò sia lontanamente ipotizzabile, il tribunale non potrà ammettere l'imprenditore ad accedere⁵⁷⁵ alla procedura⁵⁷⁶.

Lo strumento in esame, pur rispondendo ad una logica diversa rispetto al piano di risanamento in quanto i primi si occupano di una "*gestione della crisi in atto*", mentre il secondo si occupa di una "*gestione della prossimità alla crisi o della crisi prospettica*", restano comunque protagonisti importanti nel prevenire i risultati più nefasti, occupandosi

⁵⁷¹ A. Zorzi, *op. cit.*, p. 997.

⁵⁷² Cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, p. 158; G. Verna, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Gestione delle procedure concorsuali*, *op. cit.*, p. 441.

⁵⁷³ Per l'analisi si veda S. De Matteis, *cit.*, pp. 161 s.

⁵⁷⁴ Si veda S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 159 s.

⁵⁷⁵ Il tutto a ragion del fatto che, derivando sacrifici particolari, tanto per il debitore quanto per i creditori e i terzi, è ingiusto aspettarsi dagli stessi "un'approvazione" a fronte di un "*generico e inclassificabile interesse nella ristrutturazione aziendale del debitore*", v. M. Ferro, *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2005, n. 24, p. 50.

⁵⁷⁶ Cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 159 s.

di prevenire l'insolvenza e anticipare il manifestarsi della crisi, in quanto insieme alle altre tecniche di prevenzione, cercano di evitare gli effetti maggiormente nefasti di una crisi in atto⁵⁷⁷.

Per quanto riguarda invece il *presupposto soggettivo*, si esclude sia che l'accesso sia ammesso per gli imprenditori minori, con l'eccezione prevista per l'imprenditore agricolo non minore che voglia accedervi, sia che gli accordi di ristrutturazione dei debiti possano applicarsi agli enti non commerciali e ai professionisti (per i quali sono invece ammesse le procedure disciplinate dalla L. n. 3/2012 in tema di composizione della crisi da sovraindebitamento)⁵⁷⁸ e a tutti quei soggetti esclusi dal fallimento o dall'amministrazione straordinaria⁵⁷⁹.

Attenendoci ancora alla disciplina generale, prima di passare alle tre tipologie di accordi, un tema da sempre oggetto di critiche è la natura da attribuire agli stessi: in particolare quello su cui si dibatte è la natura concorsuale o meno degli stessi. Quello da cui si parte è l'iniziale natura privatistica attribuita agli stessi, in quanto si tratta di un accordo stipulato tra debitore e creditore seppur soggetto ad omologazione da parte del tribunale (che ancora ad oggi presuppone una prima fase stragiudiziale ed una seconda fase giudiziale)⁵⁸⁰; in seguito si è giunti a stabilirne la natura di procedura concorsuale a fronte della documentazione necessaria da allegare stabilita dall'art. 161 l. f., dell'obbligatorietà di pubblicità della procedura stessa, in virtù del pagamento integrale dei creditori non aderenti⁵⁸¹, dell'esenzione da revocatoria, della possibilità di passare da un concordato preventivo con riserva ad un accordo e dell'obbligo di controllo da parte del tribunale⁵⁸².

Da ultimo, ad affermare la natura di procedura concorsuale, sono intervenuti la Cassazione con la sentenza n. 9087 del 12 Aprile 2018 ed il Tribunale di Milano con un decreto del 4 Dicembre 2019; la prima ha affermato la natura concorsuale in virtù della gestione dell'istituto con un procedimento unitario (con conseguente limitazione del

⁵⁷⁷ Si veda S. De Matteis, *cit.*, p. 161.

⁵⁷⁸ Si veda P. Vella, *L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno*, in *il Fallimento*, 6, 2020, p. 752.

⁵⁷⁹ G. Verna, *op. cit.*, p. 448.

⁵⁸⁰ Cfr. S. De Matteis, *cit.*, p. 155.

⁵⁸¹ Si richiede che i creditori estranei vengano pagati entro 120 giorni dall'omologazione se trattasi di crediti già scaduti a quella data o entro 120 giorni dalla scadenza se trattasi di crediti non ancora scaduti all'omologazione, v. S. De Matteis, *cit.*, pp. 154 s.

⁵⁸² Si veda G. Vera, *op. cit.*, pp. 445 s.

potere “amministrativo” del debitore ed altri effetti)⁵⁸³ ed il Tribunale di Milano, con le sue dovute osservazioni, è stato dello stesso parere⁵⁸⁴.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti, che ai sensi dell'art. 182 *bis* (e anche del CCII) richiede che lo stesso venga stipulato con creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti e che sia sottoposto all'attestazione⁵⁸⁵ da parte di un professionista indipendente⁵⁸⁶ ai sensi del terzo comma dell'art. 67 l. f., può avere un contenuto “libero” e ampio in quanto, tra le modalità e i negozi che nello stesso possono essere contenuti, figurano: il *pactum de non petendo*, la vendita, l'affitto, il trasferimento di crediti o debiti presso un'altra azienda, il conseguimento di nuova finanza, il pagamento di una certa percentuale di debiti con tempi e modalità all'uopo stabilite, per citarne alcuni che in sostanza permettono al debitore di utilizzare tutti gli strumenti che lo stesso ritiene opportuni⁵⁸⁷ e meglio confacenti alla situazione in atto⁵⁸⁸.

Infine, in generale, affinché lo strumento in esame possa avere i risultati sperati, è necessario che tutti i soggetti si comportino in modo corretto al fine di evitare l'aggravarsi della situazione; altri parametri per valutare il principio di correttezza e buona fede sono: la tempestività degli interventi, l'economicità, la preferenza per la continuazione dell'attività d'impresa, il miglior soddisfacimento dei creditori⁵⁸⁹.

Passando adesso alle tre fattispecie da analizzare, in generale, si stabilisce ai sensi del secondo comma dell'art. 57 l'obbligo di depositare l'accordo, il piano economico-finanziario e la documentazione necessaria prevista anche per il piano di risanamento ai sensi dell'art. 39 CCII; per quanto invece nello specifico attiene all'accordo c. d. “normale”, dopo il deposito delle documentazioni e degli atti richiesti, in un termine compreso tra i 30 e i 60 giorni (prorogabile per ulteriori 60) si possono depositare i successivi accordi di ristrutturazione ai sensi del primo comma dell'art. 44 CCII; ai sensi del successivo comma 2, dell'art. 54, viene data la possibilità al debitore di richiedere la

⁵⁸³ A. Zorzi, *op. cit.*, p. 1000.

⁵⁸⁴ G. Gerbini, *Fenomenologia degli accordi di ristrutturazione: ammessa la natura concorsuale*, in www.ilFallimentarista.it, 2020.

⁵⁸⁵ Il primo comma dell'art. 58 CCII stabilisce chiaramente che, nel caso in cui prima dell'omologazione vi siano modifiche sostanziali del piano o degli accordi, sia richiesta una nuova attestazione, cfr. A. Zorzi, *cit.*, p. 999.

⁵⁸⁶ Lo stesso andrà a verificare sia la veridicità dei dati indicati attinenti alla situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell'impresa, sia la fattibilità dell'accordo a fini di una migliore risposta alla situazione di crisi, cfr. G. Verna, *op. cit.*, p. 469.

⁵⁸⁷ In conclusione, si può dire che il debitore sia libero “di concludere gli accordi che ritiene più convenienti per uscire dalla crisi col consenso della maggioranza dei creditori”, cfr. G. Verna, *cit.*, p. 449.

⁵⁸⁸ S. De Matteis, *cit.*, p. 154; G. Verna, *op. cit.*, p. 448.

⁵⁸⁹ L. Boggio, *op. cit.*, p. 1982.

protezione verso le azioni esecutive e cautelari durante l'omologazione dell'accordo e ai sensi del successivo terzo comma può essere previsto il divieto di azioni esecutive e cautelari durante le trattative con i creditori, come era previsto anche dal sesto comma dell'art. 182 *bis* l. f.⁵⁹⁰. Durante il procedimento di omologazione viene nominato un commissario giudiziale se è prevista l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale⁵⁹¹.

Il secondo tipo di accordi stragiudiziali (quelli *agevolati*), a differenza dell'approvazione da parte del 60% dei creditori, richiede che gli stessi siano approvati dal 30% dei creditori; tuttavia, a differenza dei primi, il debitore non può richiedere la moratoria né misure protettive; di solito, gli accordi in esame sono previsti per quelle tipologie d'impresa che si trovano in condizioni di difficoltà finanziaria non troppo grave, purché l'imprenditore richiedente non sia in una situazione di mera difficoltà (in quanto sappiamo che in questo caso sarebbe superfluo richiedere sacrifici importanti ai creditori)⁵⁹².

In suddetta tipologia di accordi, a seguito dell'omologazione dell'accordo è possibile per i creditori aderenti "*la remissione del debito accordata al debitore principale, liberi i fideiussori*", mentre per i creditori non aderenti si prevede l'estensione dell'efficacia ai sensi dell'art. 61 CCII (gli stessi andranno a conservare "*i loro diritti nei confronti dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di regresso*")⁵⁹³.

Infine, ultima tipologia di accordi di ristrutturazione a cui il debitore in stato di crisi o di insolvenza può accedere per superare la stessa, sono gli accordi *ad efficacia estesa* regolati dall'art. 61 CCII. Gli stessi, che come quelli *agevolati* possono essere estesi ai creditori dissenzienti, possono essere adoperati nel caso in cui i debitori siano banche ed altri intermediari finanziari, come era previsto dall'art. 182 *septies* l. f. anche se il comma quinto dell'articolo 61 estende la sua efficacia a qualsiasi tipologia di creditori⁵⁹⁴.

L'accordo in esame, eccetto il caso in cui sia stipulato solo con banche ed intermediari finanziari, esclude la possibilità che lo stesso sia un accordo con natura liquidatoria e si ritiene necessario il rispetto del principio della *par condicio creditorum*, salvo nel caso del rapporto tra creditori finanziari e non, in cui sembra non essere

⁵⁹⁰ G. Verna, *cit.*, p. 456; A. Zorzi, *cit.*, p. 999.

⁵⁹¹ Cfr. A. Zorzi, *cit.*, p. 1000.

⁵⁹² Si veda A. Zorzi, *cit.*, p. 1001.

⁵⁹³ Cfr. A. Zorzi, *op. cit.*, p. 1001.

⁵⁹⁴ Si veda A. Zorzi, *cit.*, p. 1001.

richiesto; perché l'accordo di ristrutturazione possa vedere effettivamente un'efficacia estesa, è necessario che i creditori dissenzienti siano correttamente informati, che sia rispettato il principio di correttezza e buona fede e che vi sia il consenso di “*almeno il 75% dei creditori della “categoria”*” ai sensi del comma due dell'art. 61: in questo caso non è necessario il rispetto della *par condicio* e della graduazione dei crediti; ovviamente l'estensione degli effetti deve essere conveniente al soddisfacimento dei creditori stessi a confronto con una possibile liquidazione giudiziale⁵⁹⁵.

Infine, oltre all'esenzione da revocatoria, l'art. 59 CCII a seguito dell'omologazione dell'accordo prevede la liberazione dei soci illimitatamente responsabili, i quali resteranno obbligati solo per garanzie prestate precedentemente o se l'accordo preveda un “patto contrario”⁵⁹⁶.

