RISTRUTTURAZIONI AZIENDALI

# Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

ISSN 2785-6348
Rivista trimestrale
Fascicolo n. 2/2022

## Speciale
## Codice della crisi dopo il d.lgs. n. 83/2022
## - Parte prima -

Centro Studi Giuridici Editore
IL CASO.it

**Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali**
*Dottrina e giurisprudenza sulla crisi d'impresa*
Rivista trimestrale – ISSN 2785-6348

Direttore responsabile: **Paola Castagnoli**
Editore: Centro Studi Giuridici - APS, con Sede in Luzzara (RE), Via Grandi n. 5. Associazione di promozione sociale, iscritta nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS) con atto Num. 20609 del 27/10/2022 BOLOGNA. Già iscritta nel Registro Regionale delle Associazioni di Promozione Sociale della Regione Emilia-Romagna al n. 3889, a far tempo dal 6 novembre 1995. Già iscritta nel Registro Provinciale delle Associazioni di Promozione Sociale della Provincia di Reggio Emilia al n. 53298/31/2011, a far tempo dal 2 novembre 2011. P.Iva: 02216450201; C.F.: 01762090205.

# Quaderni
di
# Ristrutturazioni Aziendali


### Direzione scientifica

Stefano Ambrosini, *Ordinario nell'Università del Piemonte Orientale*
Franco Benassi, *Avvocato*

### Comitato Scientifico

Marco Arato, *Ordinario nell'Università di Genova*
Luigi Balestra, *Ordinario nell'Università di Bologna*
Paolo Bastia, *Ordinario nell'Università di Bologna*
Giovanni Caruso, *Ordinario nell'Università di Padova*
Paolo Felice Censoni, *Ordinario f.r. nell'Università di Urbino*
Maurizio Dallocchio, *Ordinario nell'Università Bocconi*
Giustino Di Cecco, *Ordinario nell'Università di Roma Tre*
Giuseppe Fauceglia, *Ordinario nell'Università di Salerno*
Francesco Fimmanò, *Ordinario nell'Università del Molise*
Sabino Fortunato, *Emerito nell'Università Roma Tre*
Gianvito Giannelli, *Ordinario nell'Università di Bari*
Fabrizio Guerrera, *Ordinario nell'Università di Messina*
Alberto Jorio, *Ordinario f.r. nell'Università di Torino*
Giuseppe Melis, *Ordinario nell'Università LUISS Guido Carli*
Alessandro Nigro, *Ordinario f.r. nell'Università La Sapienza*
Stefania Pacchi, *Ordinario f.r. nell'Università di Siena*
Francesco Perrini, *Ordinario nell'Università Bocconi*
Alberto Quagli, *Ordinario nell'Università di Genova*
Paolo Valensise, *Ordinario nell'Università Roma Tre*
Marco Ventoruzzo, *Ordinario nell'Università Bocconi*

Antonio Didone, *Consigliere di Cassazione a rip.*
Aldo Angelo Dolmetta, *Consigliere di Cassazione a rip.*

Federico Casa, *Associato nell'Università di Trento*
Alessandro Danovi, *Associato nell'Università di Bergamo*
Rolandino Guidotti, *Associato nell'Università di Modena*
Andrea Perini, *Associato nell'Università di Torino*
Edgardo Ricciardiello, *Associato nell'Università di Bologna*
Fabio Serini, *Associato nell'Università di Napoli Parthenope*

Vittorio Minervini, *Professore a contratto nell'Università di Roma Tor Vergata*

# Quaderni
di
# Ristrutturazioni Aziendali

## COMITATO TECNICO

### Coordinatori

Edgardo Ricciardiello e Andrea Panizza

### Componenti

Francesco Grieco, Riccardo Bonivento, Daniela Carloni, Laura Cristini, Francesca Crivellari, Gabriele Maria Genovese, Fabio Iozzo, Barbara e Veronica Maffei Alberti, Nicoletta Michieli, Ivan Libero Nocera, Simone Pesucci, Paolo Rinaldi, Fabio Sebastiano, Andrea Sola, Carla Scribano, Giovanni Staiano.

## COMITATO PER LA VALUTAZIONE

### Presidente

Antonio Nuzzo

### Componenti

Marco Aiello, Simona Arduini, Maurizio Bianchini, Francesco Bordiga, Mia Callegari, Eva Desana, Marco Speranzin, Marina Spiotta, Patrizia Riva.

Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali

## CODICE ETICO

La Rivista "Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali" è una rivista scientifica peer-reviewed, che si ispira al codice etico delle pubblicazioni elaborato da COPE Committee on publication ethics: Best Practice Guidelines for Journal Editors. È pertanto necessario che tutte le parti coinvolte nel processo di pubblicazione della Rivista (autori, redattori, referees, editori) conoscano e condividano i seguenti requisiti etici.

### Doveri della Direzione scientifica

Decisioni sulla pubblicazione

La Direzione Scientifica della Rivista è responsabile della decisione di pubblicare gli articoli sottoposti alla Rivista stessa. La Direzione scientifica è guidata dalle politiche editoriali della Rivista e vincolata dalle disposizioni di legge vigenti in materia di diffamazione, violazione del copyright e plagio. La Direzione Scientifica della Rivista, nell'assumere queste decisioni, si avvale del supporto dei referees del Comitato per la valutazione, composto di regola da Professori di ruolo italiani e stranieri o di referees esterni scelti, in ragione della loro autorevolezza e della competenza specifica richiesta, secondo una procedura di blind peer review.

Correttezza

La Direzione è tenuta a valutare i contributi esclusivamente per il loro contenuto scientifico.

Conflitto di interessi e trasparenza

La Direzione Scientifica, pur nel rispetto dell'anonimato dell'autore e del valutatore, assicura che ai referees non siano sottoposti contributi rispetto ai quali costoro abbiano o possano avere conflitti di interesse.

Riservatezza

La Direzione Scientifica e le Redazioni sono tenuti a non divulgare alcuna informazione sui contributi inviati ad alcun soggetto diverso dagli autori, dai referees incaricati della valutazione, dal Comitato editoriale e dall'editore, a seconda dei casi. Il materiale inedito contenuto nei contributi sottoposti alla Rivista non può essere usato

da alcuno dei componenti della Direzione Scientifica, dei referees, incaricati della valutazione e delle Redazioni, per proprie ricerche, senza il consenso dell'autore.

Qualità

Se il Comitato Editoriale o una delle Redazioni rileva o riceve segnalazione di un problema rilevante in merito ad errori/imprecisioni, conflitto d'interessi, o plagio in un articolo pubblicato, ne darà tempestiva comunicazione all'Autore e all'Editore ed intraprenderà ogni azione necessaria per chiarire la questione.

In caso di necessità, ritirerà l'articolo o pubblicherà una ritrattazione.

## Doveri dei referee (peer reviewers)

Contributo alla decisione editoriale

I referees assistono la Direzione Scientifica nelle decisioni editoriali e, attraverso le proprie comunicazioni, possono eventualmente aiutare l'autore a migliorare il contributo.

Correttezza e rispetto dei tempi

Il revisore selezionato che non si senta qualificato alla revisione del contributo assegnato o che sappia di non essere in grado di eseguire la revisione nei tempi richiesti deve tempestivamente darne comunicazione all'Editore o alla Direzione, rinunciando al processo di revisione.

Riservatezza

I contributi ricevuti per la revisione devono essere trattati dai referees come documenti riservati. Essi non devono essere mostrati o discussi con alcuno che non sia previamente autorizzato dalla Direzione Scientifica. Le informazioni o idee acquisite tramite la revisione dei contributi devono essere mantenute riservate e non possono essere utilizzate per vantaggio personale.

Oggettività

La peer-review deve essere condotta in modo oggettivo. Ogni giudizio personale sull'autore è inopportuno. I referees devono esprimere le proprie opinioni in modo chiaro e con il supporto di argomentazioni limpide e documentate. Essi, qualora non ritengano pubblicabile l'articolo se non previa modificao integrazione, sono tenuti a motivare adeguatamente i propri giudizi nella scheda standardizzata fornita dall'Editore.

I referees hanno il compito di identificare la presenza di materiale bibliografico rilevante per il lavoro da valutare, che non sia stato citato o adeguatamente considerato dagli autori.

Conflitto di interessi ed autenticità

Ove il referee individui la paternità del saggio sottoposto alla sua valutazione ed esistano conflitti d'interesse dovuti a precedenti rapporti di collaborazione, è tenuto a non accettare la valutazione; lo stesso dicasi in ipotesi di concorrenza.

Il referee deve richiamare l'attenzione della Direzione Scientifica o della Redazione, qualora ravvisi una somiglianza sostanziale, o una sovrapposizione tra il contributo in esame e qualunque altro documento pubblicato di cui ha conoscenza personale.

## Doveri degli autori

Originalità e plagio

Gli autori devono garantire che le loro opere siano pienamente originali e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le parole di altri autori, che queste siano opportunamente parafrasate o citate letteralmente. Il corretto riferimento al lavoro di altri autori deve essere sempre indicato. Gli autori hanno l'obbligo di citare tutte le pubblicazioni rilevanti ai fini dell'elaborato proposto.

Accuratezza nella presentazione dei contributi

Gli autori di articoli basati su ricerca originale devono presentare un resoconto accurato del lavoro svolto, nonché una discussione obiettiva del suo significato. I dati relativi devono essere rappresentati con precisione nel contributo. Dichiarazioni fraudolente o volontariamente inesatte costituiscono un comportamento non etico; sono inaccettabili. Gli elaborati devono contenere sufficienti dettagli e riferimenti per permetterne, eventualmente, ad altri la replica.

Pubblicazioni multiple, ripetitive e/o concorrenti

I contributi proposti non devono essere stati pubblicati come materiale protetto da copyright in altre riviste. I contributi in fase di revisione dalla Rivista non devono essere sottoposti ad altre riviste ai fini della pubblicazione.

Inviando un contributo, l'autore/gli autori concordano sul fatto che, se il contributo è accettato per la pubblicazione, tutti i diritti di sfruttamento economico, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti e/o in futuro sviluppate saranno trasferite all'Editore.

Paternità dell’opera

La paternità letteraria del contributo è limitata a coloro che hanno dato un contributo significativo per l’ideazione, la progettazione, l’esecuzione, o l’interpretazione dello studio. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo devono essere elencati come co-autori. Qualora altri soggetti abbiano partecipato ad aspetti sostanziali del progetto di ricerca, devono essere riconosciuti ed elencati come contributori. L’autore di riferimento deve garantire che tutti i relativi coautori siano inclusi nel contributo, che abbiano visto e approvato la versione definitiva dello stesso e che siano d’accordo sulla presentazione per la pubblicazione.

Conflitto di interessi e divulgazione

Il contributo deve segnalare l’esistenza di conflitti finanziari od altre tipologie di conflitto d’interesse che possano influenzare i risultati o l’interpretazione del contributo. Tutte le fonti di sostegno finanziario al progetto devono essere indicate.

Errori negli articoli pubblicati

Qualora un autore riscontri errori significativi o inesattezze nel contributo pubblicato ha il dovere di comunicarlo tempestivamente all’Editore e cooperare con lo stesso al fine di ritrattare o correggere il contributo.

## Politica di Green Open Access

La durata dell' "embargo” ai fini di catalogazione in open access di singoli contributi della Rivista in repository istituzionali(c.d. green open access), viene stabilita dall'Editore della Rivista, di volta in volta su motivata richiesta dell’interessato e non può essere inferiore ai due anni. L'Editore dichiara con comunicazione scritta l' ”embargo” entro 20 giorni dalla richiesta dell'interessato, nel caso di mancata risposta il silenzio dell'Editore equivarrà a risposta di embargo di due anni.

## PROCEDURA DI REVISIONE

I contributi che aspirano a essere pubblicati vengono trasmessi, per posta elettronica ed in formato Word, a uno degli indirizzi dei Direttori stefano.ambrosini@studio-ambrosini.it o ilcaso.benassi@gmail.com i quali dopo una prima delibazione, lo avviano al referaggio o revisione scientifica tra pari (*peer review*), una volta espunto dal testo ogni elemento idoneo a consentire l'identificazione dell'autore o dell'autrice.

Per contributi della Parte Prima della Rivista la revisione scientifica viene affidata, con il metodo del "doppio cieco", ad un componente del Comitato di valutazione, verificata l'assenza di conflitti d'interessi e di legami particolari (di parentela o affinità, di stretta amicizia, di colleganza nel medesimo Dipartimento o nella medesima Scuola accademica) con l'autore o con l'autrice.

Al *referee* viene richiesto di esprimere, entro il termine massimo di 15 giorni, la propria valutazione (positiva ovvero negativa) in ordine al fatto se il lavoro sottoposto al suo esame sia maturo per la pubblicazione nella Rivista, formulando e motivando un breve giudizio scritto, che viene inviato alla Direzione scientifica, la quale ne cura l'inoltro, in maniera anonima, all'autore/autrice dell'articolo.