In conclusione, lo strumento che abbiamo qui analizzato si pone come una terza via a cavallo tra il piano di risanamento attestato, poiché non soggetto ad un vaglio giudiziario preventivo, e il concordato preventivo, poiché condividono tanto l'obbligo di omologazione da parte del tribunale perché sia efficace, quanto la possibilità di intraprendere la continuazione dell'attività d'impresa o la liquidazione e il non necessario risanamento e riequilibrio finanziario (che è invece oggetto primario del piano di risanamento)⁵⁹⁷.

4. La Direttiva UE 1023/2019 e le misure da questa annunciate.

La Direttiva Ue 1023/2019 ha sicuramente dato un importante contributo⁵⁹⁸ alla “rivoluzione” del nuovo concetto di crisi, spostando il *focus* sul possibile salvataggio dell'impresa in crisi, la c.d. *rescue culture*, e sulla possibilità per l'imprenditore di avere una seconda chance, concetti di matrice statunitense; obiettivo della stessa è stato rimodellare e rimodernare il diritto fallimentare a cui da oltre settant'anni non veniva data una “rinfrescata” che, fino a quel momento, era stato poco funzionale per gli imprenditori che si trovavano nel bel mezzo di una situazione di crisi⁵⁹⁹.

⁵⁹⁵ Il giudizio circa la convenienza non prenderà spunto da quanto sostenuto dalla Direttiva UE n. 1023/2019 che invece per vincolare i creditori dissenzienti ai sensi dell'art. 10, par. 2, lett. d) “*richiede un confronto con la liquidazione ma anche con il migliore scenario alternativo possibile se il piano di ristrutturazione non fosse omologato*”. Il confronto è stato qui eseguito con A. Zorzi, *cit.*, pp. 1002 s.

⁵⁹⁶ Cfr. L. Boggio, *op. cit.*, p. 1987.

⁵⁹⁷ Tuttavia, a differenza del concordato, basandosi su un accordo e non su un piano, presuppone che la negoziazione con i creditori sia anteriore all'omologazione. Cfr. S. De Matteis, *cit.*, p. 162.

⁵⁹⁸ P. Vella, *op. cit.*, p. 748.

⁵⁹⁹ S. Bastianon, *Allerta precoce e ristrutturazione preventiva: Codice della crisi e Direttiva 2019/1023 a confronto*, in www.ilFallimentarista.it, 2019.

La Dir. UE non è stata la prima a trattare l'argomento ma ha avuto, come è giusto che sia, degli antenati. L'avo è stato il Regolamento 1346/2000 il quale, occupandosi di imprese che avevano sedi e beni in diversi Paesi dell'Unione, ha cercato di dettare delle regole che potessero frenare il c.d. *forum shopping*, ovvero il trasferimento di beni e sedi da parte dei diversi debitori, per beneficiare di trattamenti migliori nel Paese scelto; il Reg. in questione ha sicuramente introdotto nelle diverse legislazioni nazionali concetti importanti prima non considerati, quali: il *centro degli interessi principali del debitore*, la *procedura principale di insolvenza* e le *procedure secondarie di insolvenza*⁶⁰⁰.

Lo stesso, facendosi promotore di un'inversione di rotta che tendeva a non considerare più le procedure fallimentari a carattere punitivo, ha portato alla pronuncia di due importanti Comunicazioni da parte della Commissione UE, attinenti a questo tema: in particolare le due Comunicazioni, quella del 3 Ottobre 2012 e quella del 12 Dicembre 2012, hanno permesso il "proliferare" di un diritto fallimentare moderno con l'obiettivo ultimo di far sopravvivere le società in stato di crisi e di *incoraggiare* gli imprenditori nell'attivarsi per una pronta soluzione della crisi, badando anche alla tutela dei diversi interessi in gioco e al mantenimento dei livelli occupazionali⁶⁰¹.

Il secondo avo, che ha abrogato il Reg. n. 1346/2000, è stato il Reg. 848/2015, che si è posto l'obiettivo di formulare un testo unico in materia di insolvenze transfrontaliere, avente tra i soggetti società *economicamente solide* ma che presentavano delle difficoltà finanziarie, garantendo agli stessi una seconda opportunità⁶⁰².

La svolta vera e propria, come sappiamo, l'ha data la Direttiva che stiamo qui esaminando, ovvero la n. 1023/2019, il cui principale oggetto ha accolto l'allerta precoce, i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e tutte le misure necessarie affinché i gli obiettivi anzidetti potessero realizzarsi; l'obiettivo della Dir. è enunciato nel Considerando n. 1, dove si specifica che "*mira a rimuovere gli ostacoli che derivano dalle differenze tra legislazioni e procedure nazionali in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza ed esdebitazione garantendo alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci...che*

⁶⁰⁰ Cfr. S. Bastianon, *op. cit.*

⁶⁰¹ S. Bastianon, *op. cit.*

⁶⁰² Si veda S. Bastianon, *op. cit.*

*consentano loro di continuare a operare, agli imprenditori insolventi o sovraindebitati di poter beneficiare di una seconda opportunità mediante l'esdebitazione...*⁶⁰³.

La Dir. UE, pur non avendo carattere generale, si è posta obiettivi ambiziosi tra cui, per ricordarne alcuni, vi sono: il mantenimento dei livelli occupazionali e la creazione di nuovi, il sostegno alle piccole-medie imprese con difficoltà finanziarie, l'importanza della ristrutturazione precoce per una migliore soluzione della crisi, la riduzione dei costi delle procedure a carico dei soggetti coinvolti, l'esdebitazione per quei debitori insolventi o sovra indebitati ed infine una maggiore efficacia delle procedure attinenti all'insolvenza, alla ristrutturazione e all'esdebitazione⁶⁰⁴.

Molte delle modifiche, che in generale si trovano nella Direttiva, sono state portate avanti con il forte consenso del Parlamento europeo che, in tale contesto, ha avuto molto a cuore anche la tutela dei lavoratori⁶⁰⁵.

L'art. 3 della Direttiva si pone l'obiettivo dell'*allerta precoce* obbligando i Paesi Membri a dotarsi di strumenti ai quali il debitore possa accedere, che siano "*chiari e trasparenti*" e che possano mettere in luce delle situazioni di difficoltà dalle quali potrebbe derivare una "*probabilità di insolvenza*", permettendo al debitore di non indugiare nell'attivarsi; per quanto riguarda il concetto di *probabilità d'insolvenza*, deve tenersi a mente per il nostro Paese quanto detto nell'art. 2, comma 1, CCII a proposito della nozione di crisi; nel prevedere questi strumenti di allerta precoce, la Dir. UE lascia libero l'imprenditore, purché gli stessi includano quantomeno: campanelli di allarme e meccanismi nei casi in cui il debitore non abbia regolarmente adempiuto certe obbligazioni, servizi consulenziali offerti da società pubbliche o private ed infine, incentivi (a livello nazionale) per soggetti terzi che siano in possesso di importanti informazioni sullo stato del debitore (come revisori o autorità contabili)⁶⁰⁶.

La Direttiva richiede inoltre che siano previsti, sempre allo scopo di garantire un pronto intervento da parte del debitore, la *possibilità* per debitori e rappresentanti dei lavoratori di entrare in possesso di informazioni rilevanti e costantemente aggiornate sulle

⁶⁰³ Cfr. S. Bastianon, *op. cit.*

⁶⁰⁴ P. Vella, *op. cit.*, pp. 748 s.

⁶⁰⁵ Si veda P. Vella, *cit.*, p. 749.

⁶⁰⁶ Cfr. S. Bastianon, *op. cit.*

misure di allerta precoce e sui quadri di ristrutturazione e il *pubblico accesso*⁶⁰⁷, per chiunque sia interessato, alle informazioni circa gli strumenti a disposizione⁶⁰⁸.

Il successivo art. 4 della Dir. UE 1023/2019 si occupa dei *quadri di ristrutturazione preventiva* i quali possono consistere in una o più procedure o in una o più misure e disposizioni da attuarsi non per forza in sede giudiziale (essendo ammesse anche in sede stragiudiziale) che garantiscano ai diversi imprenditori (in stato di probabile insolvenza) di prevenire l'insolvenza e garantire la sostenibilità occupazionale e la continuazione dell'attività d'impresa; i quadri si basano principalmente sulla richiesta del debitore, fermo restando che ogni Stato può prevedere la facoltà, previo accordo con il debitore, che l'accesso al quadro di ristrutturazione sia richiesto dai creditori o dai rappresentanti dei lavoratori: in Italia⁶⁰⁹ questa possibilità sembra non ammessa e debitori e rappresentanti dei lavoratori non hanno degli utili strumenti per intervenire⁶¹⁰.

Mentre il successivo art. 5 si occupa di stabilire che il debitore che acceda ad un *quadro* continui a mantenere un controllo totale o parziale sui suoi beni e sulla gestione dell'attività d'impresa, il successivo art. 6 della Dir. UE disciplina la sospensione delle azioni esecutive individuali (per la durata massima di 4 mesi) per tutte le tipologie di crediti e creditori, eccetto il caso dei crediti dei lavoratori, per cui è rimessa la facoltà ad ogni legislatore nazionale di occuparsene purché, se ammessa la sospensione, sia previsto un pagamento integrale ed una integrale tutela (dello stesso livello) nel quadro di ristrutturazione; le stesse norme trovano un puntuale riscontro nell'art. 54, comma 2 CCII, al quale è giusto aggiungere anche l'art. 20 CCII che fornisce la possibilità all'imprenditore di richiedere delle misure protettive⁶¹¹.

Altro obiettivo che si pone e che regola la Direttiva è quello dell'esdebitazione che può essere garantita come seconda opportunità per le persone fisiche che vogliono essere liberate dai debiti ancora presenti e successivi ad una procedura di insolvenza o di

⁶⁰⁷ Si richiede che queste informazioni vengano pubblicate, in ogni Paese Membro, su siti on-line, v. S. Bastianon, *op. cit.*

⁶⁰⁸ Cfr. S. Bastianon, *op. cit.*

⁶⁰⁹ Un'altra differenza che si riscontra dal confronto tra la Dir. e il CCII, è la mancanza del chiaro obiettivo (ampiamente sostenuto nella prima) di incentivare il creditore a tenere una condotta atta a prestare aiuto all'impresa in difficoltà, prevedendo delle sanzioni che possano distogliere i diversi soggetti, diversamente protagonisti dei diversi livelli commerciali a non collaborare nella filiera commerciale; ci si auspica che questa distanza possa essere ridotta con modifiche e ritocchi, cfr. G. Benvenuto, S. Meani, *Direttiva UE n. 1023/2019 sulla ristrutturazione preventiva, esdebitazione e insolvenza: prime valutazioni*, in www.ilFallimentarista.it, 2019.

⁶¹⁰ S. Bastianon, *op. cit.*

⁶¹¹ Cfr. S. Bastianon, *op. cit.*

ristrutturazione entro tre anni dall'apertura delle procedure; l'esdebitazione può sottostare a termini e condizioni diversi tra ogni Stato Membro e può essere limitata o meno ad alcune tipologie di debiti: in generale però, con l'esdebitazione, deve cadere “ogni eventuale limite interdizione o incapacità a svolgere un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale”⁶¹².