Nel caso in cui la valutazione del *referee* risulti negativa, e comunque in ogni caso in cui si reputi opportuno un riscontro della prima valutazione, la Direzione scientifica della Rivista può decidere collegialmente di interpellare, con le medesime modalità del primo, un secondo *referee*, oppure, la Direzione della Rivista ha la facoltà, qualora ritenga comunque utile la pubblicazione, di pubblicare il lavoro nelle rubriche non oggetto di referaggio, con specifica indicazione.

Le schede contenenti le valutazioni espresse dai *referees* vengono archiviate e conservate a cura della Direzione della Rivista.

In linea con le previsioni del Regolamento dell'ANVUR, non sono di regola sottoposti a revisione scientifica (*peer review*): (a) i lavori pubblicati, a firma della Direzione o di uno o più condirettori, nella misura in cui si tratti di lavori specificamente rivolti alla rappresentazione di una determinata linea editoriale della Rivista ovvero al lancio di una determinata proposta culturale, il cui merito non è perciò assoggettabile ad una valutazione esterna; (b) gli articoli scaturiti dalla partecipazione a seminari o convegni.

In casi eccezionali, la Direzione può assumere direttamente la responsabilità della pubblicazione di singoli contributi senza sottoporli a previa revisione scientifica, segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2022
Fascicolo n. 2/2022

# Speciale
# Codice della crisi
# dopo il d.lgs. n. 83/2022
## - Parte prima -

## Sommario

**Stefano Ambrosini**, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)* ……. 4

**Lorenzo Stanghellini**, *Il Codice della crisi dopo il d.lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della direttiva europea in materia di "quadri di ristrutturazione preventiva"* …… 28

**Paolo Bastia**, *Crisi e insolvenza dopo il codice della crisi* …… 43

**Stefania Pacchi**, *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi. Così è se vi pare* ……. 88

**Edgardo Ricciardiello**, *Il nuovo concordato preventivo "in pillole"* …… 109

**Stefano Ambrosini**, *Piano di ristrutturazione omologato (parte prima): presupposti, requisiti, ambito di applicazione, gestione dell'impresa. E una (non lieve) criticità* …… 135

**Luciano Panzani**, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione* …….. 144

**Daniela Carloni e Tommaso Iannaccone**, *Il piano attestato di risanamento nel nuovo codice della crisi* …….. 197

**Federico Pani**, *La prededuzione prima e dopo il codice della crisi* ……..… 215

**Alida Paluchowski**, *Le società a partecipazione pubblica di fronte alla emersione della crisi, tra TUSP e CC.II.* ……..… 253

# Quaderni
di
# Ristrutturazioni Aziendali

Anno 2022 – Fascicolo II

## Sezione I - Dottrina

# IL CODICE DELLA CRISI DOPO IL D. LGS. N. 83/2022: BREVI APPUNTI SU NUOVI ISTITUTI, NOZIONE DI CRISI, GESTIONE DELL'IMPRESA E CONCORDATO PREVENTIVO (CON UNA NOTAZIONE DI FONDO)♣

STEFANO AMBROSINI

**Sommario**: 1. Premessa: perimetro dell'ultimo intervento, entrata in vigore e disciplina transitoria. – 2. Piani di ristrutturazione soggetti ad omologazione e profili societari degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. – 3. Nozioni di "crisi" e di "strumenti di regolazione". – 4. Cenni a composizione negoziata, gestione dell'impresa e *business judgement rule*. – 5. I tratti salienti della nuova disciplina del concordato preventivo. – 6. I nodi di fondo irrisolti: l'amministrazione straordinaria, la "selva non sfoltita" dei privilegi e la (mancata) specializzazione del giudice.

**Abstract**: Il presente contributo è incentrato sulle novità da ultimo apportate al Codice della crisi ad opera del D.Lgs. n. 83/2022: dal piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione alla posizione dei soci nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, dal concetto di crisi alla posizione degli amministratori di società in crisi, fino agli aspetti salienti della nuova disciplina del concordato preventivo. Con una notazione critica di fondo sulle persistenti lacune dell'impianto riformatore.

**Parole chiave**: diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza, composizione negoziata, Codice della crisi, procedure concorsuali.

**Abstract**: This essay focuses on the latest changes made to the Italian Insolvency Code ("Codice della crisi") by Legislative Decree No. 83/2022: from the restructuring plan subject to granting of judicial approval ("homologation") to the position of shareholders in the context of the

♣ Il presente contributo è destinato alla pubblicazione su Diritto fallimentare (ed è apparso in anteprima sull'online di tale rivista).

Riproduzione riservata

instruments for regulating crisis and insolvency, from the concept of crisis to the position of directors of companies in crisis, and to the salient aspects of the new regulations on composition with creditors. With a basic critical notation on the persistent shortcomings of the reforming framework.

**Keywords**: bankruptcy law, negotiated crisis resolution, Italian Insolvency Code (Codice della Crisi d'impresa), bankruptcy proceedings.

## 1. Premessa: perimetro dell'ultimo intervento, entrata in vigore e disciplina transitoria

Con il decreto legislativo n. 83 del 17 giugno 2022, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 152 del 1° luglio 2022, è stato varato il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, a quasi cinque anni dalla legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017 e a circa sette anni dall'istituzione della commissione ministeriale preposta alla redazione dei princìpi di delega. Va detto tuttavia che, nel mezzo, si è verificato un evento al tempo stesso imprevedibile e devastante come la pandemia da Covid-19.

Rispetto al d. lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019 e ai successivi provvedimenti modificativi, le aree di intervento del decreto n. 83/2022 sono le seguenti[1]:

i) definizioni di "crisi", "gruppo di imprese", "strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza" (che sostituisce l'ipotesi di locuzione "quadri di ristrutturazione preventiva" di matrice unionale), "esperto", "misure protettive" [art. 2, lettere *a), h), m-bis), p)*];

ii) doveri dei soggetti interessati alla ristrutturazione (artt. 3, 4 e 5-*bis*);

iii) composizione negoziata (comprese le misure protettive in corso di composizione negoziata, i possibili esiti, la disciplina delle imprese sotto soglia: artt. 12 – 25-*quinquies*);

iv) concordato semplificato liquidatorio (artt. 25-*sexies* – 25-*septies*);

v) segnalazioni (artt. 25-*octies* – 25-*undecies*);

vi) procedimento unitario (artt. 40, 43, 47 e 53);

vii) misure protettive (artt. 54, 55 e 63);

viii) piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (artt. 64-*bis* – 64-*quater*);

ix) concordato minore (artt. 74 – 83);

[1] Per un'efficace sintesi v. V. ZANICHELLI, *Commento a prima lettura del decreto legislativo 17 giugno 2022 n. 83 pubblicato in G.U. il 1 luglio 2022*, in *dirittodellacrisi.it*, 1° luglio 2022.

Riproduzione riservata

x) concordato preventivo (con modifiche anche in tema di omologazione, trattamento dei soci ed esecuzione del concordato: artt. 84, 92, 94-*bis*, 100, 109, 112);

xi) accesso agli strumenti di regolazione della crisi (artt. 120-*bis* – 120-*quinquies*);

xii) liquidazione giudiziale (artt. 135, 213, 216, 235, 255);

xiii) liquidazione controllata (art. 268);

xiv) entrata in vigore (art. 389;

xv) disciplina transitoria (art. 390).

Non è possibile, in questa sede, dar conto di tutte le innovazioni da ultimo apportate alle precedenti versioni del codice, ritenendosi preferibile concentrarsi su alcune delle aree tematiche che escono sensibilmente riconfigurate dal complessivo (e progressivo) intervento riformatore in rapporto alla previgente disciplina della legge fallimentare.

Merita comunque segnalare che il d.lgs. n. 83/2022 ha sancito il definitivo superamento delle misure di allerta e della composizione assistita[2] a beneficio dell'istituto, introdotto nel 2021 e improntato a minor "invasività" nella vita delle imprese, della composizione negoziata[3], pur sempre inserito nel novero degli strumenti diretti all'emersione tempestiva della crisi, che si conferma essere uno dei princìpi fondanti il nuovo assetto ordinamentale. Con la

[2] In coincidenza con il passaggio tra i due istituti cfr., in luogo di altri, S. PACCHI, *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunismo del creditore. Dal Codice della crisi alla composizione negoziata*, in *Dir. fall.*, 2022, I, pp. 501 ss. (contributo anticipato su *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*), cui *adde* N. ROCCO DI TORREPADULA, *La composizione stragiudiziale (assistita o negoziata) della crisi*, in AA.VV., *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*. Liber amicorum *per Alberto Jorio*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021, pp. 108 ss.; E. DESANA, *Le procedure di allerta (e cenni al loro probabile tramonto)*, *ivi*, pp. 87 ss.

[3] In argomento cfr. S. AMBROSINI, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del cci, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, pp. 901 ss.; R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 8 settembre 2021; V. MINERVINI, *La nuova "composizione negoziata" alla luce della direttiva* "insolvency". *Linee evolutive (extracodicistiche) dell'ordinamento concorsuale italiano*, in *Dir. fall.*, 2022, I, pp. 251 ss.; nonché, su aspetti più specifici, G. FAUCEGLIA, *Le conclusioni delle trattative: riflessioni sull'art 11, 1° comma, lett. a), L. n. 147/2021*, *ivi*, I, pp. 553 ss.; C. CINCOTTI, *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, *ivi*, pp. 567 ss.; F. ANGIOLINI, *Sopravvenienze contrattuali e composizione negoziata: quali rimedi?*, *ivi*, pp. 585 ss., ai quali si aggiungano, *ex aliis*, L. PANZANI, *I limiti all'autonomia negoziale nella disciplina della crisi*, in AA.VV., *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*. Liber amicorum *per Alberto Jorio*, cit., pp. 201 ss.; I. PAGNI – M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2021, pp. 1477 ss.

riaffermazione poi, ad opera della novella, del possibile sbocco della composizione negoziata nel concordato semplificato[4], attraverso il quale trova conferma la "rivitalizzazione" della liquidazione concordataria attuata con il d.l. n. 118/2021[5].

Come pure merita porre in evidenza un accresciuto *favor* normativo per la continuità aziendale e, in generale, per le soluzioni alternative alla liquidazione giudiziale, il cui spettro viene ulteriormente ampliato (basti pensare al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, di cui all'art. 64-*bis*), a dispetto delle critiche all'indirizzo di un'eccessiva proliferazione degli istituti e di un possibile vizio della norma per eccesso di delega[6].

Quanto all'entrata in vigore delle nuove norme, l'art. 389 stabilisce: "Il presente decreto entra in vigore il 15 luglio 2022, salvo quanto previsto al comma 2".

In base alla disciplina transitoria di cui all'art. 390, lo spartiacque applicativo è declinato come segue. I ricorsi per la dichiarazione di fallimento e le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo, per l'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa e le domande di accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento depositati prima dell'entrata in vigore del codice sono definiti secondo le disposizioni della legge fallimentare, nonché della legge n. 3/2012.

Le procedure di fallimento e le altre procedure pendenti alla data di entrata in vigore del codice, nonché le procedure aperte a seguito della definizione dei ricorsi e delle domande di cui al comma 1 dell'art. 390 sono definite secondo le disposizioni della legge fallimentare e della legge n. 3/2012.

Per quanto concerne, infine, i profili penali, il terzo e ultimo comma dell'art. 390 prevede che, quando, in relazione alle procedure pendenti alla data di entrata in vigore del codice, sono commessi i fatti puniti dalle disposizioni

---

[4] In argomento, fra gli altri, P. F. CENSONI, *Il concordato «semplificato»: un istituto enigmatico*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 22 febbraio 2022; G. BOZZA, *Il 'concordato semplificato' introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche, dalla L. n. 147 del 2021*, in *fallimentiesocietà.it*, 2 marzo 2022.

[5] Sul punto si era manifestata, all'indomani della "miniriforma" del 2021, "la sensazione che la tipologia liquidatoria sia stata un po' troppo frettolosamente 'archiviata' dal codice della crisi trova conferma nella decisione, di segno opposto, adottata dal decreto qui in commento, il quale mira anzi a valorizzarla attraverso il disposto degli artt. 18 e 19" (S. AMBROSINI, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 23 settembre 2021, p. 2.

[6] Parere del Consiglio di Stato n. 832 del 13 maggio 2022, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 13 maggio 2022.

penali del titolo sesto della legge fallimentare, nonché della sezione terza del capo II della legge 27 gennaio 2012, n. 3, ai medesimi fatti si applicano le predette disposizioni.

**2. Piani di ristrutturazione soggetti ad omologazione e profili societari degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza**

Con l'introduzione del già citato piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione ad opera dell'art. 64-*bis* il legislatore ha inteso dare attuazione alla c.d. ristrutturazione trasversale prevista dalla Direttiva *Insolvency*.

I pilastri su cui poggia l'istituto[7] sono (i) la distribuzione del valore generato dal piano anche in deroga agli artt. 2740 e 2741, c.c., e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione[8]; (ii) l'approvazione della proposta da parte dell'unanimità delle classi. Ed è chiaro che si tratti di due elementi (peraltro non i soli) marcatamente distintivi rispetto al concordato preventivo.

Il nuovo istituto sembra pensato essenzialmente per i casi di continuità aziendale, anche se la genericità dell'espressione "valore generato dal piano" potrebbe indurre a ricomprendervi (di là dalle disposizioni richiamate) le ipotesi liquidatorie, anche di natura atomistica[9].

Veridicità dei dati aziendali e fattibilità del piano vanno attestati da un professionista indipendente.

Per parte sua il tribunale, esaminato il ricorso, pronuncia decreto con il quale:

a) valutata la mera ritualità della proposta e verificata la correttezza dei criteri di formazione delle classi, nomina un giudice delegato al procedimento e nomina oppure conferma il commissario giudiziale;

b) adotta i provvedimenti di cui all'art. 47, comma 2, lettere c) e d).

Quanto alla deliberazione dei creditori, in ciascuna classe la proposta è approvata se è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure, in

[7] Per una disamina puntuale, seppur riferita a un testo anteriore alla versione definitiva della disciplina, cfr. G. BOZZA, *Il Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in *dirittodellacrisi.it*, 7 giugno 2022, nonché, per un'efficace sintesi, S. PACCHI, *Piano attestato di risanamento e piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in S. PACCHI – S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2022.

[8] La precedente versione della norma quale varata dalla Commissione di riforma consentiva al debitore di poter distribuire liberamente i valori patrimoniali tra i creditori, prevedendo la deroga ai soli art. 2740 e 2741 c.c.; e questo richiamo risultava "fuorviante perché la deroga sembrerebbe toccare soltanto il principio della *par condicio* e non quello della inalterabilità delle cause di prelazione, che esprimono concetti diversi" (G. BOZZA, *op. ult. cit.*, p. 3).

[9] *Contra* G. BOZZA, *op. ult. cit.*, pp. 6-7.

mancanza, se hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe. Ne consegue che la legge introduce, accanto alle prescritte maggioranze dei voti, un *quorum* costitutivo, sulla falsariga delle assemblee nelle società di capitali.

Il tribunale omologa con sentenza il piano di ristrutturazione nel caso di approvazione da parte di tutte le classi. Se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il piano di ristrutturazione quando dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Come si evince dalle suddette disposizioni relative ai poteri del tribunale, risulta escluso dal novero dei medesimi lo scrutinio diretto circa la fattibilità del piano sia nella fase iniziale (conclusione, questa, avvalorata dall'aggettivo "mera" di cui al comma 4), sia in quella di omologazione.

La legge prende poi specificamente in considerazione l'ipotesi della mancata approvazione di tutte le classi. Ai sensi dell'art. 64-*ter*, se il piano di ristrutturazione non è approvato da tutte le classi, secondo quanto risulta dalla relazione depositata dal commissario giudiziale, il debitore, se ritiene ciò nondimeno di avere ottenuto l'approvazione di tutte le classi, può chiedere che il tribunale, andando di contrario avviso rispetto al commissario, accerti l'esito favorevole della votazione e omologhi il piano di ristrutturazione.

In luogo di detta richiesta il debitore può modificare la domanda, ai sensi dell'art. 64-*quater*, formulando una proposta di concordato e chiedendo che il tribunale pronunci il decreto previsto dall'art. 47; egli può procedere allo stesso modo se un creditore ha contestato il difetto di convenienza nelle osservazioni formulate ai sensi dell'art. 107, comma 4.

Simmetricamente, si prevede infine che il debitore che ha presentato la domanda di concordato preventivo possa modificarla chiedendo l'omologazione del piano di ristrutturazione sino a che non siano iniziate le operazioni di voto.

Il d. lgs. n. 83/2022 ha inoltre aggiunto al Capo III la Sezione VI-*bis*, rubricata "Degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società".

In essa si stabilisce, fra l'altro, che l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è deciso, *in via esclusiva*, dagli amministratori unitamente al contenuto della proposta e alle condizioni del piano. La decisione deve risultare da verbale redatto da notaio ed è depositata e iscritta nel registro delle imprese. Dall'iscrizione della decisione nel registro delle imprese e fino alla omologazione la revoca degli amministratori è inefficace, a meno che ricorra una giusta causa. Non costituisce giusta causa la presentazione di una

Riproduzione riservata

domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza in presenza delle condizioni di legge. La deliberazione di revoca deve essere approvata con decreto dalla sezione specializzata del tribunale delle imprese competente, sentiti gli interessati. In tal modo la disciplina di questa peculiare ipotesi di revoca degli amministratori viene ad essere sostanzialmente assimilata a quella dei sindaci[10], all'insegna di una rafforzata stabilità della carica nell'ottica di rendere i gestori della società per quanto possibile indipendenti, rispetto alla decisione di cui trattasi, dal gruppo di comando che li ha nominati. Ciò che appare coerente con l'esigenza di evitare che i soci, opportunisticamente, "estraggano valore" dalla ristrutturazione a scapito dei creditori.

In base a questo nuovo assetto, non risulta configurabile una clausola statutaria attributiva della decisione in parola ai soci: ciò che invece continua ad essere possibile, ad onta dell'armonia del sistema, in materia di concordato nella liquidazione giudiziale (art. 265).

Altra previsione innovativa è quella di cui al comma 5, in base al quale i soci che rappresentano almeno il 10% del capitale sono legittimati alla presentazione di proposte concorrenti ai sensi dell'art. 90. La domanda è sottoscritta da ciascun socio proponente. Al riguardo, in relazione all'accesso alle informazioni parrebbe applicabile, ancorché non espressamente richiamato, l'art. 92.

Ai sensi dell'art. 120-*ter* ("Classamento dei soci e dei titolari di strumenti finanziari"), poi, lo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza può prevedere la formazione di una classe di soci o di più classi se esistono soci ai quali lo statuto, anche a seguito delle modifiche previste dal piano, riconosce diritti diversi.

La formazione delle classi di cui al comma 1 è obbligatoria se il piano contempla modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci e, in ogni caso, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

I soci, inseriti in una o più classi, esprimono il proprio voto nelle forme e nei termini previsti per l'espressione del voto da parte dei creditori. All'interno della classe il socio ha diritto di voto in misura proporzionale alla quota di capitale posseduta anteriormente alla presentazione della domanda. Il socio che non ha espresso il proprio dissenso entro il suddetto termine si ritiene consenziente (nel che risiede un'ipotesi tipica di silenzio-assenso).

[10] In proposito cfr. S. AMBROSINI, *Collegio sindacale: nomina, composizione e funzionamento*, in N. ABRIANI – S. AMBROSINI – O. CAGNASSO – P. MONTALENTI, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, IV, 1, Padova, 2010, pp. 742 ss.

Le disposizioni di questo articolo si applicano, in quanto compatibili, ai titolari di strumenti finanziari, a eccezione di quelli che attribuiscono il diritto incondizionato al rimborso, anche solo parziale, dell'apporto.

Merita ancora segnalare l'art. 120-*quater*, che disciplina l'omologazione del concordato con attribuzioni ai soci (anche se sarebbe stato opportuno rendere applicabile la norma anche agli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa).

Fermo quanto previsto dall'articolo 112, se il piano prevede che il valore risultante dalla ristrutturazione sia riservato anche ai soci anteriori alla presentazione della domanda, il concordato, in caso di dissenso di una o più classi di creditori, può essere omologato se il trattamento proposto a ciascuna delle classi dissenzienti sarebbe almeno altrettanto favorevole rispetto a quello proposto alle classi del medesimo rango e più favorevole di quello proposto alle classi di rango inferiore, anche se a tali classi venisse destinato il valore complessivamente riservato ai soci. Se non vi sono classi di creditori di rango pari o inferiore a quella dissenziente, il concordato può essere omologato solo quando il valore destinato al soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe dissenziente è superiore a quello complessivamente riservato ai soci.

Il comma 2 precisa opportunamente che per *valore riservato ai soci* si intende il valore effettivo, conseguente all'omologazione della proposta, delle loro partecipazioni e degli strumenti che attribuiscono il diritto di acquisirle, dedotto il valore da essi eventualmente apportato ai fini della ristrutturazione in forma di conferimenti o di versamenti a fondo perduto oppure, per le imprese minori, anche in altra forma.

I soci possono opporsi all'omologazione del concordato al fine di far valere il pregiudizio subito rispetto all'alternativa liquidatoria.

L'art. 120-*quinquies*, infine, stabilisce che è il provvedimento di omologazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza a determinare la riduzione e l'aumento del capitale e le altre modificazioni statutarie nei termini previsti dal piano, a demandare agli amministratori l'adozione di ogni atto necessario a darvi esecuzione e ad autorizzarli a porre in essere, nei successivi trenta giorni o nel diverso termine previsto dal piano, le ulteriori modificazioni statutarie programmate dal piano (nel che è dato ravvisare una spiccata "concorsualizzazione" dei fenomeni societari menzionati dalla norma)[11]. In mancanza il tribunale, su richiesta di qualsiasi interessato e sentiti gli amministratori, può nominare un amministratore giudiziario, attribuendogli i poteri necessari a provvedere in luogo di costoro agli

[11] In dottrina si è parlato, con riguardo a diversi aspetti, di "*insolvencification*" del diritto societario: A. A. AWWAD, *Concorrenza fra ordinamenti e diritto della crisi d'impresa*, in AA.VV., *Contenuto e limiti dell'autonomia privata in Germania e in Italia*, a cura di F. Bordiga e H. Wais, Torino, 2021, pp. 237-238.

adempimenti di cui al presente articolo, e disporre la revoca per giusta causa degli amministratori.

### 3. Nozioni di "crisi" e di "strumenti di regolazione"

La nozione di crisi è in assoluto fra le più travagliate dell'ordinamento concorsuale quale è venuto evolvendo negli ultimi anni[12].

È a tutti noto che il vecchio art. 160, l. fall., astenendosi da definizioni di sorta, si limitava a precisare che per stato di crisi doveva intendersi anche quello di insolvenza, instaurando così fra i due concetti un rapporto di genere a specie.

Il legislatore del codice ha optato, fin dalla versione del 2019, per una nozione autonoma di crisi, definita in allora come "lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate".

Il Decreto correttivo del 2020 aveva poi sostituito il termine "difficoltà" (in effetti un po' troppo assonante con il presupposto oggettivo della vecchia amministrazione controllata) con "squilibrio"[13], maggiormente sintonico ad

[12] Fra i molti saggi giuridici sul tema cfr., anche per riferimenti, G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, pp. 569 ss.; ID., *Insolvenza, stato di crisi, indebitamento*, Torino, 2013; G. PRESTI, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, I, Milano, 2016, pp. 400 ss.; S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in *Focus e anteprime sulla riforma fallimentare*, in *Dir. fall.* (online), 2020, pp. 1 ss. (pubblicato anche, con integrazioni e aggiornamenti, in *Diritto dell'impresa in crisi*, Pisa, 2022, pp. 1 ss.); S. FORTUNATO, *Insolvenza, crisi e continuità aziendale nella riforma delle procedure concorsuali: ovvero la commedia degli equivoci*, *ivi*, 2021, I, pp. 3 ss.; B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in AA.VV., *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021.* Liber amicorum *per Alberto Jorio*, cit., pp. 72 ss.

[13] Con riferimento all'opposto concetto di equilibrio, si è da ultimo osservato, in via di estrema sintesi, nella letteratura aziendalistica: "possiamo definire l'equilibrio economico come quella situazione in cui l'azienda, dopo avere remunerato in modo congruo tutti i fattori produttivi impiegati nella produzione, riesce ad ottenere un margine residuale (utile) che sia funzionale al raggiungimento degli obiettivi del soggetto economico (alias imprenditore, per usare termini più familiari al linguaggio giuridico). Se poi alla dimensione economica si aggiunge la dimensione finanziaria, essenziale laddove si tratti della crisi e della insolvenza, a tale definizione deve aggiungersi la circostanza che questo margine si concretizzi nella generazione di un flusso di cassa operativo tale da permettere il costante rinnovo e, possibilmente, la crescita, della struttura produttiva ed il rimborso dei finanziamenti acquisiti" (così A. QUAGLI, *Sulla necessaria rimodulazione nel Codice della Crisi degli indicatori e indici della crisi*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 28 agosto 2021, p. 3).

analoghe espressioni della legislazione in materia, quali "riequilibrio" della situazione finanziaria proprio degli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, o "recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali" di cui alla disciplina dell'amministrazione straordinaria (art. 27, d. lgs. n. 270/1999).

La predetta formulazione ha dato vita, nelle fila degli aziendalisti non meno che in quelle dei giuristi, a un serrato dibattito, anche con riferimento al persistente ricorso all'avverbio "regolarmente" e, soprattutto, all'ambiguo aggettivo "pianificate", con la conseguente assenza di un orizzonte temporale certo.

La definizione che si è poi preferita in via definitiva – "lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi" – mantiene una componente "ontologica", coincidente con la probabilità di insolvenza (*likelihood of insolvency*) e una "fenomenologica" (o "epifanica"), relativa al suo modo di manifestarsi. È invece venuto meno l'avverbio "regolarmente", con il che si potrà far fronte alle obbligazioni a) non integralmente; b) non puntualmente; c) anche con mezzi non normali di pagamento; e si è stabilito l'orizzonte annuale (in luogo della precedente ipotesi semestrale) di tale adempimento, simmetricamente, fra l'altro, a quanto disposto dall'art. 3 a proposito di emersione tempestiva della crisi ("la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi").