La Direttiva in esame ha influenzato senza dubbio il CCII ed infatti:

- L'art. 3, comma 2, lett. c) della Dir. si ricollega all'art. 14 CCII in tema di allerta interna;
- L'art. 3, comma 2, lett. a) della Dir. è collegato all'art. 15 CCII in tema di allerta esterna;
- L'art. 3, comma 2, lett. b) della Dir. richiama il comma 4 dell'art. 18 CCII attinente al ruolo dell'OCRI: infatti, mentre il primo richiama i servizi consulenziali che possono essere offerti al debitore in crisi da società pubbliche o private, il secondo dà la possibilità all'OCRI, in caso di crisi, di rintracciare, coadiuvato dal debitore, la soluzione e le misure più consone al superamento della crisi⁶¹³.

Tra le differenze principali emergenti dal confronto tra la Dir. UE e il Codice vi è quella attinente al presupposto soggettivo e ai concetti di debitore e di imprenditore che devono essere utilizzati: mentre il Considerando n. 1 fa riferimento a imprese e imprenditori per l'accesso ai quadri e all'imprenditore per la concessione dell'esdebitazione, il legislatore nazionale fa un generale riferimento al debitore per l'accesso ai quadri di ristrutturazione⁶¹⁴.

In aggiunta a ciò la Dir. all'art. 2 n. 9 va a definire l'imprenditore come “*la persona fisica che esercita un'attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale*” includendo anche gli imprenditori agricoli e i professionisti; di contro, il nostro legislatore nazionale non considera imprenditore il professionista che non può essere soggetto a liquidazione giudiziale ma che, come l'imprenditore agricolo, può accedere alle procedure previste dalla L. n. 3/2012 ed inoltre quest'ultimo (ovvero l'imprenditore agricolo) può anche accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti purché non sia un imprenditore *minore*; in conclusione si ritiene che i professionisti, essendo persone fisiche, possono

⁶¹² G. Benvenuto, S. Meani, *op. cit.*

⁶¹³ S. Bastianon, *op. cit.*; P. Vella, *op. cit.*, p. 755.

⁶¹⁴ P. Vella, *cit.*, p. 751.

accedere all'esdebitazione (anche perché la Dir. UE li considera imprenditori e non consumatori) ma sono esclusi dall'accesso ai quadri di ristrutturazione; infine sia la Dir. UE 1023/2019 che il CCII escludono l'applicazione della disciplina in esame agli *enti pubblici*⁶¹⁵.

Tuttavia pur essendovi delle divergenze e delle mancanze nel nostro Codice rispetto alla Direttiva, ad es. per quanto riguarda forme di intervento statale o gli strumenti a disposizione di debitori e rappresentanti dei lavoratori, per quanto ci riguarda, il CCII si pone sul piedistallo per quanto riguarda i doveri e le responsabilità⁶¹⁶ degli amministratori con l'importante previsione sancita dall'art. 2086 c.c. e 375 CCII circa il dovere di dotare la società di assetti organizzativi adeguati che, come sappiamo, svolgono un ruolo importante nel prevenire la crisi⁶¹⁷.

In generale quello che deve essere evitato sono comportamenti di *moral hazard* da parte del debitore, che anziché risolvere la situazione di crisi in cui lo stesso si trova, tendono ad aggravarla, venendo meno la possibilità di "recuperare"⁶¹⁸.

Nel concludere possiamo ricordare il forte impulso che il nostro Parlamento ha dato allo sviluppo della Direttiva, soprattutto in tema di: esclusione dell'accesso alla procedura agli enti pubblici, l'introduzione dell'*automatic stay* secondo cui la sospensione delle azioni esecutive individuali possa essere sia concessa dall'autorità sia prevista dalla legge, la possibilità di prevedere la continuità indiretta o la possibilità data ai singoli Stati Membri e agli *insolvency practitioner*⁶¹⁹ di presentare un piano di ristrutturazione preventiva che sia concorrente a quello del debitore ai sensi del par. 1 dell'art. 9 della Dir. UE⁶²⁰.

In conclusione, richiedendosi un prudente allineamento, si può dire che la disciplina qui esaminata, sia "*il principale leitmotiv della riforma del diritto concorsuale, sia sul piano interno, sia sul piano europeo*" e non è altro che il "*cornerstone dell'intervento*

⁶¹⁵ Cfr. P. Vella, *op. cit.*, pp. 752 s.

⁶¹⁶ Gli "Obblighi dei dirigenti" sono disciplinati dall'art. 19 della Direttiva, il quale richiede agli amministratori, nel caso in cui vi siano fondati elementi che fanno presupporre una situazione di insolvenza, di tenere sotto controllo determinati allarmi che possono fungere da campanello d'allarme per non rendere superflua l'applicazione della disciplina in esame; lo stesso articolo 19, stabilisce poi ulteriori misure da adottare per salvaguardare debitore e *stakeholders* che potrebbero vedere danneggiata la loro situazione a seguito della crisi o dell'adozione di misure poco conformi, cfr. P. Vella, *cit.*, p. 756.

⁶¹⁷ Cfr. S. Bastianon, *op. cit.*; P. Vella, *cit.*, p. 757.

⁶¹⁸ Cfr. P. Vella, *op. cit.*, p. 757.

⁶¹⁹ Questi sono professionisti nominati dall'autorità giudiziaria o amministrativa, P. Vella, *cit.*, p. 749.

⁶²⁰ Si veda P. Vella, *cit.*, p. 750.

*armonizzatore*⁶²¹; entrambi i legislatori si sono posti l'obiettivo di creare un complesso di norme che possano *prevenire* nel miglior modo possibile l'insorgenza della crisi, permettendo all'imprenditore di accorgersene per tempo e di non danneggiare ulteriormente una situazione già appesa ad un filo⁶²².

5. Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento alla luce della L. n. 3/2012 e del CCII.

Le procedure per la composizione della crisi, riguardanti i soggetti sovra-indebitati, inizialmente regolate soltanto dalla L. n. 3/2012, trovano oggi un chiaro riscontro anche nel Codice della crisi, diventando una delle principali novità⁶²³ caratterizzanti lo stesso. Le stesse sono state predisposte fin da principio per permettere anche ad un imprenditore/debitore che non può accedere alle procedure concorsuali, di avere un bagaglio di procedure da poter utilizzare per la risoluzione della situazione di crisi in cui viene a trovarsi: le procedure che andremo ad analizzare si basano su esplicita domanda presentata dal debitore; tuttavia, seppur si è cercato di prevedere un'armonizzazione delle discipline in tal senso, a livello comunitario non viene esplicitamente fornita una definizione di *sovraindebitamento*⁶²⁴.

Una situazione diversa si è sempre avuta in Italia in cui viene definito il sovraindebitamento ai sensi del comma due, art. 6, lett. a) della legge 3/2012 come “*il perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente*”⁶²⁵, ovvero lo stato di crisi, ricomprensivo anche la situazione di insolvenza tale per cui nel prossimo futuro il debitore non possa essere in grado di adempiere alle proprie obbligazioni⁶²⁶; altresì sono previste tre tipologie di procedure: l'accordo di composizione della crisi mediante ristrutturazione sostituito nel CCII dal c.d. *concordato minore*, il piano del consumatore

⁶²¹ P. Vella, *op. cit.*, p. 753.

⁶²² Per lo spunto si veda S. Bastianon, *op. cit.*

⁶²³ Cfr. D. Benincasa, *Le procedure in caso di sovraindebitamento ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. c)*, in (a cura di) G. Bonfante, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Settembre 2019, p. 2038.

⁶²⁴ Si veda S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 171 s.

⁶²⁵ La difficoltà (rilevante) ad adempiere alle obbligazioni, da parte del debitore non deve essere necessariamente una “*definitiva incapacità di adempierle regolarmente, ipotesi che...ricomprende la prima in termini opposti al rapporto tra crisi e insolvenza nel concordato preventivo*”, secondo G. D. Mosco, *Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *LLR*, 1, 2019., p. 21.

⁶²⁶ Il legislatore ha fatto sì che venissero introdotti “*meccanismi normativi volti evidentemente ad anticipare l'attivazione di meccanismi concorsuali prima che la crisi assuma carattere di irreversibilità*”, cfr. S. De Matteis, *cit.*, pp. 177 s.

sostituito nel CCII dalla ristrutturazione dei debiti e il procedimento di liquidazione sostituito nel CCII dalla liquidazione controllata, tutte accomunate dal divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive individuali⁶²⁷.

La spinta data dal CCII ha fatto sì che le criticità emerse dall'applicazione della legge (che portavano ad attivare le procedure raramente) venissero migliorate in modo tale da avere una disciplina maggiormente funzionale; è il Capo II del Titolo IV a disciplinare dette procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, suddividendosi a sua volta in tre Sezioni: la prima contenente le disposizioni di carattere generale, la seconda contenente la disciplina in tema di ristrutturazione preventiva ed infine la terza contenente la procedura del concordato minore; viene relegata nel Capo IX del Titolo V la procedura di *liquidazione controllata*⁶²⁸.

Il concetto di sovraindebitamento che analizzeremo riguarderà, come detto, il debitore non fallibile anche detto *civile* e le procedure che lo stesso può usare sono una sorta di terza via⁶²⁹ a cavallo tra i concordati e gli accordi di ristrutturazione dei debiti⁶³⁰: la disciplina presenta possibili soluzioni sia per i soggetti *non fallibili* sia per il consumatore, trasformando quella che era la struttura originaria del L. n. 3/2012 e la sostanziale differenza sta nel fatto che, per i primi, viene data la possibilità al debitore di presentare una proposta indirizzata ai creditori, al fine di soddisfare il loro interesse e ristrutturare i debiti; nel secondo caso (quello disciplinato per il consumatore), non è necessario che il piano sia approvato dalla maggioranza dei creditori, potendo comunque il consumatore ottenere l'esdebitazione non più a fronte di una proposta indirizzata ai creditori, ma di un piano in cui siano previsti tempi e modi dell'esecuzione e sottoposto alla sola omologazione da parte del tribunale (unico soggetto a cui spetta per cui valutare il piano)⁶³¹.

⁶²⁷ Cfr. S. De Matteis, *op. cit.*, pp. 173 ss.; cfr. A. Crivelli, *Il piano e la proposta nelle procedure di componimento della crisi da sovraindebitamento nella L. n. 3/2012 e nel CCII*, in *il Fallimento*, 6, 2019, p. 713.

⁶²⁸ Si veda D. Benincasa, *cit.*, p. 2039.

⁶²⁹ Cfr. D. Benincasa, *op. cit.*, p. 2038.

⁶³⁰ Nel caso in cui si adotti una soluzione di superamento della crisi tramite accordo, l'analogia con i concordati si rinverrà nel fatto che il "*consenso dei creditori viene raccolto secondo lo schema silenzio-assenso*", mentre il nesso con gli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis* l. f. consisterà nella ristrutturazione dei debiti e nella necessità che si ottenga la maggioranza del sessanta per cento dei creditori, v. M. Tamponi, *La composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Persona e attività economica tra libertà e regola*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016 pp. 2626 s.

⁶³¹ Cfr. M. Tamponi, *op. cit.*, pp. 2625 s.