Orbene, la discontinuità rispetto al regime previgente, in cui l'insolvenza era un sottoinsieme di una crisi non altrimenti definita, è eclatante. Senza arrivare ad affermare, come pure è stato sostenuto, che oggi il rapporto di genere a specie si è sostanzialmente capovolto, non par dubbio che la nozione di crisi sia ricavata attraverso l'aggancio all'insolvenza, di tal che un'impresa versa in semplice stato di crisi e non è ancora insolvente quando la sua condizione (economico-finanziaria) rende probabile il verificarsi di un vero e proprio stato di insolvenza; in ciò distinguendosi dalla c.d. insolvenza prospettica (sebbene il diaframma fra le due risulti spesso, in concreto, alquanto sottile), che è sostanzialmente certa nel suo imminente inverarsi (e non, appunto, meramente probabile).

Sul versante della gestione dell'impresa (di cui si dirà nel paragrafo successivo) e dei suoi assetti adeguati, si è giustamente osservato, nella dottrina aziendalistica, che "si introduce così un concetto probabilistico di insolvenza, che implica una vigilanza preventiva su questo rischio, sollevando l'esigenza da parte dell'organo amministrativo di contrastare un rischio di insolvenza, che può essere previsto sulla base di opportuni parametri e indizi rivelatori. Si vuole

quindi internalizzare, con l'istituzionalizzazione di un nuovo profilo di rischio (il "rischio" di insolvenza futura), un'attività di presidio rafforzata, condotta dall'imprenditore o dall'organo amministrativo, con la vigilanza, ai fini di eventuali segnalazioni, degli organi di controllo"[14].

Come si diceva, la definizione dei presupposti oggettivi degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza si esaurisce, nell'ambito dell'art. 2, nei concetti di crisi e insolvenza.

Ciò non toglie che nel codice sia riscontrabile, al di fuori dell'art. 2, un'altra nozione, che potrebbe definirsi di *pre-crisi* e che viene in evidenza con riguardo alla composizione negoziata. Ed infatti, dal tenore dell'art. 12 si evince che tale condizione è data da quello squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rende probabile la crisi. Il caso tipico sembra rappresentato dall'imprenditore sano che si trovi nondimeno in temporanea e non grave difficoltà finanziaria, come tale non integrante gli estremi dello stato di crisi vero e proprio.

Accanto alle nozioni di crisi e insolvenza, dunque, può collocarsi quella di *pre-crisi*, definibile precisamente come condizione di squilibrio che rende probabile la crisi; pur essendo evidente – manco a dirlo – che nella realtà sono ravvisabili numerose "zone grigie" rispetto alle quali le suddette distinzioni, nitide sul piano concettuale, finiscono in concreto per scolorire sensibilmente.

Quanto infine agli "strumenti di regolazione della crisi", il legislatore ha optato per questa denominazione del Titolo IV del codice in luogo di quella proposta dalla Commissione di riforma ("quadri di ristrutturazione preventiva"), la quale presentava in effetti il limite di non ricomprendere al proprio interno le ipotesi liquidatorie.

Esaminando quindi il contenuto del Titolo IV si evince che nei suddetti "strumenti" rientrano: (i) gli accordi, vale a dire il piano attestato di risanamento, gli accordi di ristrutturazione, la convenzione di moratoria e gli accordi su crediti tributari e contributivi; (ii) il piano di risanamento soggetto ad omologazione; (iii) le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento; (iv) il concordato preventivo.

Ne resta correttamente esclusa la composizione negoziata, non a caso disciplinata in via autonoma dal Titolo II, che in base alla nozione di "strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza" può costituire l'antecedente di questi ultimi, definiti infatti come le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla

[14] P. BASTIA, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 27 luglio 2021, p. 2.

liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, *possono essere preceduti* dalla composizione negoziata della crisi (art. 2, lett. m-*bis*).

**4. Gestione dell'impresa nella composizione negoziata e "durante i procedimenti"**

Fra le questioni di maggior interesse sistematico, anche dal punto di vista del diritto societario della crisi, vi è quella della gestione dell'impresa in difficoltà economico-finanziaria.

In proposito l'art. 4 del codice ("Doveri delle parti") stabilisce, al secondo comma, che il debitore ha fra l'altro il dovere di (i) assumere tempestivamente le iniziative idonee alla individuazione delle soluzioni per il superamento delle condizioni di cui all'art. 12, comma 1, durante la composizione negoziata, e alla rapida definizione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza prescelto, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori; (ii) gestire il patrimonio o l'impresa durante i procedimenti nell'interesse prioritario dei creditori.

Con specifico riferimento alla composizione negoziata, l'art. 21 ("Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative") sancisce il seguente principio in tema di gestione dell'impresa, diversamente declinato a seconda delle condizioni in cui versa il debitore.

L'imprenditore in *stato di crisi* gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. Quando invece risulta, nel corso della composizione, che l'imprenditore è *insolvente* ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori. Restano ferme le responsabilità dell'imprenditore.

Si noti intanto che la situazione cui fa riferimento in via generale l'art. 4 è espressamente mutuata dalla norma (l'art. 12) in tema di composizione negoziata: sono quindi le "condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario" che rendono probabile la crisi o l'insolvenza dell'imprenditore a far scattare l'obbligo di assumere a tempo debito le iniziative idonee a superare dette condizioni, nella prospettiva e con la finalità – pur non esclusive – di non recare danno ai creditori. Ciò vale anche, alla luce del disposto dell'art. 12, per l'imprenditore che versi in una condizione di c.d. *pre-crisi*, laddove in base all'art. 21 sembra essere solo l'imprenditore in *stato di crisi* che deve scongiurare pregiudizi alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività.

Per come la predetta disposizione è formulata e "strutturata", essa sembra integrare non già un *fine* quanto piuttosto un *vincolo*.

L'aspetto di maggiore rilevanza risiede, a ben vedere, nella "curvatura" da imprimere alla gestione nell'interesse dei creditori e nel *quando* ciò debba aver luogo.

In base all'art. 4, la gestione del patrimonio o dell'impresa nell'interesse *prioritario* dei creditori è espressamente riferita, come si diceva, alla pendenza dei "procedimenti" (composizione negoziata e strumenti di regolazione della crisi), con il che risulta arduo, a rigore, predicarne la necessità in un momento anteriore.

Analogamente, l'art. 21 richiede che l'impresa venga gestita nel *prevalente* interesse dei creditori solo nel caso in cui risulti che l'imprenditore è insolvente.

Dal combinato disposto delle due norme sembra potersi trarre un corollario gravido di implicazioni sul piano sistematico: l'impresa in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, o di vera e propria crisi (già in atto), va gestita in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità dell'attività e quindi alle ragioni dei creditori, ma non anche nell'interesse prioritario o prevalente[15] di costoro; quest'ultimo obbligo scatta infatti *esclusivamente* al cospetto di uno stato di *insolvenza*.

È dunque chiaro che la predetta distinzione non può non avere ricadute sulla c.d. *business judgement rule*, dal momento che non potrà censurarsi il comportamento di quegli amministratori – e di quei sindaci sotto il profilo dell'ipotetica *culpa in vigilando* – che, pur nel rispetto di quanto previsto dagli artt. 4 e 21 (quest'ultimo nel caso di composizione negoziata), non abbiano gestito la società nell'interesse prioritario o prevalente dei creditori. Con la precisazione, pur forse superflua, che all'atto pratico spesso non è agevole distinguere fra le due situazioni di crisi e insolvenza, venendo per lo più in evidenza, secondo l'*id quod plerumque accidit* in termini di patologia delle situazioni, l'obbligo di evitare l'aggravamento del dissesto.

[15] S. AMBROSINI, *Doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del Codice della Crisi e della "miniriforma" del 2021*, in *dirittobancario.it*, 11 novembre 2021, p. 23 ove si è rimarcato, sul piano terminologico, "l'utilizzo del termine 'prevalente' in luogo di 'prioritario', adoperato invece, come si diceva, dal codice della crisi. La distinzione potrebbe non rappresentare, in realtà, solo una sfumatura di tipo lessicale: quest'ultimo aggettivo viene infatti definito nei vocabolari come ciò che 'deve avere la precedenza su tutto; che deve essere svolto o realizzato prima di ogni altra cosa', laddove per 'prevalente' s'intende ciò 'che ha maggiore diffusione, importanza o consistenza; predominante, preminente, dominante'. Sembra ne consegua, quindi, una lievemente minor pregnanza del concetto di prevalenza rispetto a quello di priorità, di tal che l'interesse dei creditori, anziché essere perseguito prima di ogni altro, deve semplicemente risultare preminente rispetto agli altri, pur perseguibili in contestualità. Va peraltro soggiunto che, all'atto pratico, la differenza non comporta, verosimilmente, particolare rilevanza".

**5. I tratti salienti della nuova disciplina del concordato preventivo.**

Fra le disposizioni più significative del CCI come da ultimo novellato vi è sicuramente l'art. 84[16], il quale racchiude il nucleo dell'istituto concordatario, individuandone le finalità e le tipologie di piano.

L'imprenditore assoggettabile a liquidazione giudiziale che si trovi in stato di crisi o di insolvenza può proporre un concordato che, sulla base di un piano (il cui contenuto è tipizzato dall'art. 87), realizzi il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale (c.d. criterio di equivalenza o non deteriorità del trattamento).

La finalità del concordato risiede quindi nel necessario perseguimento della soddisfazione dei creditori e solo al cospetto di ciò l'imprenditore può ricorrere a tale strumento per evitare l'insolvenza oppure, quando questa è già in atto, per scongiurare la liquidazione giudiziale. A questi precipui fini risponde l'istituto concordatario; anche se, come vedremo subito in appresso, possono esservi interessi ulteriori rispetto a quelli dei creditori che la legge mira dichiaratamente a tutelare.

L'anzidetto obiettivo del soddisfacimento dei creditori può essere realizzato mediante:

a) la continuità aziendale;
b) la liquidazione del patrimonio;
c) l'attribuzione delle attività ad un assuntore;
d) qualsiasi altra forma.

Nel concordato con continuità aziendale ciò che preme al legislatore è, giustamente, preservare la prosecuzione dell'attività, puntandosi al recupero della capacità dell'impresa, una volta risanata, di rientrare nel mercato.

Il secondo comma dell'art. 84 esordisce con il seguente precetto: "La continuità aziendale tutela l'interesse dei creditori e preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro". La norma enuclea in tal modo gli interessi tutelati dalla continuità[17], ove trova posto, accanto alla prioritaria tutela del ceto

[16] Su questa previsione, appunto centrale nella nuova sistematica dell'istituto, i primi contributi sono quelli di S. LEUZZI, *Appunti sul Concordato Preventivo ridisegnato*, in *dirittodellacrisi.it*, 5 maggio 2022, e S. AMBROSINI, *Brevi appunti sulla nuova "sintassi" del concordato preventivo*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 9 maggio 2022.

[17] Sul punto S. AMBROSINI, *Concordato preventivo e soggetti protetti nel codice della crisi dopo la Direttiva Insolvency: i creditori e i lavoratori*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 1° giugno 2022.

creditorio, la conservazione (per quanto possibile) dei livelli occupazionali, con una previsione foriera di evidenti implicazioni sul piano sistematico[18].

La disposizione di cui trattasi contiene poi la rilevante distinzione fra continuità diretta e continuità indiretta, basata sul diverso soggetto che, a seconda dell'impostazione del piano concordatario, si fa carico della conduzione dell'attività d'impresa. Ed infatti, la continuità è diretta nel caso di prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dell'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato; indiretta, se nel piano è prevista la gestione dell'azienda in esercizio, o la ripresa dell'attività, da parte di soggetto diverso dal debitore: il che può avvenire in forza di cessione, usufrutto, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, ovvero in forza di affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, o a qualunque altro titolo.

Nel concordato in continuità aziendale – prosegue l'art. 84 – i creditori possono essere soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta. Si tratta di una precisazione importante, perché consente di prescindere da un criterio puramente quantitativo (prevalenza della componente in continuità su quella liquidatoria) che avrebbe creato forti difficoltà tutte le volte in cui i flussi derivanti dalla continuità fossero risultati inferiori a quanto ricavabile dalla dismissione di determinati beni (tipicamente: la porzione di compendio immobiliare non strumentale all'attività).

Si è già ricordato che l'art. 84, comma 1, sancisce il principio di equivalenza o non deteriorità del trattamento dei creditori nel concordato rispetto a quello che avrebbero nella liquidazione giudiziale. Di qui la necessità, prescritta dall'art. 87, lett. c), che il piano concordatario indichi, attraverso apposita stima, il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale.