A riprova della necessità di un allineamento e di una riorganizzazione delle procedure, il definitivo concetto di *sovraindebitamento* viene fornito dal CCII come “*lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative e di ogni altro debitore non assoggettabile a liquidazione giudiziale, a l.c.a. o ad altre procedure dettate per il caso della crisi o insolvenza*”⁶³². A fronte di questa definizione sono stati sollevati dei dubbi⁶³³ circa il piccolo imprenditore, chiedendosi se lo stesso potesse essere assoggettato o meno a liquidazione controllata che a ben vedere è una procedura concessa al solo imprenditore commerciale; in via definitiva si stabilisce che la liquidazione controllata sia riferibile a tutte le tipologie di debitore; l'unica eccezione la fa il consumatore⁶³⁴ a cui è riservata la sola procedura di ristrutturazione dei debiti ma a cui è negata la possibilità di accedere al concordato minore che invece è ammissibile per tutti quei debitori elencati dall'art. 2, comma 1, lett. c) del CCII⁶³⁵.

Restando sull'inquadramento generale della disciplina è indispensabile riferirsi all'importante ruolo di protagonista occupato dagli OCC che, nel vigilare e coadiuvare il debitore, possono anche servirsi dei commissari giudiziali o dei liquidatori durante le procedure⁶³⁶. Oltre alla fondamentale assistenza prestata al debitore, gli OCC esplicitano i loro compiti redigendo relazioni e proposte al giudice, svolgendo ruoli di trascrizione e di comunicazione, vigilando su quanto svolto dal debitore allo scopo di fornire un'importante garanzia per i creditori; è pressoché evidente la distinzione che il CCII fa degli OCRI che abbiamo visto occuparsi della fase di allerta e delle procedure di composizione assistita della crisi per quelle imprese non assoggettabili alle procedure qui esaminate, che invece vengono prese in carico dagli OCC⁶³⁷.

Prima di passare all'analisi delle procedure bisogna tuttavia, a mio parere, chiedersi quale sia la motivazione che spinge il debitore sovra-indebitato a richiedere una tale

⁶³² Si veda D. Benincasa, *cit.*, p. 2039.

⁶³³ “*La legge 3/2012 chiude in definitiva il cerchio dei debitori che possono fruire di una procedura d'insolvenza, tradizionale o da sovraindebitamento. Tutti i debitori privati...civili, commerciali o agricoli, grandi o piccoli, hanno ora accesso a procedure di crisi o insolvenza, anche il consumatore e chiunque eserciti attività economica*” secondo G. D. Mosco, *op. cit.*, p. 26.

⁶³⁴ La definizione di consumatore viene presa dal codice del consumo e, come stabilito per tutti i soci illimitatamente responsabili sui quali si producono gli effetti delle procedure, anche in questo caso il consumatore può essere qualificato come socio illimitatamente responsabile, cfr. D. Benincasa, *cit.*, p. 2040.

⁶³⁵ Si veda D. Benincasa, *op. cit.*, p. 2040.

⁶³⁶ Cfr. D. Benincasa, *cit.*, p. 2040.

⁶³⁷ Per il cfr. G. D. Mosco, *Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *LLR*, 1, 2019, p. 14.

procedura per il superamento della situazione nefasta; questo perché va sicuramente rintracciato nella possibilità per il debitore di ottenere l'esdebitazione, ma soprattutto, secondo G. D. Mosco⁶³⁸, accedere a queste procedure per il debitore vuol dire limitare la propria responsabilità, andando a "dividere" i sacrifici anche con altri soggetti, in quanto solo così si può avere una "*regolamentazione che ha come obiettivo primario...il c.d. fresh start, un nuovo inizio per il debitore che può lasciarsi alle spalle i debiti non soddisfatti accedendo a una seconda possibilità*"⁶³⁹.

Punto interessante nell'analisi generale delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento è la presenza di un *secondo patrimonio*, poiché il debitore accedendo alle procedure può comunque mantenere una parte di beni, specie nell'ipotesi di continuazione dell'attività d'impresa, delineandosi così questo secondo patrimonio che non è altro che l'anzidetta *seconda chance*: siamo, in questo senso, di fronte a due patrimoni distinti e separati su cui i creditori "protagonisti" delle procedure possono rivalersi in quello ricomprendente i beni oggetto dell'accordo e del piano, i creditori estranei in quello ricomprendente beni e diritti non oggetto del piano che, successivamente all'esdebitazione, restano nella titolarità del debitore (o di cui lo stesso andrà ad acquisire la titolarità)⁶⁴⁰.

Solo le prime due procedure anzidette sono delle vere e proprie procedure di composizione della crisi (ne è esclusa la liquidazione controllata) e, rimettendo al successivo paragrafo l'analisi del concordato minore, ci occuperemo qua del piano del consumatore sostituito dalla ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 67 CCII.

Per quel che riguarda la procedura della proposta e del piano del consumatore alla luce della L. n. 3/2012, si stabilisce che la proposta, sotto forma di offerta, venga presentata dal debitore tenendo in considerazione il soddisfacimento delle obbligazioni, mentre il piano conterrà i modi e i tempi di esecuzione: in questo caso non è necessario che l'attività d'impresa prosegua, trattandosi di un consumatore, ma è indispensabile che vi sia un'integrale soddisfacimento di alcuni crediti; il piano deve essere oltremodo fattibile sia dal punto di vista economico (ovvero raggiungimento degli obiettivi), sia dal

⁶³⁸ G. D. Mosco, *op. cit.*, p 7.

⁶³⁹ Si veda G. D. Mosco, *cit.*, pp. 7 s.

⁶⁴⁰ Si veda G. D. Mosco, *op. cit.*, pp. 9 s.

punto di vista giuridico (ovvero il rispetto delle norme imperative e delle disposizioni in materia)⁶⁴¹.

Per quanto riguarda il contenuto del piano il debitore resta libero nell'appropriarsi della modalità di soddisfacimento che ritiene maggiormente opportuna al raggiungimento degli obiettivi, purché vi sia un soddisfacimento dei crediti⁶⁴² *economicamente rilevante*.

Per quanto riguarda la durata effettiva che il piano deve avere, nulla è detto se non il fatto che lo stesso non deve arrecare un danno ai diritti dei creditori: tempi troppo lunghi determinerebbero una soddisfazione lontana e *parcellizzata*; strettamente correlate alla durata del piano saranno la fattibilità e la prevedibilità che lo stesso possa raggiungere gli obiettivi sperati e, dovendo caso per caso andarle a contemperare, la durata non può avere un limite fisso⁶⁴³.

Si escludeva, ad opera della Legge, in questo strumento il rispetto del principio di *par condicio* e la necessità di andare a formare delle classi di creditori: non a caso si sosteneva che sarebbe stato il singolo creditore, non vedendo soddisfatto *giustamente* il suo credito, ad opporsi alla convenienza del piano, confrontando l'ipotesi in esame con l'alternativa liquidatoria e in questo caso il piano non sarebbe omologato ad opera del giudice⁶⁴⁴.

Quanto detto tuttavia non è ripreso esplicitamente dal CCII in cui, in merito al principio della *par condicio*, viene stabilito che la stessa possa ammettersi al pari della formazione delle classi di creditori, pur non essendovi nello stesso un esplicito richiamo letterale: come sappiamo la libertà di contenuto stabilita dall'art. 67 CCII, dà la possibilità di sperimentare un qualsiasi modello di soddisfacimento, purché lo stesso possa preferirsi all'alternativa liquidatoria⁶⁴⁵.

La legge 3/2012 prevedeva la possibilità di escludere dal piano obbligazioni del consumatore che non siano inerenti all'attività professionale o imprenditoriale dallo stesso svolte⁶⁴⁶; oggi il CCII esclude all'art. 67 che determinati crediti possano non essere compresi dal piano (lo stesso dovrà avere ad oggetto l'intero patrimonio del debitore), fermo restando che, nell'ipotesi in cui il consumatore sia titolare di un'impresa o svolga

⁶⁴¹ Si veda A. Crivelli, *cit.*, p. 714.

⁶⁴² Il riferimento ai crediti e non ai creditori, esclude che nella proposta possa essere disposto a favore di alcune categorie di creditori, un "*soddisfacimento di altri interessi*", cfr. A. Crivelli, *op. cit.*, p. 715.

⁶⁴³ Si veda A. Crivelli, *cit.*, p. 716.

⁶⁴⁴ A. Crivelli, *cit.*, p. 716.

⁶⁴⁵ Cfr. A. Crivelli, *op. cit.*, p. 720.

⁶⁴⁶ Cfr. A. Crivelli, *cit.*, p. 717.

attività professionale, lo stesso possa escludere dal piano i debiti non scaduti inerenti a tale attività⁶⁴⁷.

Il piano del consumatore, come detto, è stato sostituito nell'art. 67 CCII dalla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore: le analogie che restano con la L. n. 3/2012 sono sicuramente la libertà nell'andare a redigere il contenuto del piano e la possibilità di prevedere la soddisfazione dei crediti in qualsiasi forma, mancando sempre l'obbligo del soddisfacimento di una minima⁶⁴⁸ percentuale; oltre a queste analogie si rintracciano, di contro, delle differenze rispetto alla Legge 3/2012 e le stesse possono riassumersi così:

- Ex. art. 67, comma 3, CCII, è ammessa la falcidia e la ristrutturazione anche nel caso in cui i debiti derivino da contratti con cessione del quinto dello stipendio, TFR, o pensione;
- Non è più prevista, rispetto all'art. 12 *bis*, comma 3 della L. n. 3/2012, la possibilità di pagare integralmente alcuni crediti impignorabili come quelli relativi a tributi consistenti risorse dell'UE, all'IVA o alle ritenute operate ma non versate, poiché essendo anche questi delle tipologie di crediti privilegiati, devono sottostare all'attestazione prevista ai sensi del comma 4 dell'art. 67⁶⁴⁹;
- Si esclude la moratoria di un anno prevista dall'art. 8 L. n. 3/2012⁶⁵⁰.

Da ultimo, in questa procedura un ruolo importante è svolto dagli OCC che possono coadiuvare il debitore e vigilare sull'operato e su quanto disposto in tema di modalità e tempi di esecuzione del piano, il tutto ai sensi dell'art. 71 CCII⁶⁵¹.

Ultimo intervento in questo paragrafo, avendo rimesso l'analisi del concordato minore al paragrafo successivo, è la *non procedura* della liquidazione controllata che è disciplinata dagli artt. 14 *ter* e ss. della L. n. 3/2012 (oggi disciplinata anche negli artt. 270 ss. del CCII) e che consiste nella liquidazione del patrimonio del debitore sovra-indebitato (potendo rinvenire delle analogie con quella che è la liquidazione giudiziale per i debitori

⁶⁴⁷ Si veda a tal proposito A. Crivelli, *cit.*, p. 720.

⁶⁴⁸ La possibilità che sia prevista una percentuale minima di soddisfacimento, tuttavia si rintraccia nell'art. 283 CCII che prevede, in caso di esdebitazione senza soddisfacimento, vi sia l'obbligo “*di pagamento allorché nei quattro anni successivi si verifichi la possibilità di pagamenti di almeno il dieci per cento dei crediti, una percentuale...ritenuta dal legislatore apprezzabile tanto da far venir meno la disposta esdebitazione*”, cfr. A. Crivelli, *cit.*, p. 718.

⁶⁴⁹ Si veda A. Crivelli, *op. cit.*, pp. 718 ss.

⁶⁵⁰ Cfr. A. Crivelli, *cit.*, p. 721.

⁶⁵¹ Concludendo cfr. A. Crivelli, *op. cit.*, p. 721.

ad essa assoggettabili); la disciplina in esame consiste in specifici rimandi che di volta in volta il legislatore dispone, potendo la stessa essere avviata o ad opera del debitore o ad opera dei creditori e del PM come conseguenza della mancata omologazione o della revoca di una delle procedure previste nella Sez. I del Capo II o infine direttamente ad opera dei creditori, se l'insolvenza in atto incide su procedure esecutive individuali degli stessi; nella disciplina della liquidazione controllata oltre all'assistenza da parte dell'OCC, è prevista ovviamente la nomina di un liquidatore che andrà a redigere il programma di liquidazione, stabilendo modi e tempi che devono essere ragionevoli e giustificabili ed andrà ad occuparsi della distribuzione del ricavato rispettando le cause di prelazione; inoltre in tale procedura, per potervi essere effetto esdebitatorio è necessario un provvedimento giudiziale separato⁶⁵²; insomma, tale ipotesi non è altro che l'*extrema ratio* per i soggetti ammessi alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento⁶⁵³.

In conclusione, pur prevedendo delle procedure importanti per una tempestiva risoluzione della crisi, la disciplina in esame non permette al debitore di farne un uso sproporzionato e improprio, ribadendo allo stesso che non è conveniente utilizzare tali procedure nel caso in cui non vi sia un'ipotesi reale e accertabile dello stato di crisi, solo per "forzare" la possibilità di vedersi concessa l'esdebitazione, poiché dalle stesse derivano comunque degli importanti sacrifici per tutti i soggetti coinvolti⁶⁵⁴.

5.1 Un focus sul concordato minore.

L'accordo di ristrutturazione di cui all'art.8 della L. n. 3/2012 è stato sostituito in parte dagli articoli 74-83 CCII che accolgono oggi la disciplina del *concordato minore*. Anche in questo caso possiamo andare ad individuare quelli che sono i punti di contatto (e non) tra la disciplina precedente e quella attuale (sebbene la stessa non sia ancora entrata in vigore).

La prima sostanziale differenza tra la procedura accessibile al consumatore, vista in precedenza, e quella del concordato minore è che la prima non richiede obbligatoriamente il voto favorevole dei creditori, necessario invece per lo strumento del concordato minore, dove era espressamente richiesto il voto favorevole del 60% dei crediti (oggi basta la maggioranza); di contro, nel piano del consumatore affinché vi sia omologazione, è

⁶⁵² Si veda G. D. Mosco, *cit.*, p. 12.

⁶⁵³ Cfr. D. Benincasa, *op. cit.*, pp. 2044 ss.

⁶⁵⁴ Cfr. G. D. Mosco, *op. cit.*, p. 20.

possibile che il tribunale non tenga conto dell'adesione dei creditori se ritiene che gli stessi non avrebbero altrimenti potuto ottenere una soluzione ed un soddisfacimento più proficuo dall'ipotesi liquidatoria; entrambe saranno tuttavia obbligatorie per tutti i creditori e l'esdebitazione sarà un effetto automatico delle stesse⁶⁵⁵.

Già la L. 3/2012, come visto anche per il piano del consumatore, prevede una libertà in mano al debitore nel formulare, come meglio si addica, l'accordo di ristrutturazione al fine di ottenere gli effetti sperati; si noti come già la nuova terminologia richiama la disciplina di concordato, ed infatti non è un caso che fin da principio oggetto dello stesso è stata tanto la prosecuzione dell'attività d'impresa, con l'ipotesi dell'ex *accordo in continuità*, quanto la liquidazione dei beni, la distribuzione del ricavato e la conclusione dell'attività d'impresa, con l'ex ipotesi di *accordo liquidatorio*⁶⁵⁶.

Per quanto riguarda il passaggio dalla disciplina precedente a quella attuale, si può evidenziare che nel "primo" assetto al centro della procedura in esame c'era l'accordo tra debitore e creditori, ovvero un vero e proprio strumento di diritto privato; a seguito del d. l. n. 179/2012, pur avendosi ancora un contenuto pattizio, gli elementi caratterizzanti erano e sono con l'attuale CCII maggiormente vicini alla tipologia del concordato preventivo; non è un caso che il CCII, al comma 4 dell'art. 74, stabilisca che, per quanto compatibili, si applicano le disposizioni in tema di concordato preventivo⁶⁵⁷.

Come degno erede della precedente Legge, il concordato oggi tratteggiato dal CCII prevede non più il voto favorevole del 60% dei crediti, bensì la maggioranza assoluta usando sempre lo "strumento" del silenzio-assenso (già visto) e ribadisce che lo strumento in esame non è predisposto per il consumatore; inoltre la fattispecie, a differenza di quanto avveniva in precedenza, preferisce l'ipotesi della continuazione⁶⁵⁸ dell'attività d'impresa, in quanto si ritiene che la stessa possa essere maggiormente proficua per un debitore che si è adoperato in tempo al fine di prevenire la crisi; il legislatore nel parlare di continuità non esclude che la stessa possa essere indiretta ed in capo ad un soggetto terzo diverso dal debitore, purché ai sensi dell'art. 87, comma 1, lett. f) il tutto sia messo in atto per un puntuale soddisfacimento⁶⁵⁹.

⁶⁵⁵ Si veda per lo spunto G. D. Mosco, *cit.*, p. 12.

⁶⁵⁶ Si veda A. Crivelli, *op. cit.*, pp. 721 s.

⁶⁵⁷ Cfr. D. Vattermoli, *Il concordato minore. Aspetti sostanziali*, in *il Fallimento*, 4, 2020, pp. 441 s.

⁶⁵⁸ L'art. 74 CCII amplia la possibilità della continuità anche al professionista, cfr. A. Crivelli, *cit.*, p. 725.

⁶⁵⁹ Si veda A. Crivelli, *op. cit.*, p. 725.

Il tutto sembra essere riferito ai crediti e non ai creditori, per cui si propende per un soddisfacimento che, seppur “*in qualsiasi forma*”⁶⁶⁰, deve consistere pur sempre in una forma pecuniaria; se si decidesse di ammettere anche⁶⁶¹ l’ipotesi di concordato liquidatorio⁶⁶², diverrebbe indispensabile che lo stesso abbia un qualcosa in più, in termini di soddisfacimento, rispetto all’ipotesi della *continuazione*⁶⁶³.

Restando in tema di continuità dell’attività d’impresa, la stessa potrà riferirsi soltanto all’impresa e non ad una professione⁶⁶⁴. Essendo ammessa la continuazione dell’attività d’impresa, sarà di conseguenza ammessa anche la possibilità di regolare i rapporti pendenti, andando a prevedere che il debitore intenda proseguire solo quelli che ritiene indispensabili al fine anzidetto, ovvero quelli che rispondono alle caratteristiche dell’art. 97 CCII (andando a prevedere per quelli che andranno a sciogliersi un indennizzo)⁶⁶⁵.

Per quanto riguarda le differenze rispetto alla disciplina precedente, certamente nell’attuale CCII appare stonata la nota che prevedeva la possibilità di un concordato con classi: lo stesso seppur ammesso ai sensi dell’art. 74, prevede al successivo art. 76 una puntuale specificazione dei motivi che lo hanno reso necessario, specificando anche i criteri attuati nel formare le stesse, rendendosi a tal fine necessaria una relazione da parte dell’OCC; a tal riguardo, secondo il legislatore sarà possibile che tra le stesse vi siano trattamenti differenti⁶⁶⁶.

Perché il concordato possa avere gli effetti sperati⁶⁶⁷, ovvero lo “spossessamento attenuato” del debitore, il quale continua ad amministrare i suoi beni e a svolgere l’attività

⁶⁶⁰ È possibile, a tal fine, eseguire anche operazioni straordinarie come fusioni, scissioni o trasformazioni, cfr. D. Vattermoli, *op. cit.*, p. 444.

⁶⁶¹ Di per sé non esclusa neppure l’ipotesi di un concordato minore con forma mista, sia di continuità che liquidatoria; se poi possa applicarsi o meno il criterio di prevalenza, nulla viene detto in merito, cfr. A. Crivelli, *op. cit.*, p. 726.

⁶⁶² A differenza di quanto disposto per la generale disciplina di concordato liquidatorio ai sensi dell’art. 84 CCII, non sembra qui ammettersi l’obbligo di pagamento di una percentuale minima del 10% (rispetto all’ipotesi liquidatoria), v. A. Crivelli, *cit.*, p. 725; né è previsto il pagamento minimo del 20% per i crediti chirografari, cfr. D. Vattermoli, *cit.*, p. 444.

⁶⁶³ Si veda A. Crivelli, *cit.* p. 725.

⁶⁶⁴ Cfr. A. Crivelli, *op. cit.*, p. 727.

⁶⁶⁵ Si veda A. Crivelli, *op. cit.*, p. 727.

⁶⁶⁶ Per l’analisi si veda A. Crivelli, *cit.*, p. 726.

⁶⁶⁷ Gli effetti si avranno, ai sensi del quarto comma dell’art. 79, anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, cfr. D. Vattermoli, *op. cit.*, p. 446.

sotto la vigilanza dell'OCC⁶⁶⁸, ai sensi dell'art. 80 bisognerà verificarne l'ammissibilità giuridica e la fattibilità economica⁶⁶⁹, analizzando tempi e modi dell'esecuzione contenuti nella domanda di accesso, dovendo essere lo stesso non solo fattibile ma anche prevedibile, nel senso del raggiungimento degli obiettivi prefissati; come in precedenza sembrano ammesse le garanzie prestate dai terzi, che possono anche diventare assuntori⁶⁷⁰.

Anche qui, come abbiamo analizzato nella precedente procedura, è rafforzato il rispetto del principio della *par condicio*, in quanto la tutela dei creditori sta alla base di tutto, essendo ammesso per gli stessi anche lo strumento di *Cram down*, ovvero di opposizione, il quale può essere attivato ai sensi del terzo comma dell'art. 75 non più in virtù di una contestazione da parte del creditore, bensì in base all'ammissibilità del piano stesso⁶⁷¹.

Infine:

- sembra ammessa la moratoria di due anni ai sensi dell'art.86 CCII;
- a differenza della disciplina precedente e, come per il piano del consumatore, non è più necessario il pagamento integrale dei crediti tributari IVA e delle ritenute non versate;
- l'art. 78, comma due, lett. c), CCII, prevede che, a seguito del decreto di apertura, *“il giudice, su istanza del debitore che sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo, non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali né disposti sequestri conservativi né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore”*⁶⁷²;
- le modalità esecutive minime sono previste dall'art. 81 CCII;
- l'esecuzione del piano avverrà per mano del debitore, purché in caso di liquidazione, le procedure collegate siano competitive, con la possibile previsione della nomina di un liquidatore;

⁶⁶⁸ Si veda D. Vattermoli, *cit.*, p. 446; resta fermo ai sensi dell'art. 79, comma 5, CCII, che *“il concordato minore non pregiudica i diritti dei creditori nei confronti dei coobbligati, fideiussori del debitore e obbligati in via di regresso, salvo che sia diversamente pattuito”*, cfr. D. Vattermoli, *cit.*, p. 446.

⁶⁶⁹ Cfr. D. Benincasa, *op. cit.*, p. 2044.

⁶⁷⁰ A. Crivelli, *cit.*, p. 726.