Orbene, per quanto attiene all'allocazione di tale valore a beneficio dei creditori, l'art. 84, ai commi 6 e 7, stabilisce, relativamente al concordato in continuità (per il quale – come vedremo – è obbligatoria la suddivisione in classi), quanto segue:

[18] Cfr. A. MAFFEI ALBERTI, *Crisi dell'impresa e continuazione dell'attività*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 29 gennaio 2022, il quale, *de jure condendo*, aveva lucidamente osservato: "Se la visione prospettica della procedura di amministrazione straordinaria sembra troppo focalizzata sulla prosecuzione dell'attività, a scapito dei creditori anteriori, la disciplina del concordato in continuità sembra troppo focalizzata sulla tutela di questi ultimi. Non resta che augurarci che possa essere raggiunta una più efficace mediazione tra i contrapposti interessi, che oggi appaiono ancora troppo distanti" (p. 12).

(i) il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; per il valore eccedente quello di liquidazione è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore;

(ii) i crediti dei lavoratori subordinati sono soddisfatti nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione sul valore di liquidazione e sul valore eccedente il valore di liquidazione.

La norma consente in tal modo di superare le non lievi incertezze che erano in passato venute a crearsi in materia.

Lo spartiacque prescelto è imperniato sulla natura delle risorse allocabili: la distribuzione del valore di liquidazione deve seguire la regola della c.d. priorità assoluta, mentre il "plusvalore da continuità" può essere distribuito sulla base del criterio della c.d. priorità relativa, secondo il quale – come si è detto – è sufficiente che i crediti di una classe siano pagati in misura uguale alle classi di pari grado e in misura maggiore di quelle di rango inferiore[19].

Il descritto trattamento dei lavoratori, infine, è improntato alla c.d. clausola di non regresso (di matrice unionale), diretta a impedire la riduzione dei diritti riconosciuti a questa categoria di crediti dagli ordinamenti nazionali, com'è appunto nel caso di quello italiano.

Con riferimento al concordato liquidatorio, va in particolare ricordato che il comma quarto dell'art. 84 prende in considerazione l'ipotesi in cui un soggetto diverso dal debitore apporti al concordato utilità economiche ulteriori rispetto al patrimonio dell'imprenditore. Si tratta delle cc.dd. risorse esterne, fra cui la legge menziona – data la loro importanza nella pratica – quelle immesse in società dai soci senza obbligo di restituzione o con vincolo di postergazione, di cui il piano prevede la diretta destinazione a vantaggio dei creditori concorsuali.

Ebbene, con riferimento alle predette risorse esterne la legge – codificando un precedente orientamento giurisprudenziale – chiarisce che possono essere distribuite in deroga agli artt. 2740 e 2741 c.c., purché sia rispettato il requisito del 20%. Ciò significa, in particolare, che nel destinarle ai creditori non si è tenuti ad osservare la precedenza a beneficio dei privilegiati, potendo anzi tali risorse essere attribuite interamente ai chirografari.

Con una previsione – l'art. 87, comma 2 – riferita in realtà alla domanda di concordato e non al piano, si prescrive che il debitore, per l'appunto nella

[19] Sul tema, fra gli altri, D. VATTERMOLI, *Concordato con continuità aziendale*, Absolute Priority Rule *e* New Value Exception, in *Riv. dir. comm.*, 2014, II, pp. 331 ss.; G. D'ATTORRE, *La distribuzione del patrimonio del debitore tra* absolute priority rule *e* relative *priority rule*, in *Fallimento*, 2020, pp. 1072 ss.

domanda, indichi le ragioni per cui la proposta concordataria è *preferibile* rispetto alla liquidazione giudiziale.

In proposito si deve ribadire che un concetto-cardine della disciplina del concordato è rappresentato dalla equivalenza/non deteriorità del trattamento rispetto a quello realizzabile nella liquidazione giudiziale, essendosi voluto con ciò superare, per il concordato in continuità, il criterio del miglior soddisfacimento dei creditori. Ciò rende non del tutto sintoniche, a ben vedere, le previsioni che postulano la preferibilità del concordato rispetto ad altre soluzioni. Non vi era in effetti alcuna necessità da parte del legislatore, come già altrove osservato[20], di richiedere che il concordato fosse preferibile rispetto alla liquidazione giudiziale, quando il resto della disciplina – come si è venuto chiarendo – è invece imperniata sul principio della non deteriorità del trattamento, sicché tale ulteriore – e per l'appunto non indispensabile – requisito rischia di costituire un'aporia rispetto al resto del sistema.

Analogamente a quanto previsto dal codice riguardo al piano di risanamento, al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione e ai vari "tipi" di accordi di ristrutturazione dei debiti, anche nel concordato preventivo il piano dev'essere, inderogabilmente, attestato da un professionista indipendente (secondo la definizione di cui all'art. 2, lett. o).

Nello stabilire ciò, l'art. 87, comma 3, enuclea l'oggetto di tale attestazione, il quale viene declinato in svariati profili che vanno scrutinati dall'attestatore con la debita diligenza, pena la propria responsabilità civile e penale.

I primi due aspetti riguardano tutte le tipologie di concordato e consistono, classicamente, nella veridicità dei dati aziendali e nella fattibilità del piano, intesa, alla luce dell'art. 7, come non manifesta inadeguatezza al raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Con esclusivo riferimento al concordato in continuità, poi, la norma sancisce che il relativo piano dev'essere atto a (i) impedire o superare l'insolvenza del debitore; (ii) garantire la sostenibilità economica dell'impresa; (iii) riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale.

Il disposto dell'art. 87, comma 3, riveste – com'è chiaro – un'importanza centrale, dal momento che in esso si rinviene la declinazione dei precetti-chiave in tema di continuità aziendale, che vanno oltre quello di fattibilità del piano (autonomamente prescritta dalla disposizione in esame, unitamente alla veridicità dei dati aziendali, senza distinzioni – si ripete – fra tipologie di

[20] *Brevi appunti sulla nuova "sintassi" del concordato preventivo*, cit., p. 7.

concordati) e che costituiscono il nucleo stesso dell'attestazione in rapporto alla risanabilità[21] dell'impresa e alla tutela minima del ceto creditorio.

Il piano di concordato – recita l'art. 85 – *può* prevedere la suddivisione dei creditori in classi, con trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

La legge stabilisce inoltre che tale suddivisione in classi è *obbligatoria* (i) per i creditori titolari di crediti tributari e previdenziali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento; (ii) per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi; (iii) per i creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro; (iv) per i creditori proponenti il concordato e per le parti ad essi correlate.

Altra novità estremamente rilevante consiste nell'*obbligatorietà* delle classi nel caso di concordato in continuità. E in proposito la norma precisa che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, interessati dalla ristrutturazione perché non ricorrono le condizioni di cui all'art. 109, comma 5, sono suddivisi in classi e le imprese minori, titolari di crediti chirografari derivanti da rapporti di fornitura di beni e servizi, sono inserite in classi separate.

Per quanto riguarda poi la votazione, ai sensi dell'art. 109, salvo quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dal comma 5, il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Nel caso in cui un unico creditore sia titolare di crediti in misura superiore alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, il concordato è approvato se, oltre alla maggioranza di cui al primo periodo, abbia riportato la maggioranza per teste dei voti espressi dai creditori ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se la maggioranza dei crediti ammessi al voto è raggiunta inoltre nel maggior numero di classi.

Quando sono poste al voto più proposte di concordato, si considera approvata la proposta che ha conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto; in caso di parità, prevale quella del debitore o, in caso di parità fra proposte di creditori, quella presentata per prima. Quando nessuna delle proposte concorrenti poste al voto sia stata approvata con le prescritte maggioranze il giudice delegato rimette al voto la sola proposta che ha conseguito la maggioranza relativa dei crediti ammessi al voto, fissando il termine per la comunicazione ai creditori e il termine a partire dal quale i creditori, nei venti

[21] In argomento si vedano, fra i contributi più recenti, V. MINERVINI, *Il (necessario) ripensamento delle procedure concorsuali dopo il "lockdown": dal concetto di "insolvenza" a quello di "risanabilità"?*, in *Dir. fall.*, 2020, I, pp. 965 ss.; E. RICCIARDIELLO, S*ustainability and going concern*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it.*, 13 ottobre 2021.

giorni successivi, possono far pervenire il proprio voto per posta elettronica certificata.

Il concordato in continuità aziendale è approvato se tutte le classi votano a favore. In ciascuna classe la proposta è approvata se è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure, in mancanza, se hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe. In caso di mancata approvazione si applica l'articolo 112, comma 2. I creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, entro centottanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Nel caso di crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751-bis, n. 1, del codice civile, il termine di cui al quarto periodo è di trenta giorni. Se non ricorrono le suddette condizioni i creditori muniti di diritto di prelazione votano e, per la parte incapiente, sono inseriti in una classe distinta.

Quanto infine al giudizio di omologazione[22], l'art. 112 definisce l'oggetto del controllo che il tribunale è chiamato a effettuare in vista dell'emissione del provvedimento di omologazione, stabilendo che occorre verificare:

a) la regolarità della procedura;

b) l'esito della votazione;

c) l'ammissibilità della proposta;

d) la corretta formazione delle classi;

e) la parità di trattamento dei creditori all'interno di ciascuna classe; nonché, nei concordati diversi da quello in continuità, la fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati.

Nel caso si tratti di concordato in continuità il tribunale verifica che tutte le classi abbiano votato favorevolmente, che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza e che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori.

Sempre nel concordato in continuità aziendale, se una o più classi sono dissenzienti, il tribunale, su richiesta del debitore o con il consenso del debitore in caso di proposte concorrenti, il tribunale omologa se ricorrono congiuntamente altresì le seguenti condizioni:

[22] In argomento cfr. M. FABIANI, *L'omologazione del nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2020, pp. 1314 ss.

a) il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione;

b) il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando quanto previsto dall'art. 84, comma 7;

c) nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito;

d) la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

L'art. 112 passa poi a considerare l'ipotesi in cui uno o più creditori che abbiano espresso voto contrario al concordato propongano opposizione.

Nel concordato in continuità aziendale, se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il concordato quando, secondo la proposta e il piano, il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

In caso di opposizione proposta da un creditore dissenziente, la stima del complesso aziendale del debitore è disposta dal tribunale solo se con l'opposizione è eccepita la violazione della convenienza di cui al comma 3 o il mancato rispetto delle condizioni di ristrutturazione trasversale di cui al comma 2.

Nel concordato che prevede la liquidazione del patrimonio oppure l'attribuzione delle attività a un assuntore o in qualsiasi altra forma, se un creditore dissenziente appartenente a una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano almeno il 20% dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il loro credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Per quanto concerne infine il caso di falcidia, nel piano, dei crediti tributari e previdenziali, ai sensi dell'art. 88, comma 2-*bis*, il tribunale omologa il concordato anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie (c.d. *cram down*) quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'articolo 109, comma 1, e, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di

soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente o non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria.

Tornando al caso in cui uno o più creditori, al fine di scongiurare l'omologazione del concordato contro cui si siano espressi, eccepiscano il difetto di convenienza della proposta si è detto che la domanda di concordato approvata dai creditori, quindi, non deve superare, ai fini dell'omologazione, il test di convenienza, ma (almeno) quello di "neutralità" degli effetti per i creditori opponenti in rapporto allo scenario alternativo indicato dalla legge.

Il problema tuttavia, come si è sovente constatato nella pratica, è di veder preclusa l'omologazione per il fatto che anche uno solo dei creditori dissenzienti dimostri che il proprio trattamento in ambito concordatario risulta deteriore a quello prospettabile in caso di liquidazione giudiziale. Ebbene questa conseguenza, improntata all'ipertutela del singolo creditore a scapito della maggioranza del ceto creditorio, nonché degli *stakeholders* coinvolti dal tentativo di salvataggio dell'impresa, è stata considerata "sbilanciata" dal legislatore in quanto effettivamente contrastante con il perseguimento del maggior "benessere collettivo" possibile.

Non si è tuttavia inserito un temperamento in tal senso nella disciplina del giudizio di omologazione in primo grado (come sarebbe stato forse preferibile, anche per ragioni di economia processuale), bensì nella sua fase di appello: l'art. 53, comma 5-*bis*, infatti, prevede che, in caso di accoglimento del reclamo proposto contro la sentenza di omologazione del concordato preventivo in continuità aziendale, la corte d'appello, su richiesta delle parti, può confermare la sentenza di omologazione se l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante.

L'enucleazione, quale oggetto di specifica tutela, dell'interesse "generale dei creditori e dei lavoratori" costituisce – lo si diceva già in precedenza – un fatto inedito per il nostro ordinamento concorsuale e gravido di implicazioni sul piano sistematico. Ed invero, l'anzidetta previsione, insieme a quella in base alla quale la continuità aziendale "preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro" (art. 84, comma 2), sono idonee a incidere sui tratti fisionomici dell'istituto concordatario, finalizzando quello in continuità (anche) alla tutela dell'occupazione: pur sempre – beninteso – nel rispetto della tutela *prioritaria* dei creditori e quindi nei rigorosi limiti di compatibilità con essa.

Con riguardo, infine, alla nuova declinazione del principio di competitività nel concordato preventivo[23] (ma molti altri sarebbero gli aspetti da prendere in

[23] Sul quale si segnala, anche per riferimenti, il lavoro monografico di M. AIELLO, *La competitività nel concordato preventivo*, Torino, 2019.

esame), può essere utile segnalare che la versione definitiva del codice ha opportunamente mantenuto la formulazione dell'art. 91, comma 1, che recita: "esclusivamente quando il piano di concordato comprenda un'offerta irrevocabile da parte di un soggetto già individuato".