⁶⁷¹ Si veda A. Crivelli, *cit.*, p. 727.

⁶⁷² Cfr. D. Vattermoli, *cit.*, p. 447.

- la fase competitiva sarà gestita a norma dall'OCC, per il quale si aggiunge, oltre alla verifica della completezza della documentazione fornita e della convenienza della proposta⁶⁷³, un importante compito di vigilanza durante tutta l'esecuzione; infine lo stesso sarà chiamato a vigilare nel caso in cui venga disposta la prosecuzione dell'attività d'impresa, al fine di garantire il totale rispetto di quanto predisposto, pur non potendo, in caso di mancato rispetto della disciplina, lo stesso adottare il potere surrogatorio previsto dall'art. 118 CCII: lo stesso potrà solo risolvere il concordato⁶⁷⁴.

In conclusione il *concordato minore* non è altro che una procedura concorsuale giudiziale volontaria poiché rimessa alla volontà del debitore, prevedendo da una parte il raggiungimento della maggioranza dei creditori per approvare l'accordo che ne è l'oggetto e, dall'altra, l'intervento da parte degli organi della procedura per garantire il regolare svolgimento (garantendo anche l'estensione del piano ai creditori dissenzienti); in sostanza per il CCII tale strumento non è altro che un beneficio da concedere al debitore "giusto" che voglia risollevare la sua situazione, purché lo stesso non sia stato già soggetto ad esdebitazione nei cinque anni precedenti o ne abbia già beneficiato per due volte consecutive⁶⁷⁵.

6. La liquidazione giudiziale.

Come abbiamo detto all'inizio di questa dissertazione, tra le novità del Codice della crisi una delle più significative riguarda le modifiche di alcuni termini, al chiaro fine di evitare discredito nei confronti del soggetto debitore: nello specifico il termine fallimento è stato sostituito da quello di *liquidazione giudiziale*, pur restando pressoché invariata la funzione e la disciplina della stessa.

La disciplina, valida per i soli imprenditori commerciali⁶⁷⁶ (con esclusione dell'imprenditore agricolo e dell'impresa minore), viene trattata nella Sezione I del Capo I del Titolo V del CCII, rubricata "Presupposti della liquidazione giudiziale e organi preposti" e si occupa delle norme che disciplinano la conservazione e la gestione dell'attivo patrimoniale del debitore; il ruolo di amministratore dello stesso, in questa

⁶⁷³ Cfr. D. Vattermoli, *op. cit.*, p. 444.

⁶⁷⁴ Concludendo si veda A. Crivelli, *op. cit.*, pp. 727 s.

⁶⁷⁵ Cfr. D. Vattermoli, *cit.*, pp. 442 s.

⁶⁷⁶ Tanto il presupposto soggettivo, quanto il presupposto oggettivo ovvero lo stato di insolvenza dell'imprenditore ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b), CCII, vengono stabiliti dall'art. 121 del Codice della crisi. Cfr. L. Serra, *Liquidazione giudiziale*, in www.altalex.com, 2019.

procedura viene affidato al curatore ai sensi dell'art. 128: lo stesso verrà vigilato dal giudice delegato e dal comitato dei creditori⁶⁷⁷.

Al fine della validità della procedura saranno necessarie due relazioni: la prima, da presentare al giudice delegato (entro 30 giorni dal giorno di apertura della procedura), conterrà l'informativa attinente agli accertamenti svolti circa le cause che hanno determinato lo stato di insolvenza del debitore e le eventuali responsabilità; la seconda sarà trasmessa al curatore (entro 60 giorni dal giorno in cui viene depositato il decreto esecutivo dello stato passivo), fornendo le cause complessive che hanno determinato l'indebitamento⁶⁷⁸.

Il curatore, che in questa disciplina svolge un ruolo importante, dovrà preventivamente avvisare i soggetti che potrebbero essere interessati alla liquidazione, che la procedura è stata aperta e, solo successivamente andare ad accertare il passivo; l'attivo disponibile verrà liquidato secondo quanto disposto dagli artt. 210 ss., i quali a loro volta richiamano l'art. 104 e l'art. 104 *bis* l. f.: negli stessi vengono esplicitate tutte le attività che il curatore eseguirà per trasformare i beni del debitore in denaro da distribuire ai soggetti interessati⁶⁷⁹.

Una volta apertasi la procedura (ai sensi dell'art. 121 CCII), ai sensi del comma 1 dell'art. 211 CCII, il debitore potrà comunque esercitare l'attività d'impresa o di un ramo della stessa, qualora da una sua interruzione derivi un grave pregiudizio alla realizzazione della soddisfazione dei creditori⁶⁸⁰.

Elemento chiave della disciplina sarà il programma di liquidazione, redatto ai sensi del comma 1 dell'art. 129 CCII dal curatore, sottoposto al vaglio del giudice delegato e del comitato dei creditori, comprendente le modalità e i tempi di esecuzione; il ricavato verrà diviso dai creditori nel rispetto delle cause di prelazione stabilite per il fallimento dalla Legge fallimentare e nel rispetto della *par condicio*:

- i creditori con causa anteriore potranno far valere le loro pretese esclusivamente nell'ambito della procedura;

⁶⁷⁷ L. M. Quattrocchio, *Liquidazione giudiziale*, in (a cura di) G. Bonfante, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Settembre, 2019., p. 1997.

⁶⁷⁸ Cfr. L. M. Quattrocchio, *cit.*, p. 1997.

⁶⁷⁹ A. Monteverde, *Le fasi della liquidazione giudiziale*, in (a cura di) G. Bonfante, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Settembre 2019, pp. 1999 ss.

⁶⁸⁰ Cfr. A. Monteverde, *op. cit.*, p. 2002.

- i creditori della massa, ovvero quelli i cui crediti sono sorti in funzione o in occasione della liquidazione o di un'altra procedura ex L. 3/2012 vengono soddisfatti in prededuzione;
- seguono poi i creditori chirografari e privilegiati, relegando alla fine i crediti postergati secondo il nuovo assetto del Codice della crisi⁶⁸¹;
- i creditori con titolo o causa posteriore restano esclusi dal procedimento⁶⁸².

Se il debitore è una persona fisica potrà chiedere, del resto, l'esdebitazione nei confronti dei creditori concorsuali per i debiti insoddisfatti al termine della procedura, purché il soggetto debitore sia in possesso dei requisiti di meritevolezza stabiliti dalla legge e purché la procedura abbia permesso almeno una parte di soddisfacimento dei creditori ai sensi dell'art. 14 *terdecies* l. f.⁶⁸³.

In conclusione, ritengo di non dilungarmi oltre su tale argomento, poiché chiaro obiettivo della mia analisi è stato quello di evidenziare gli strumenti *preventivi* a disposizione del debitore, trattandosi invece nel caso in specie di una *extrema ratio* che si scontra con il principio anzidetto.

7. Breve analisi sugli strumenti finanziari partecipativi.

Ultimo paragrafo riguarda gli *strumenti finanziari partecipativi* che, nell'ottica del nuovo assetto del Codice della crisi, non sono più utilizzati esclusivamente al fine di “agevolare il ricorso al mercato dei capitali” come previsto dalla L. n. 366 del 3 Ottobre 2001, bensì come strumenti utilizzabili specie nella ristrutturazione dei debiti; tale strumento è regolato dall'art. 2346 c. c. per cui si ammette una libera autonomia nel prevedere il loro contenuto⁶⁸⁴. Per quanto riguarda la natura degli stessi, i più ne hanno definito la natura ibrida, in cui di volta in volta deve essere stabilita causa e contenuto, essendo gli stessi ammessi sia nel caso in cui si debba apportare del rischio sia nel caso in cui si debba apportare credito⁶⁸⁵.

Come detto tali strumenti possono essere utilizzati tanto nella procedura dei piani di risanamento attestati ex art. 67 l. f. sia nel caso di accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 *bis* l. f.: gli stessi verranno, in questo caso, emessi dalla società

⁶⁸¹ Si veda A. Monteverde, *cit.*, p. 2003.

⁶⁸² Cfr. G. F. Campobasso, *Diritto Commerciale*, Volume 3, 5° Edizione, UTET Giuridica, pp. 475 s.

⁶⁸³ Si veda G. F. Campobasso, *op. cit.*, p. 478.

⁶⁸⁴ Cfr. G. D'Attorre, *Gli strumenti finanziari partecipativi nella crisi d'impresa*, in *Il dir. fallim.*, 2, 2017, pp. 329 s.

⁶⁸⁵ Cfr. G. D'Attorre, *ult. op. cit.*, p. 331.

debitrice, andando a convertire alcuni crediti (vantati da alcuni creditori, specie bancari o finanziari) in strumenti finanziari partecipativi; il risultato che ne deriva sarà importante da tre punti di vista:

- dal punto di vista patrimoniale poiché grazie a questi si potrà tentare di portare in positivo il netto patrimoniale o comunque potendo, dove non vi è estrema urgenza, rafforzare la struttura patrimoniale della società debitrice;
- dal punto di vista funzionale i soggetti che si vedono attribuiti alcuni diritti amministrativi, a seguito dell'emissione degli strumenti finanziari, potranno svolgere un controllo endo-procedurale circa il rispetto di quanto stabilito nei piani e negli accordi;
- da un punto di vista finanziario, la normale conseguenza che ci si aspetta sarà la riduzione degli oneri finanziari *“per il rimborso della debitoria oggetto di conversione”*⁶⁸⁶.

Di contro, l'utilizzo di tali strumenti determina dei profili critici come gli effetti sulle perdite che la società debitrice può subire sui diritti dei titolari degli strumenti finanziari: in questo caso, a seguito di visioni spesso contrapposte, si è giunti a stabile che nel caso in cui vi siano perdite rilevanti, gli strumenti finanziari continueranno a sopravvivere e i loro titolari potranno continuare ad esercitare i diritti loro spettanti, anche nel caso in cui *“la riserva del netto patrimoniale sia ridotta o annullata per effetto dell'assorbimento delle perdite che abbiano inciso sulla stessa prima che sul capitale sociale”*; la regola suddetta verrà applicata di default, salvo diversamente pattuito⁶⁸⁷.

Un secondo profilo critico riguarda il danno che può subire il principio di *par condicio creditorum* nel caso in cui gli strumenti finanziari vengano attribuiti ai creditori come un modo per soddisfare i loro crediti, e il tema non è di nuovo conio: nelle procedure concorsuali, stabilendosi che i creditori appartenenti alla stessa classe debbano essere soddisfatti in proporzione al credito vantato, è necessario che, nel caso in cui vengano attribuiti strumenti finanziari, gli stessi devono essere in numero proporzionale al credito; in conclusione, la possibile violazione del principio si avrà nel caso in cui *“per effetto della proporzione reciproca tra i crediti, ad un creditore è attribuita un complesso di SFP che, indipendentemente dal numero o dal loro valore nominale, abbia un valore*

⁶⁸⁶ Cfr. G. D'Attorre, *ult. op. cit.*, pp. 335 s.

⁶⁸⁷ Si veda G. D'Attorre, *ult. op. cit.*, pp. 337 ss.

economico più che proporzionale rispetto al credito vantato...Tale situazione si verificherà...quando, per effetto dell'attribuzione, il creditore conseguirà il controllo nell'ambito dell'assemblea dei titolari di SFP, così beneficiando del cd. premio di maggioranza"⁶⁸⁸.

⁶⁸⁸ Cfr. G. D'Atorre, *ult. op. cit.*, pp. 349 ss.

CONCLUSIONI

Nel trattare questo tema, un termine salta subito all'occhio, ovvero quello di *prevenzione*. L'etimologia del termine, di derivazione tardo latina da *praeventio -onis*, significa letteralmente *adozione di una serie di provvedimenti per cautelarsi da un male futuro, e quindi l'azione o il complesso di azioni intese a raggiungere questo scopo*.

A tal proposito, prima di addentrarci in quelle che sono state le mosse del legislatore, vorrei fare mia una frase di C. Beccaria secondo cui *“Il più sicuro ma più difficil mezzo di prevenire i delitti si è di perfezionare l'educazione”*.

Tale frase non può essere tanto più vera nel tema che ho trattato poiché gli strumenti a cui fa riferimento l'analisi, sono sostanzialmente strumenti che al fine di prevenire, evitano l'incorrere in conseguenze maggiormente dannose per il debitore, anche a livello penale.

Abbiamo visto infatti come, nell'intento del legislatore, vi sia stata la volontà di depenalizzare le condotte del debitore, passando da un carattere sanzionatorio ad un carattere maggiormente “permissivo”, purché la condotta sia incentrata all'obiettivo primario di *prevenire*.

Il Codice della crisi, ovvero ciò che deriva dalla Legge 8 Marzo 2019 n.20, rubricata “Delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma della discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui alla legge 19 Ottobre 2017 n. 155” che a sua volta ha apportato delle modifiche al D. Lgs. 19 Gennaio 2019 n. 14, doveva, disposta la *vacatio legis* di diciotto mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, entrare in vigore il 14 Agosto 2020, portando una ventata di freschezza ad un sistema che non veniva davvero riformato dal R.D. del 1942.

Come sappiamo, così non è stato, poiché la grave crisi epidemiologica causata dal Covid-19, ha fatto slittare l'entrata in vigore al Primo Settembre 2021, allungando i tempi di attesa.

Sembra insomma che troppi ostacoli vogliano frapporsi tra l'emanazione del Codice e la sua concreta “scesa in campo”, forse perché lo stesso è un vero e proprio atto rivoluzionario del legislatore stesso.

La rivoluzione, come detto, oltre al cambio di rotta del carattere delle norme, consiste in una visione completamente mutata nella gestione della crisi e dell'insolvenza.

Il cambio di rotta e la *rivoluzione* che si sono avuti, quantunque l'importante ruolo assolto dal nostro legislatore nazionale, non sono solo frutto di quest'ultimo ma anche e soprattutto delle spinte europeiste.

Le spinte europeiste a cui intendo riferirmi sono quattro, così cronologicamente pervenute:

- il Regolamento CE n. 1346 del 2000 che ha analizzato e disciplinato il fenomeno del c.d. *forum shopping*, impedendo in conseguenza agli Stati Membri di trasferire di volta in volta le loro sedi e i loro beni nei diversi Paesi alla ricerca di trattamenti e discipline migliori per la risoluzione della crisi in atto;
- la Raccomandazione UE n. 135 del 2014 che ha introdotto il concetto di *prevenzione* e che, cercando di far attecchire il più possibile questo concetto nelle diverse legislazioni nazionali, chiedeva agli Stati di prevedere appositi strumenti di *risanamento* delle imprese, in modo tale che l'attività delle stesse potesse proseguire anche a seguito di una crisi;
- il Regolamento UE n. 848 del 2015, che con la sua portata innovativa ha ampliato il contenuto del Reg n. 1346/200, occupandosi tuttavia della sola disciplina delle insolvenze transfrontaliere, ovvero interessanti più Stati Membri;
- *last but not least* la Direttiva UE n. 1023 del 2019, una vera e propria "ventata di freschezza" che racchiude nel suo scrigno procedure e concetti importanti come l'*allerta precoce*, i *quadri di ristrutturazione preventiva*, l'*esdebitazione* e tutte le misure necessarie a tale scopo.

Il principio guida che ha mosso l'Europa, per il raggiungimento di questi significativi obiettivi, è stato quello dell'*armonizzazione*, volto ad avere non tanto una disciplina unitaria per tutti gli Stati Membri, quanto piuttosto delle singole discipline nazionali che, basandosi sugli stessi principi di matrice europea, pur avendo caratteristiche particolari, potessero meglio coordinarsi.

Possiamo dire che è solo grazie ad una forte spinta del legislatore europeo che il nostro Paese così come altri (si veda ad esempio la Francia), si sono mossi nell'ottica della

prevenzione, andando a “creare” degli strumenti che potessero essere utili al fine prefissato.

Il motore messo in atto dal legislatore nazionale, per quanto improntato al concetto di *prevenzione*, è improntato anche ad un altro concetto strettamente correlato al primo: quello della *continuazione*.

Infatti, il legislatore, permettendo al debitore (sia esso imprenditore commerciale e non, piccolo o grande, che svolga attività professionale o che sia un consumatore) di poter scegliere uno *strumento di prevenzione* o di poter accedere ad una *disciplina* basata sullo stesso principio, che garantisca il minor “sacrificio” alla risoluzione della situazione di crisi, ha tenuto bene in mente altro.

Per lo stesso la *via maestra* che deve essere imboccata, perché si possa dire che tutto sia andato a buon fine, è quella della *continuazione dell'attività d'impresa*: questo significa che il debitore nel *prevenire* la crisi, deve comunque focalizzarsi non solo sull'ipotesi di risanamento della situazione economico-finanziaria e sul pagamento dei debiti al fine di *soddisfare i creditori*, bensì sulla possibilità di uscirne comunque rafforzato al termine della crisi, lasciando vivere o “sopravvivere” l'impresa e garantendo alla stessa la vita di cui inizialmente è stata dotata, sia essa in mano allo stesso debitore, sia in mano ad un soggetto terzo.

La rivoluzione che il legislatore ha voluto realizzare con il Codice della crisi e dell'insolvenza, è davvero importante per la situazione attuale, in quanto era impensabile che una società dinamica come la nostra, con soggetti dinamici in essa coinvolti, restasse ad oggi ancorata ad una Legge fallimentare emanata quasi ottant'anni fa, pur essendovi state delle riforme poco incisive negli ultimi quindici anni.

Seppur il ruolo del legislatore sia stato fondamentale, quello che davvero è auspicabile, anche a mio avviso, è che vi sia un radicale cambiamento nel comportamento dei debitori.

I debitori devono capire che incorrere, accidentalmente o meno, in una crisi non significa andare al patibolo o essere giustiziati come Giovanna D'Arco. A tal proposito, anche in questo caso, il Codice della crisi dà un importante segnale; lo stesso si è prodigato di andare ad eliminare termini come *fallimento* e *debitore fallito*, andandoli a sostituire con termini meno screditanti quali *liquidazione giudiziale* e *debitore in stato di*

crisi o di insolvenza, auspicando che i debitori possano in qualche modo sentire la vicinanza del legislatore e la sua volontà di “aiutarli” il più possibile.

Gli stessi devono essere capaci di comprendere che *segnale di crisi* non significhi ugualmente *morte*, bensì *campanello d'allarme* affinché la loro possa essere una vera e propria “resurrezione”, poiché solo così la rivoluzione del Codice della crisi sarà effettiva.

Fino ad ora non si può recriminare molto nei confronti del legislatore: infatti, benché si evinca dalla Direttiva UE n. 1023/2019 che in alcuni temi l'armonizzazione europea non sia stata completa, lo stesso ha fatto del suo meglio per rendere effettivo l'aiuto ai debitori, affinché gli stessi capiscano quanto sia importante *prevenire*.

Prevenire significherà per tutti ridurre, *in primis*, i sacrifici da sopportare, sia in capo al debitore che in capo ai creditori, stakeholders ed economia in generale, andando a mantenere equilibrati anche i livelli occupazionali, a cui il legislatore ha dato parecchia importanza.

In seconda battuta la *prevenzione* consentirà di mantenere in moto la macchina del nostro Paese, che mai più di ora ha bisogno di essere viva, nella maniera più positiva per tutti, senza che ciò significhi “abbassare la saracinesca” definitivamente.

Si attendono tuttalpiù piccoli ritocchi e modifiche, tanto per una migliore armonizzazione nazionale, quanto europea, magari a seguito dell'effettiva entrata in vigore del Codice, quando si potrà effettivamente dire che tutti i soggetti coinvolti, ai vari livelli, si siano “sporcati le mani” con le diverse disposizioni, strumentazioni e discipline.

Concludendo posso dire che aver analizzato questo tema mi ha dato la possibilità di approfondire meglio quello che è stato lo *spirito riformatore* del nostro legislatore, che ha avuto il coraggio ed ha deciso di affrontare e risolvere un tema che per tanto tempo ha fatto soffrire i soggetti che ne erano coinvolti.

L'auspicio è che il futuro che ci si prospetta possa far proprio il celebre proverbio “*praestat cautela quam medela*”, la cui derivazione è il principio di “*primum non nocere*” (per prima cosa, non nuocere) di Ippocrate.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, *Giurisprudenza Italiana*, Agosto-Settembre, 2019.

AA. VV., *Gestione delle procedure concorsuali nella crisi d'impresa*, Ipsoa Manuali, 2016.

AA. VV., *La gestione del risanamento nelle procedure concorsuali*, *Giur. Comm.*, 1, 2013.

Abriani N. e Rossi A., *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, *Le Società*, 4, 2019.

Ambrosini S., *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, www.ilcaso.it.

Ambrosini S., *Il diritto della crisi d'impresa nella Legge n. 132 del 2015 e nelle prospettive di riforma*, www.ilcaso.it, 2015.

Azzaro A. M., *Le procedure concordate dell'impresa in crisi*, Torino, 2017.

Bastianon S., *Allerta precoce e ristrutturazione preventiva: Codice della crisi e Direttiva 2019/1023 a confronto*, www.ilFallimentarista.it, 2019.

Benvenuto G. e Meani S., *Direttiva UE n. 1023/2019 sulla ristrutturazione preventiva, esdebitazione e insolvenza: prime valutazioni*, www.ilFallimentarista.it, 2019.

Bettazzi G., *Inammissibilità dell'accesso al concordato preventivo da parte dell'impresa cessata*, *il Fallimento*, 7, 2020.

Bianco M. e Marucci M., *Procedure fallimentari ed efficienza economica: valutazioni teoriche e riflessioni per l'economia italiana*, *Banca Impr. Soc.*, 2001.

Bosticco P., *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza: disposizioni generali e definizioni*, www.ilFallimentarista.it, 2019.

Bottai L. A., *Le modifiche del codice civile dettate dalla L. 155/2017 e l'affermazione del diritto concorsuale societario*, www.ilFallimentarista.it, 2018.

Bozza G., *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, *il Fallimento*, 8, 2005.

Brogi R., *Contratto con continuità e liquidazione dei beni: prevalenza qualitativa, prevalenza quantitativa o combinazione?*, *il Fallimento*, 4, 2020.

Brogi R., *Il concordato in continuità aziendale nel codice della crisi, il Fallimento*, 7, 2019.

Calandra-Buonaura V., *Concordato preventivo, Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, Annali II-2, 2008.

Caldarelli M. C., *Istituti di allerta e prevenzione nella riforma delle procedure concorsuali, Crisi d'impresa e insolvenza*, Giuffrè, 2005.