Ebbene, con l'utilizzo dell'avverbio "esclusivamente" (assente nel vecchio art. 163 della legge fallimentare) il legislatore mira a superare l'annosa *querelle* circa l'ampiezza del perimetro applicativo della norma. Da quest'ultimo, pertanto, risultano oggi escluse ipotesi diverse da quella contemplate dalla norma, come è a dirsi dell'aumento di capitale sociale riservato a un terzo o del trasferimento della maggioranza delle partecipazioni sociali a soggetti diversi dai soci: casi nei quali è adesso chiaro che non debba trovare applicazione l'obbligo di procedura competitiva.

## 6. I nodi di fondo irrisolti: l'amministrazione straordinaria, la "selva non sfoltita" dei privilegi e la (mancata) specializzazione del giudice.

Un giudizio complessivo sul codice della crisi non può che attendere, evidentemente, la prova dei fatti, vale a dire un congruo lasso di tempo in cui le nuove disposizioni trovino applicazione e prendano in tal modo corpo i primi orientamenti giurisprudenziali e le prime prassi.

Volendo quindi limitarsi a un'impressione "preventiva" di larga massima, bisogna riconoscere che il codice si fa carico, per un verso, dell'annoso problema della tardiva emersione della crisi, affrontandolo in modo meno invasivo e macchinoso (anche se non propriamente lineare...) rispetto al decreto legislativo del 2019; per altro verso, dei dubbi interpretativi e delle criticità emerse in materia di soluzioni negoziate della crisi (e di concordato preventivo in particolare[24]). E anche qui con dei non trascurabili miglioramenti in confronto a previsioni – basti pensare a quella sulla fattibilità economica, sulla continuità indiretta e su quella non prevalente – all'indirizzo delle quali erano state formulate in dottrina (a partire dai contributi di chi scrive[25]) valutazioni

[24] In luogo di altri A. JORIO, *Ragionando sul concordato preventivo. Alcuni consigli (non richiesti) ai* conditores, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 2 marzo 2022.

[25] *Il nuovo concordato preventivo: "finalità", "presupposti" e controllo sulla fattibilità del piano (con qualche considerazione di carattere generale)*, in *ilcaso.it*, 25 febbraio 2019; *Criterio di prevalenza, fattibilità economica, ipertutela dei privilegiati, silenzio-diniego: quattro "tabù" da sfatare nel concordato preventivo che verrà*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 7 marzo 2022.

schiettamente critiche e rispetto alle quali occorreva tener conto dei vincoli scaturiti dalla Direttiva[26].

Persistono, nondimeno, soluzioni non pienamente soddisfacenti, quali, nell'ambito del concordato preventivo, un soverchio sfavore per il piano liquidatorio e un'incongrua significatività del silenzio ai fini del voto, insieme a qualche dubbio, anche in termini di reale efficacia e appetibilità dello strumento, sulla figura dell'esperto nella composizione negoziata. Per non dire dell'impressione di eccessiva proliferazione di istituti, posta in evidenza pure dal parere reso da ultimo dal Consiglio di Stato. Anche se non sono da escludere interventi ulteriormente correttivi (non necessariamente su questi ultimi aspetti) cammin facendo.

Una considerazione di fondo, ad ogni modo, non può essere sottaciuta e attiene alle occasioni che questa riforma non è riuscita a cogliere (ma il vizio di origine muove, com'è noto, da più lontano).

In primo luogo, il carattere non pienamente organico della riforma, essendo rimasta esclusa dal suo perimetro, per via di resistenze di stampo politico opposte ai tempi della legge delega, la crisi delle grandi imprese, tuttora disciplinata dalle leggi sull'amministrazione straordinaria.

In secondo luogo, non è stata attuata quell'opera di razionalizzazione e sfoltimento dei privilegi, che costituiscono a tutt'oggi una selva eccessivamente fitta e intricata, continuando a rappresentare il principale *vulnus* alla parità di trattamento fra creditori, assai più della depotenziata revocatoria e del moltiplicarsi delle classi.

In terzo luogo, non ha purtroppo trovato attuazione il principio di specializzazione dei giudici, proprio quando l'asticella della preparazione richiesta ai professionisti viene collocata sempre più in alto.

E neppure si è riusciti a contestualizzare con il varo del codice l'intervento sulla normativa penale, essendo peraltro auspicabile un rapido e puntuale coordinamento fra le disposizioni penali e quelle civili, queste ultime costituendo l'imprescindibile sostrato delle prime.

Può dunque concludersi che accanto a qualche innegabile luce, frutto soprattutto degli interventi più recenti, non mancano nell'insieme, anche nel caso di questa novella, diverse ombre che si allungano sull'impianto riformatore, il quale nasce purtroppo all'insegna di ambizioni fortemente ridimensionate rispetto a quelle che animavano il mondo delle crisi d'impresa

[26] E si veda al riguardo l'interessante e accurato contributo di P. VELLA, *La spinta innovativa dei quadri di ristrutturazione preventiva europei sull'istituto del concordato preventivo in continuità aziendale*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 1° gennaio 2022.

alla vigilia della legge delega e rispetto alle quali la riforma rappresenta, a ben vedere, un'occasione mancata, che oltre tutto potrebbe non ripresentarsi a breve.

Riproduzione riservata

# IL CODICE DELLA CRISI DOPO IL D.LGS. 83/2022: LA TORMENTATA ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA EUROPEA IN MATERIA DI "QUADRI DI RISTRUTTURAZIONE PREVENTIVA"

LORENZO STANGHELLINI [*]

**Sommario:** 1. Introduzione. – 2. L'origine del d.lgs. 83/2022: la Direttiva (UE) 2019/1023. – 3. La Direttiva e i "quadri di ristrutturazione preventiva": un oggetto limitato ma trasversale. – 4. La Direttiva e i "quadri di ristrutturazione preventiva": caratteri generali. – 5. La Direttiva: una serie di strumenti di intensità crescente. – 6. Il rapporto con il Codice della crisi e dell'insolvenza nella sua versione originaria (anche dopo il decreto correttivo del 2020). – 7. Le possibili scelte per l'attuazione della Direttiva. – 8. Le scelte effettuate in concreto per l'attuazione della Direttiva: il d.lgs. 83/2022. – 9. Il nuovo sistema di tutela della continuità aziendale: una chiave di lettura. – 10. Il chiodo nel blocco di cemento

**Abstract**: l'obbligo di recepimento della direttiva 2019/1023 (c.d. Direttiva Insolvency) ha costretto il Nostro legislatore ad apportare numerose modifiche al Codice della crisi, pochi giorni prima dalla sua entrata in vigore. Il presente elaborato ha il compito di ricostruire i tratti salienti del nuovo sistema, con particolare riferimento ai c.d. "quadri di ristrutturazione preventiva".

**Parole chiave**: direttiva insolvency, codice della crisi, quadri di ristrutturazione preventiva.

---

([*]) L'autore è membro del "Group of Experts on restructuring and insolvency law", che ha collaborato con la Commissione europea nella redazione della proposta di direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza, ed è stato componente della commissione per l'elaborazione di proposte di interventi sul "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", nominata dalla Ministra della Giustizia Marta Cartabia con decreto 22 aprile 2021 e presieduta dalla Prof. Ilaria Pagni. Le opinioni sono ovviamente espresse a titolo personale.

Riproduzione riservata 

**Abstract**: the obligation to implement the 2019/1023 Directive (so-called Insolvency Directive) has forced our legislator to modify significantly the Italian Insolvency Code ("Codice della crisi") a few days before its entry into force. The present work has the task of reconstructing the main features of this new system, with a particular reference to the preventive restructuring frameworks.

**Keywords**: Insolvency directive, Italian Insolvency Code ("Codice della crisi"), preventive restructuring frameworks.

## 1. Introduzione

Il 15 luglio 2022 il Codice della crisi e dell'insolvenza (CCII) è entrato in vigore. Nonostante i molti anni trascorsi dalla sua emanazione (gennaio 2019), non è stato dato agli operatori sufficiente tempo per studiarlo: il CCII, infatti, è stato profondamente modificato pochi giorni prima della sua entrata in vigore e, ancora poco conosciuto, è stato gettato nell'arena.

La modifica è stata dovuta alla necessità di adeguare il CCII alla Direttiva (UE) 2019/1023 entro il termine finale previsto per il suo recepimento da parte dello Stato italiano, che scadeva il 16 luglio 2022. Ciò è avvenuto mediante il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 1° luglio 2022 che, appunto, ha riscritto larghe parti del CCII.

Compito del presente scritto è, da un lato, spiegare le possibili cause di questo esito apparentemente paradossale (una *vacatio legis* di tre anni e mezzo, ma istituti sconosciuti comparsi nella *Gazzetta ufficiale* due settimane prima del loro avvio), dall'altro dare una prima ricostruzione del nuovo sistema, pieno di novità e non agevole da ricondurre a unità.

Soprattutto per gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, molti e con molte varianti, è utile tentare di rintracciare i temi fondamentali (continuità aziendale, apertura, approvazione, omologazione), trovando linee interpretative dirette che attraversino le norme in modo longitudinale, orientandosi tra articoli e commi spesso di complicata lettura.

## 2. L'origine del d.lgs. 83/2022: la Direttiva (UE) 2019/1023

Nel 2019, dopo sessanta anni dalla sua fondazione, l'Unione europea è intervenuta per la prima volta nella materia del diritto della crisi, dettando norme di ravvicinamento delle legislazioni dei paesi membri dell'Unione. I precedenti interventi in questa materia, infatti, avevano solo l'importante ma limitato scopo di coordinare le procedure concorsuali dei diversi Stati membri dell'Unione nel

Riproduzione riservata 

caso esse presentino profili transfrontalieri, sul presupposto che gli Stati erano liberi di decidere il contenuto delle loro norme interne[1].

La Direttiva (UE) 2019/1023 (di seguito, la "Direttiva") detta norme sostanziali che si *impongono* agli Stati membri, mirando a rendere il loro sistema concorsuale più efficiente e conforme ad alcuni valori fondamentali. Ciò sul presupposto, condiviso da tutte le istituzioni europee, che una normativa concorsuale efficiente è una precondizione per il funzionamento di un mercato dei capitali unico a livello europeo[2].

La Direttiva investe tre ambiti:

(1) i c.d. **"quadri di ristrutturazione preventiva"** (*"preventive restructuring frameworks"*), cioè il sistema di strumenti e procedure che gli Stati membri sono tenuti a mettere a disposizione di tutti coloro che esercitano un'attività economica, al fine di consentire loro di gestire la crisi (Titolo II della Direttiva);

(2) l'**esdebitazione** di tutti coloro che esercitano un'attività economica (Titolo III della Direttiva): non vi rientra dunque l'esdebitazione dei consumatori;

(3) una serie di misure volte ad **aumentare l'efficacia di tutte le procedure di ristrutturazione e di insolvenza** (e dunque non soltanto dei "quadri di ristrutturazione preventiva"), fra i quali l'obbligo di formazione dei giudici e dei professionisti nominati dall'autorità giudiziaria (Titolo IV della Direttiva).

Il Codice della crisi e dell'insolvenza, approvato nel 2019 e oggetto di un intervento correttivo nel 2020[3], conteneva numerose disposizioni ricadenti in tutti e tre i predetti ambiti. Prima della sua entrata in vigore, dunque, esso doveva essere reso conforme alla Direttiva, se del caso mediante gli opportuni interventi di adeguamento. Proprio a questo fine il Parlamento, con legge 22 aprile 2021, n. 53 ("legge di delegazione europea 2019-2020"), ha delegato il Governo ad attuare la Direttiva mediante decreto legislativo. Nella legge delega, tuttavia, non era contenuto alcun criterio direttivo.

---

[1] A questo mirava infatti il Regolamento (CE) 2000/1346, relativo alle procedure di insolvenza, poi sostituito dal Regolamento (UE) 2015/848. L'armonizzazione delle procedure di crisi dal punto di vista sostanziale è stata completata solo per un particolare tipo di imprese (le banche), con la Direttiva (UE) 2014/59 (c.d. BRRD).

[2] Jean-Claude Juncker, *Completing Europe's Economic and Monetary Union*, redatto d'intesa con Donald Tusk, Jeroen Dijsselbloem, Mario Draghi e Martin Schulz (c.d. Five Presidents' Report), del 22 giugno 2015 (https://ec.europa.eu/info/publications/five-presidents-report-completing-europes-economic-and-monetary-union_en).

[3] D.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147. Il decreto legislativo è stato emanato in attuazione della l. 8 marzo 2019, n. 20, che è tuttora vigente e che, come vedremo, ha indirettamente influenzato il processo di recepimento della Direttiva.

In attuazione della delega, nel giugno 2022 il Governo ha approvato le norme di recepimento della Direttiva, confluite nel lungo e articolato d.lgs. 83/2022, del quale si è detto[4]. All'esito di questo *restyling*, come detto, il CCII è entrato definitivamente in vigore.

Nel seguito di questo contributo si esaminerà solo la parte della Direttiva che riguarda i "quadri di ristrutturazione preventiva", che è quella con il più elevato impatto sull'ordinamento nazionale. Ciò allo scopo di fornire una chiave di lettura delle nuove norme, risalendo alla loro origine.

## 3. La Direttiva e i "quadri di ristrutturazione preventiva": un oggetto limitato ma trasversale

La Direttiva mira ad assicurare che nei paesi dell'Unione europea tutti coloro che esercitano un'attività economica abbiano la possibilità di ristrutturare il proprio indebitamento. Ciò quando, pur trovandosi il debitore in difficoltà finanziaria, l'attività svolta sia ancora economicamente produttiva o sia suscettibile di tornare a esserlo (si veda il Considerando 1 della Direttiva)[5]. L'obiettivo è, infatti, quello di offrire gli strumenti per evitare, se possibile, la disgregazione dei complessi produttivi, con la connessa distruzione di ricchezza, anche in danno dei creditori, e la perdita di posti di lavoro. La Direttiva non riguarda invece i casi in cui il debitore si proponga di liquidare il proprio patrimonio senza conservare, nemmeno in parte, la continuità aziendale.

Ai sensi della Direttiva, la continuità aziendale può essere mantenuta sia in forma diretta, cioè mediante esercizio dell'impresa da parte dello stesso debitore, sia in forma indiretta, mediante cessione parziale o totale dell'azienda. La ristrutturazione che consente di conseguire l'obiettivo della conservazione del valore aziendale è, infatti, definita come l'insieme delle misure che "includono la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore o di qualsiasi altra parte della struttura del capitale del debitore, quali la vendita di attività o parti dell'impresa, e, se previsto dal diritto nazionale, la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, come pure eventuali cambiamenti operativi necessari, o una combinazione di questi elementi" (art. 2, par. 1, n. 1).

---

[4] Per una prima ma approfondita analisi del d.lgs. 83/2022 si veda Ambrosini, *Il Codice della crisi dopo il d.lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, disponibile all'indirizzo https://ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it/Articolo/232.

[5] La Direttiva ha lo scopo di garantire *"alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare"* (Considerando 1).

Due precisazioni sono necessarie:

1) la Direttiva lasciava agli Stati membri la scelta se considerare o meno "continuità aziendale" anche la continuità *indiretta*. L'Italia aveva già operato questa scelta con la l. 17 ottobre 2017, n. 155 (la legge delega da cui è scaturito il CCII), e questa scelta non è stata rimessa in discussione. Ne consegue che, nell'ordinamento italiano, le norme della Direttiva coprono la continuità aziendale sia diretta, sia indiretta;

2) oggetto della tutela della Direttiva non è soltanto l'attività *d'impresa*, ma – in continuità con la tradizione europea – *ogni attività economica* e dunque anche quella svolta dai lavoratori autonomi che, come è noto, non si avvalgono di un'organizzazione (art. 2222 c.c., in contrasto con l'art. 2082 c.c.), e persino dai professionisti intellettuali, sottratti alla disciplina e allo statuto dell'imprenditore per tradizione italiana (art. 2238 c.c.)[6].

Sono dunque disciplinate dalle norme di matrice europea le crisi degli imprenditori, commerciali e agricoli, dei lavoratori autonomi e dei professionisti intellettuali. Ciò premesso, per semplicità nel seguito userò le espressioni *"imprenditore"*, *"impresa"* e continuità *"aziendale"*, con l'avvertenza che esse devono intendersi riferite anche all'attività esercitata da queste ultime categorie di soggetti.

## 4. La Direttiva e i "quadri di ristrutturazione preventiva": caratteri generali

L'obiettivo della ristrutturazione, come è noto, può essere conseguito sia mediante strumenti basati sull'accordo negoziale, sia mediante procedure capaci di vincolare, a determinate condizioni, i creditori o i soci dissenzienti.

In estrema sintesi, la Direttiva prevede:

- il mantenimento, da parte del debitore, del controllo parziale o totale del suo patrimonio e la gestione corrente dell'impresa durante il tentativo di ristrutturazione (art. 5); gli Stati membri possono prevedere la *"nomina di un professionista nel campo della ristrutturazione per assistere il debitore e i creditori nel negoziare e redigere il piano"* (art. 5, par. 3), e devono prevederla quando è disposto il blocco delle azioni esecutive o cautelari dei creditori o il piano debba essere omologato;

[6] Secondo l'interpretazione che viene pacificamente data da dottrina e giurisprudenza, i lavoratori autonomi si caratterizzano per il fatto di esercitare un'attività economica *senza* il supporto di un'organizzazione di carattere aziendale. Se l'attività esercitata è qualificabile come professione intellettuale, inoltre, ai sensi dell'art. 2238 c.c. essi non assumono la qualità di imprenditori nemmeno in presenza di un'organizzazione che potrebbe essere astrattamente qualificabile come aziendale (si pensi ai grandi studi legali).

- la possibilità per il debitore di usufruire, su domanda, del blocco delle azioni dei creditori o di alcuni fra questi (art. 6); restano comunque esclusi dal blocco i crediti dei lavoratori;

- la possibilità di un'approvazione della proposta a maggioranza, con conseguente vincolo sia per i creditori dissenzienti di classi che abbiano approvato, sia – ed è conseguenza molto più forte e che perciò richiede una verifica più approfondita – per i creditori appartenenti a una classe che, a maggioranza, *non ha* approvato al piano (è la c.d. "ristrutturazione trasversale") (art. 11);

- un possibile vincolo anche per i soci della società in ristrutturazione, che in nessun caso possono *"impedire od ostacolare irragionevolmente"* l'adozione e l'attuazione di un piano di ristrutturazione che sia nell'interesse di tutti gli interessati (art. 12);

- la protezione dei finanziamenti-ponte (c.d. temporanei) e dei nuovi finanziamenti (art. 17);

- esenzioni da revocatoria e azioni risarcitorie per operazioni sia in funzione, sia in esecuzione della ristrutturazione (art. 18);

- precisi obblighi per gli amministratori di società (anche se il testo italiano della Direttiva, per un'imperfetta traduzione di "directors", si riferisce ai "dirigenti"), i quali devono gestire la società in crisi tenendo contro degli interessi dei creditori e di tutti i soggetti potenzialmente pregiudicati dalla crisi (art. 19).

Molto importanti (e all'origine del nuovo "piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione", che più avanti esamineremo), sono le regole che presiedono al trattamento dei creditori e alla distribuzione del valore dell'impresa ristrutturata. Infatti:

a) se tutte le classi approvano la proposta, la distribuzione del valore dell'impresa ristrutturata è tendenzialmente libera, e la proposta deve rispettare solo il principio di assenza di un pregiudizio rispetto agli scenari alternativi, che qualunque creditore dissenziente può far valere (artt. 9 e 10);

b) se invece una o più classi non approvino la proposta, e si debba quindi procedere mediante la "ristrutturazione trasversale", si applicano requisiti più rigorosi sulla distribuzione del surplus. Il piano deve infatti rispettare la c.d. regola della priorità relativa, e dunque deve assicurare "che le classi di voto dissenzienti di creditori interessati ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori" (art. 11, par. 1, lett. c) [7].

[7] Gli Stati membri hanno tuttavia la possibilità di optare per la c.d. *absolute priority rule*, secondo la quale i diritti dei creditori interessati di una classe di voto dissenziente [devono

**5. La Direttiva: una serie di strumenti di intensità crescente**

In una visione sistematica d'insieme, la Direttiva prevede che il debitore possa accedere a una tutela a fasi, progressiva, in cui vi è una transizione fluida lungo i seguenti cinque grandi snodi, da collocare – questa volta – in ordine di invasività crescente:

1) mera esenzione da revocatoria di atti prodromici o attuativi della ristrutturazione (art. 18);

2) sospensione delle azioni di tutti i creditori o di alcuni di essi (art. 6);

3) protezione degli atti connessi all'acquisizione di finanziamenti-ponte e di finanziamenti in esecuzione della ristrutturazione, ed eventuale prededuzione di tali finanziamenti (art. 17);

4) vincolo per i creditori dissenzienti di una stessa classe (art. 9, par. 6, e art. 10);

5) vincolo per intere classi di creditori e per i soci della società in ristrutturazione (è la c.d. "ristrutturazione trasversale": rispettivamente, art. 11 e art. 12).

La Direttiva prevede un ruolo limitato dell'autorità giudiziaria, che è chiamata a presidiare i momenti fondamentali della ristrutturazione, e un ruolo degli ausiliari da questa nominati che dovrebbe essere di ausilio e non solo di controllo *("assistere il debitore e i creditori nel negoziare e redigere il piano"*).

La transizione è, come dicevo, fluida, nel senso che il debitore avvia la ristrutturazione senza dover essere costretto a scelte di campo iniziali, con la possibilità di adattare l'intensità degli strumenti (esenzioni, sospensione delle azioni dei creditori o di alcuni di questi, prededuzione, vincolo per creditori e soci, ecc.) alle risultanze delle analisi e delle interazioni con i creditori e gli altri soggetti interessati. Ciò è dimostrato dal fatto che al debitore e ai creditori sono riservate scelte anche fondamentali da compiere nel corso della procedura, come quella se chiedere o meno l'omologazione di una determinata ipotesi di ristrutturazione o – per i creditori e i rappresentanti dei lavoratori – presentare proposte alternative, sulle quali a seconda dei casi è necessario ottenere il consenso del debitore (consenso che, per le società, può essere espresso anche dagli amministratori).

essere] pienamente soddisfatti con mezzi uguali o equivalenti se è previsto che una classe inferiore riceva pagamenti o mantenga interessi in base al piano di ristrutturazione" (art. 11, par. 2).

Riproduzione riservata

**6. Il rapporto con il codice della crisi e dell'insolvenza nella sua versione originaria (anche dopo il decreto correttivo del 2020)**

Quando il CCII fu adottato, nel gennaio 2019, non era coordinato con la Direttiva sotto l'aspetto dei "quadri di ristrutturazione preventiva"; ciò nonostante che i lavori di preparazione della Direttiva fossero pubblici, che nel novembre 2016 la Commissione europea avesse pubblicato una proposta che già anticipava *tutti* i temi poi confluiti nel testo definitivo, e che l'Italia – come tutti gli Stati membri dell'Unione europea – fosse stata direttamente coinvolta nei lavori.

Tra i diversi profili di mancanza di coordinamento, spiccavano:

1) i limiti di accesso al concordato con continuità aziendale previsti dall'originaria versione dell'art. 84 CCII. La Direttiva, in perfetta sintonia del resto con una recente sentenza della Cassazione, tutela la continuità aziendale *in sé*, non nel suo rapporto con il totale dei flussi e delle risorse messe a disposizione dei creditori: se un'impresa merita di essere conservata, non cessa di esserlo perché il debitore liquida beni non strategici[8];

2) la valutazione di fattibilità economica, richiesta dal CCII al giudice in sede di omologazione di accordi di ristrutturazione e persino in sede di ammissione al concordato preventivo: la Direttiva si limita a prevedere che il giudice possa rifiutare l'omologazione di concordati e accordi "privi della ragionevole prospettiva di evitare l'insolvenza". Fra la *positiva* verifica di fattibilità economica e la verifica *negativa* dell'evidente inattuabilità del piano si colloca la massima parte dei casi reali, quelli in cui non vi sono certezze, ma *possibilità*.

[8] Secondo il testo originario dell'art. 84 CCII, un'impresa capace di pagare il 20% ai suoi creditori con i flussi dell'attività avrebbe potuto proporre un "concordato con continuità aziendale", ma se essa avesse offerto il 50% liquidando anche gli immobili non strategici avrebbe dovuto proporre un concordato liquidatorio, perché il primo presupponeva che il pagamento dei creditori venisse *"in misura prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale"*.

Al contrario, non ci sono vincoli quantitativi nella legge fallimentare. Si veda, in quest senso, Cass. 15 gennaio 2020, n. 734, che ha affermato che "*il concordato preventivo in cui alla liquidazione atomistica di una parte dei beni dell'impresa si accompagni una* ***componente di qualsiasi consistenza di prosecuzione*** *dell'attività aziendale rimane regolato nella sua interezza, salvi i casi di abuso, dalla disciplina speciale prevista dalla L. Fall., art. 186-bis, che al comma 1 espressamente contempla anche una simile ipotesi fra quelle ricomprese nel suo ambito; tale norma non prevede* ***alcun giudizio di prevalenza*** *fra le porzioni di beni a cui sia assegnato una diversa destinazione, ma una valutazione di idoneità dei beni sottratti alla liquidazione ad essere organizzati in funzione della continuazione, totale o parziale, della pregressa attività di impresa e ad assicurare, attraverso una simile organizzazione, il miglior soddisfacimento dei creditori*".