Campobasso G. F., *Diritto commerciale, Volume 3, 5° Edizione*, UTET Giuridica, 2013.

Capolupo D., *La figura del pre-commissario nel concordato preventivo con riserva, il Fallimento*, 12, 2017.

CDM, *Relazione illustrativa decreto correttivo crisi d'impresa*, www.ilcaso.it, 2019.

Ceccherini E., *L'imprenditore deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi: riflessioni sul riformato art. 2086 c.c.*, www.ilFallimentarista.it, 2019.

Cecchini P. G., *Concordato preventivo: le offerte concorrenti al microscopio, Il dir. fallim.*, 5, 2016.

Crivelli A., *Il piano e la proposta nelle procedure di componimento della crisi da sovraindebitamento nella L. n. 3/2012 e nel CCII, il Fallimento*, 6, 2019.

Danovi A. e Riva P., *Le cinque fasi della crisi e dell'allerta*, www.ilFallimentarista.it, 2018.

D'Attorre G., *Gli Ocri: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta, il Fallimento*, 12, 2019.

D'Attorre G., *Gli strumenti finanziari partecipativi nella crisi d'impresa, Il dir. fallim.*, 2, 2017.

D'Attorre G., *I concordati di gruppo nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, il Fallimento*, 3, 2019.

D'Attorre G., *Il voto nei concordati ed il conflitto d'interessi fra creditori, il Fallimento*, 7, 2012.

De Cesari P., *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio europeo alla crisi d'impresa, il Fallimento*, 10, 2015.

De Marchi-Albegno P. G. e Giacomazzi C., *I piani attestati di risanamento ex art. 67 l. fall., Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, a cura di Cagnasso O. e Panzani L., III, Torino, 2016.

De Matteis S., *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali, Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 6, 2017.

De Matteis S., *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè Editore, 2017.

De Matteis S., *Prime riflessioni sulla legge delega n. 155/2017 di riforma delle procedure concorsuali*, www.unicost.eu, 2019.

Fabiani M., *Il piano attestato di risanamento "protetto", il Fallimento*, 7, 2020.

Fabiani M., *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazione, il Fallimento*, 3, 2018.

Fabrizio M., *Ristrutturazione dei debiti, Enciclopedia del diritto*, Giuffrè Editore, Annali VI, 2013.

Fauceglia G., *Il piano di risanamento nel Codice della Crisi e dell'insolvenza, il Fallimento*, 11, 2019.

Ferro M., *Art. 182 bis, la nuova ristrutturazione dei debiti, Il nuovo diritto delle società*, n. 24, 2005.

Fico D., *Brevi riflessioni sulla nozione di crisi e di insolvenza del debitore nel nuovo Codice della crisi d'impresa*, www.ilFallimentarista.it, 2019.

Fittante A., *Il Ddl della Commissione Rordorf: una riforma organica della crisi d'impresa*, www.ilFallimentarista.it, 2016.

Frascioli-Santi E., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Cedam, 2016.

Gambi L., *Le nuove misure protettive nel Codice della crisi*, www.ilFallimentarista.it, 2019.

Gerbinì G., *Fenomenologia degli accordi di ristrutturazione: ammessa la natura concorsuale*, www.ilFallimentarista.it, 2020.

Ginevra E. e Presciani C., *Il dovere di istituire assetti adeguati ex art. 2086, NLCC*, 5, 2019.

Guiotto A., *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi, il Fallimento*, 4, 2019.

Irrera M., *Lineamenti generali della riforma Rordorf, Diritto ed Economia dell'Impresa*, Giappichelli, 2, 2016.

Irti N., *Il giurista dinanzi alla crisi d'impresa*, Riv. Dir. Proc..

Jorio A., *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà, Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, in onore di Sandulli M., 2, 2019.

Kiyonari T., *La gestione delle crisi connesse alla crescita delle medie imprese in Giappone, Prevenzione e terapia della crisi d'impresa*, a cura di Corno F., Padova, 1988.

Lamanna F., *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, Il civilista*, Giuffrè, 1, 2019.

Lamanna F., *La corretta definizione di "crisi" e "indici della crisi" secondo il primo Correttivo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, www.ilFallimentarista.it, 2020.

La Croce G., *Il confezionamento di un piano di salvataggio dell'impresa in crisi da attestare*, il Fallimento, 10, 2014.

La Malfa A., *Le offerte concorrenti*, www.osservatorio-oci.org.

Lo Cascio G., *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, il Fallimento, 3, 2019.

Macario F., *Il contratto e gli "strumenti negoziali stragiudiziali" nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, i Contratti, 4, 2019.

Macario F., *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito, Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di Di Marzio F. e Macario F., 2010.

Manzoni A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale, Amministrazione e controllo nel diritto delle società, Liber Amicorum Antonio Piras*, a cura di AA. VV., Torino, 2010.

Matteucci G., *Emergenza anticipata della crisi d'impresa in Italia: l'indice di allerta esiste, funziona, non viene usato*, Revista Electronica de Direito Processual, Volume 17, n.2, 2016.

Melis G e Rasi F., *Crisi e fiscalità, Oltre la pandemia. Società, salute economia e regole nell'era post-covid-19*, a cura di Palmieri G., Napoli, 2020.

Meo G. e Panzani L., *Procedure unitarie "di gruppo" nel codice della crisi, Crisi d'Impresa e Insolvenza*, dicembre, 2019.

Miola M., *Riflessioni sui doveri degli amministratori in prossimità di insolvenza*, *Studi in onore di Umberto Belviso*, II, Bari, 2011.

Montalenti P., *Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, *Giurisprudenza Commerciale*, Giuffrè, 1, 2018.

Montalenti P., *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, *Riv. Dir. Soc.*, 2011.

Montalenti P., *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta della "Proposta Rordorf" al Codice della crisi*, in corso di pubblicazione e destinato agli scritti in ricordo di Michele Sandulli.

Mosco G. D., *Le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*, *LLR*, 1, 2019.

Nardecchia G. B., *La legislazione emergenziale: il concordato preventivo, il Fallimento*, 7, 2020.

Nisivoccia N., *La composizione assistita della crisi*, www.ilFallimentarista.it, 2020.

Pacileo F., *Cram down e salvaguardie per i soci nel concordato preventivo con proposte concorrenti*, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1, 2018.

Pacileo F., *Gli "strumenti di allerta" tra early warning tools e preventive restructuring frameworks*, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1, 2018.

Panzani L., *La Proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, *il Fallimento*, 2, 2017.

Paolone G., *Gli istituti della cessazione aziendale (cause generatrici e forme di manifestazione)*, Milano, 2008.

Perrino M., *Crisi d'impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, *Corriere Giuridico*, 5, 2019.

Perrino M., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali, in ricordo di Michele Sandulli*, Giappichelli, Torino.

Pettirossi V., *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, *Dir. Fall.*, I, 2015.

Pezzano A. e Ratti M., *Nuovo codice degli appalti e procedure concorsuali: prime riflessioni*, *il Fallimento*, 7, 2016.

Presti G., *Stato di crisi e stato di insolvenza, Crisi d'impresa e delle procedure concorsuali*, a cura di Cagnasso O. e Panzani L., tomo 1, Milano, 2016.

Ranalli R., *I piani d'impresa nel governo societario e nella composizione della crisi tra il regime attuale e la riforma, il Fallimento*, 8-9, 2018.

Ricciardiello E., *Profili di fattibilità giuridica dei piani attestati di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d), legge fallim., Il dir. fallim.*, 5, 2017.

Rocco di Torrepadula N., *La crisi dell'imprenditore, Giurisprudenza Commerciale*, 2009, I.

Rondinone N., *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le origini della <<commercialità>>*, *Rivista delle società*, Giuffrè, 2012.

Rossi A., *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone, il Fallimento*, 3, 2019.

Sacchi S., *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2018.

Sandulli M., *I contratti delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa, Le Società*, 2009.

Sandulli M., *Sub art. 160 l. fall., Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di Nigro A., Sandulli M. e Santoro V., 2014.

Sciarelli S., *Crisi d'impresa*, Padova, 1995.

Serra L., *Liquidazione giudiziale*, www.altalex.com, 2019.

Spiotta M., *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017.

Spolidoro M., *Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, *Riv. Società*, 2019.

Spolidoro M., *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione assistita della crisi*, *Riv. Società*, 2018.

Superti-Furga F. e Sottoriva C., *Riflessioni sul Codice della crisi e dell'insolvenza, Le Società*, 1, 2020.

Tamponi M., *La composizione della crisi da sovraindebitamento, Persona e attività economica tra libertà e regola*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

Terenghi M., *Insolvenza in prospettiva, crisi, indicatori e "indici di allerta" tra Legge Fallimentare e nuovo CCII*, www.ilFallimentarista.it, 2020.

Terranova G., *Insolvenza, stato di crisi e sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino, 2013.

Terranova G., *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale, Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006.

Trimarchi G. A. M., *Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme*, Notariato, 2, 2019.

Vallini C., *Equilibri, stati patologici e comportamenti di risanamento aziendale*, Firenze, 1984.

Vattermoli D., *Il concordato minore. Aspetti sostanziali*, *il Fallimento*, 4, 2020.

Vattermoli D., *Il procedimento di composizione assistita della crisi e l'OCRI*, *il Fallimento*, 7, 2020.

Vella P., *L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno*, *il Fallimento*, 6, 2020.

Zorzi A., *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel codice della crisi*, *il Fallimento*, 8-9, 2019.

Cassazione 27 Aprile 1999, n. 4277.

Tribunale di Crotone, 28 Maggio 1999, ca. *Giust. Civ.*, I, 2000.

Tribunale di Palermo, 17 Febbraio 2006, ca. *Insolvenza*, *il Fallimento*, 2006.

Tribunale di Monza, 5 Agosto 2010, ca. *Cram down*.

Suprema Corte, 10 Febbraio 2011, sentenza n. 3274.

Tribunale di Piacenza, Ottobre 2012.

Cassazione, SS. UU., 15 Maggio 2015, n. 9935.

Cassazione 27 Maggio 2015, n. 10952, www.ilFallimentarista.it.

Tribunale di Palermo, 4 Maggio 2016.

Cassazione 15 Dicembre 2017, n. 30209.

Cassazione Civile, Sez. I, 18 Gennaio 2018, n. 1182, ca. *Crisi d'impresa*, *il Fallimento*, 3, 2018.

Cassazione Civile, SS. UU., 28 Giugno 2018, n. 17186, ca. *Conflitto d'interessi tra creditori*, *il Fallimento*, 8-9, 2018.

Corte D'Appello di Torino, 31 Agosto 2018, ca. *Concordato preventivo*, *il Fallimento*, 3, 2019.

Cassazione Civile, Sez. I, 19 Dicembre 2019, ca. *Accordi di composizione della crisi, il Fallimento*, 6, 2020.

Cassazione Civile, Sez. I, 15 Gennaio 2020, n. 734, ca. *Concordato misto, il Fallimento*, 4, 2020.

Tribunale di Avezzano, 13 Febbraio 2020, ca. *Continuità aziendale, il Fallimento*, 7, 2020.

Cassazione Civile, Sez. I, 20 Febbraio 2020, n. 4329, ca. *Fallimento, il Fallimento*, Fascicolo 7, 2020.