Per questi casi, il giudice deve omologare la proposta secondo la Direttiva ma non doveva farlo secondo l'impianto originario del CCII[9];

3) il mantenimento degli stringenti vincoli posti al trattamento dei creditori e alla distribuzione del valore creato dalla ristrutturazione, che la giurisprudenza formatasi sull'art. 160, comma 2, l. fall. aveva tratto dal principio secondo cui il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere "l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione"[10]: la Direttiva prevede invece, come abbiamo visto, che la distribuzione del surplus da ristrutturazione sia del tutto libera se tutte le classi approvano la proposta, e sia soggetta al vincolo della c.d. "regola della priorità relativa"[11] in caso di mancata approvazione da parte di tutte le classi;

4) il fatto che solo i creditori dissenzienti inseriti in una classe dissenziente o che vantino il 20 per cento dei crediti ammessi al voto (art. 112 CCII), potessero contestare in sede di omologazione l'esistenza di un pregiudizio rispetto alla liquidazione o alle alternative concretamente praticabili, mentre la Direttiva (e le regole europee in materia di tutela del "diritto di proprietà")[12] prevedono che ciascun creditore sia legittimato a contestare il pregiudizio subito (Direttiva, art. 2 par. 1 n. 6);

---

[9] L'art. 48, comma 3, CCII, in materia di omologazione del concordato e degli accordi di ristrutturazione, prevedeva: *"Il tribunale verifica la regolarità della procedura, l'esito della votazione, l'ammissibilità della proposta e la fattibilità economica del piano, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale (...)"* (analoga verifica era prevista in sede di ammissione al concordato dall'art. 47, comma 1).

L'art. 10, par. 3, della Direttiva 1023/2019 prevede invece: *"Gli Stati membri assicurano che l'autorità giudiziaria o amministrativa abbia la facoltà di rifiutare di omologare il piano di ristrutturazione che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa"*.

[10] Art. 160, comma 2, l. fall., ripreso dall'art. 85, comma 6, della versione originaria del CCII. La giurisprudenza aveva infatti ritenuto illegittime (e dunque non ammissibili, e non soltanto non omologabili se non approvate da tutte le classi) proposte di concordato che non distribuissero il patrimonio del debitore secondo un rigido ordine gerarchico (Cass. 8 giugno 2012, n. 9373). Era discusso se nel patrimonio del debitore, così inteso, rientrasse anche il plusvalore creato dalla futura continuità aziendale.

[11] Ciò salvo che lo Stato Membro eserciti l'opzione per la regola di priorità assoluta, prevista dall'art. 11 par. 2.

[12] Secondo varie pronunzie della Corte di Giustizia UE, il diritto alla verifica dell'assenza di pregiudizio è condizione di legittimità di qualunque normativa che incida su un diritto soggettivo, ai sensi dell'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea ("Carta di Nizza") e dell'art. 1 protocollo addizionale CEDU sulla protezione del diritto di proprietà. Ciò sotto il profilo della spettanza della tutela mediante un "ricorso effettivo" individualmente azionabile: I. Donati, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. soc.*, 2020, 164, ivi p. 197 ss.).

5) la mancanza di meccanismi per il coinvolgimento dei soci nella votazione della ristrutturazione e l'assenza di strumenti idonei a superare la loro opposizione all'adozione o all'esecuzione di un piano di ristrutturazione (richiesti invece dalla Direttiva, art. 12).

Questi profili di conflitto sono rimasti intatti anche a seguito del d.lgs. 26 ottobre 2020 n. 147 (c.d. "decreto correttivo"), che pur modificando il CCII in modo non lieve, si fondava sulla l. 155/2017 e non poteva pertanto distaccarsene.

## 7. Le possibili scelte per l'attuazione della Direttiva[13]

La Direttiva, come è nella tradizione della normativa dell'Unione Europea, impone agli Stati membri degli obiettivi, lasciando gli Stati tendenzialmente liberi sui mezzi per conseguirli. Ciò in tre direzioni.

In primo luogo, la Direttiva impone agli Stati membri di predisporre procedure e strumenti di ristrutturazione preventiva che rispettino alcuni principi minimi di efficacia, senza imporre un'armonizzazione dell'intero sistema di procedure e strumenti di gestione della crisi (si veda l'art. 4 e il Considerando 13).

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 4, par. 5, la Direttiva può essere attuata dagli Stati membri con un solo strumento o con più strumenti, a condizione che, in questo secondo caso, essi operino in modo coordinato, coerente e flessibile e consentano di adattare l'intensità dello strumento alle circostanze e alle reazioni dei creditori[14].

In terzo luogo, come detto, le procedure e gli strumenti di ristrutturazione preventiva che rispettino i principi della Direttiva devono essere resi disponibili a tutti i debitori che si propongano di proseguire, anche soltanto in parte, l'attività economica. Non sono invece coperti dalla Direttiva gli strumenti che mirino alla liquidazione totale del patrimonio.

In sede di recepimento, dunque, doveva essere effettuata la scelta fondamentale se attuare la Direttiva:

a) **mediante un solo strumento**, e in tal caso:

a1) uno strumento di nuova creazione, oppure

[13] Questo paragrafo riprende parte di un documento di lavoro redatto dall'autore assieme a Paola Vella.

[14] Si veda, al riguardo il Considerando 29, in relazione alle opzioni concesse alle parti durante la ristrutturazione; cfr., ad es., art. 4, par. 8 sulle proposte alternative e art. 11 sulla richiesta di omologazione di piani che implichino la "ristrutturazione trasversale" dei crediti, cioè, come si è detto, il vincolo di una o più classi dissenzienti.

Riproduzione riservata

a2) uno strumento già esistente (e nel caso, quale: ad esempio, accordo di ristrutturazione a efficacia estesa o concordato);

b) **mediante una pluralità di strumenti**, in tal caso a condizione che i diritti e le garanzie previsti dalla Direttiva fossero accessibili al debitore e, laddove richiesto, a creditori e lavoratori.

In sostanza, l'unica condizione che avrebbe dovuto rispettare uno strumento unico sarebbe stata che esso assolvesse tutti i requisiti posti dalla Direttiva. Diversamente, attuando la Direttiva mediante il ricorso a più strumenti, sarebbe stato sufficiente che questi requisiti fossero rispettati in parte nell'uno e in parte nell'altro degli strumenti individuati, ma al tempo stesso sarebbe stato necessario che essi si integrassero fra loro per essere accessibili dal debitore in modo flessibile, dal punto di vista sostanziale e procedurale (Direttiva, art. 4, par. 5).

Le scelte di fondo sopra descritte stavano in relazione inversa fra innovatività e complessità: il recepimento della Direttiva mediante l'adozione di uno strumento di nuova creazione avrebbe avuto un impatto significativo sul sistema vigente (anche per la necessità di coordinarlo con tutti quelli esistenti e rimasti in vigore), ma sarebbe stato relativamente agevole; all'estremo opposto, invece, attuare la Direttiva mediante più strumenti di ristrutturazione già esistenti avrebbe avuto un minore impatto sistematico, ma sarebbe stato complesso dal punto di vista tecnico, in quanto gli adeguamenti avrebbero dovuto essere coordinati in un quadro unitario, anche al fine di assicurare la fluidità e modularità della ristrutturazione delle quali si è detto.

Come già detto, nessuna guida è giunta dalla legge delega 22 aprile 2021, n. 53 ("legge di delegazione europea 2019-2020"), che non indicava al Governo alcun criterio da seguire nell'attuare la Direttiva.

Mentre veniva elaborato il decreto di attuazione della Direttiva è stato, poi, emanato il d.l. 24 agosto 2021, n. 118, che ne ha costituito a tutti gli effetti un'anticipazione, come si può arguire dal fatto che la composizione negoziata si applica indistintamente a imprenditori commerciali e agricoli, dall'attenzione posta all'autodiagnosi del debitore (conforme all'art. 3 della Direttiva)[15] e dal ruolo, affidato all'esperto, di agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di crisi (conforme all'art. 5, par. 3, della Direttiva).

[15] In questo senso, Fabiani, *L'avvio del codice della crisi*, 5 maggio 2022, in www.dirittodellacrisi.it, pp. 5-6.

**8. Le scelte effettuate in concreto per l'attuazione della Direttiva: il d.lgs. 83/2022**

Con il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, il Governo ha scelto di attuare la direttiva *mediante una pluralità di strumenti*. Si è deciso, dunque, di adeguare gli strumenti già esistenti, con una sola, significativa eccezione.

Ciò ha comportato:

- un intervento alquanto pesante sul concordato preventivo, che è stato "frammentato" in due sottotipi molto diversi fra loro: il concordato con continuità aziendale, con il quale si è recepita una parte della Direttiva, e il concordato liquidatorio, rimasto legato all'originario impianto del CCII e alla l. 155/2017 che l'ha originato, ritenuta ancora vigente per effetto della perdurante efficacia della l. 20/2019 che consente fino al 2024 di adottare decreti correttivi e integrativi al CCII sulla base dei principi dettati dalla l. 155/2017[16];

- l'introduzione di un nuovo "piano di ristrutturazione soggetto a omologazione" ("PRO"), che consente al debitore, il quale mantiene una relativa libertà di gestione del proprio patrimonio, di raccogliere il consenso dei creditori su una proposta il cui contenuto è libero, e che diviene efficace (vincolando gli eventuali dissenzienti) se approvata da tutte le classi. Si tratta, in sostanza, di un concordato preventivo, in cui tuttavia – proprio perché tutte le classi hanno approvato la proposta – non opera alcun vincolo al trattamento dei creditori e alla distribuzione del valore (fermo restando il principio dell'assenza di pregiudizio rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale);

- l'ampliamento della legittimazione al voto sulle proposte del debitore (nel concordato o nel piano di ristrutturazione), che viene attribuito a tutti i creditori anche prelatizi, salvo che non ne sia previsto il pagamento sostanzialmente immediato, integrale e in denaro (pagamento che deve comunque essere obbligatoriamente previsto per i lavoratori dipendenti);

- la previsione di una nuova disciplina dei quadri di ristrutturazione preventiva delle società, che prevede nuovi obblighi degli amministratori, e la possibilità di intervenire sulla struttura della società con modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, previo loro coinvolgimento mediante inserimento in una o più classi.

La Direttiva (art. 4) consentiva di dare anche ai creditori e/o ai rappresentanti dei lavoratori la possibilità di avviare la ristrutturazione. Di questa opzione

[16] Art. 1, comma unico: *"Il Governo, con la procedura indicata al comma 3 dell'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155, entro due anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega di cui alla medesima legge n. 155 del 2017 e nel rispetto dei principi e criteri direttivi da essa fissati, può adottare disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi medesimi"*.

l'Italia non si è avvalsa, lasciando il debitore arbitro di iniziare la ristrutturazione, e dando ai creditori la sola possibilità di chiedere l'apertura della liquidazione giudiziale. Almeno per le imprese in forma societaria, tuttavia, gli effetti concreti di questa scelta devono essere valutati in modo equilibrato: secondo le norme societarie, infatti, sono gli amministratori ad avere l'iniziativa esclusiva di promuovere e disegnare soluzioni che massimizzino l'interesse degli *stakeholders*, anche quando esse incidano sulla struttura finanziaria e sui diritti dei soci (art. 120-*bis* CCII)[17]. Essi assumono dunque rilevanti responsabilità (civili e penali) qualora, potendolo fare, non si attivino, e tali responsabilità sarebbero evidenti qualora gli amministratori ricevessero precise sollecitazioni in questo senso da creditori o dai rappresentanti dei lavoratori.

## 9. Il nuovo sistema di tutela della continuità aziendale: una chiave di lettura

La Direttiva, nella sua parte relativa ai quadri di ristrutturazione preventiva, è stata dunque attuata mediante la previsione di:

1) **strumenti puramente consensuali**: gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ordinari e agevolati (rispettivamente, art. 57 e 60 CCII);

2) **strumenti idonei a vincolare una minoranza di creditori non consenzienti**, inclusi in classi o categorie di creditori *aderenti* o *consenzienti*. Le modalità di raccolta del consenso della maggioranza dei creditori sono diverse:

2a) se il debitore è in grado di ottenere il consenso della maggioranza dei creditori con modalità *di tipo privatistico*, egli può utilizzare gli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa, che vincolano fino al 25 per cento dei non aderenti di ciascuna categoria, e fino al 40 per cento se l'accordo è stipulato dopo la composizione negoziata (rispettivamente, art. 61 e art. 23, comma 2, lett. b, CCII);

2b) se il debitore ritiene invece preferibile la ricerca del consenso mediante l'*espressione del voto*, egli può utilizzare il nuovo piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, che può essere omologato se viene approvato da ciascuna classe[18] (artt. 64-*bis* e 64-*ter* CCII). Questo è lo strumento

[17] Ai sensi dell'art. 120-*bis* CCII, infatti, "l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è deciso, in via esclusiva, dagli amministratori unitamente al contenuto della proposta e alle condizioni del piano".

[18] All'interno di ciascuna classe l'approvazione avviene con due criteri alternativi: se è favorevole la maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure se sono favorevoli i due terzi dei

con cui l'Italia ha tradotto il principio di libera distribuzione del surplus da ristrutturazione quando tutti i creditori abbiano approvato la proposta, principio del quale si è detto in precedenza (*supra*, par. 4, in fine) e che è stato ritenuto incompatibile con i principi del concordato preventivo[19];

3) **strumenti idonei a vincolare sia una minoranza di creditori inclusi in classi consenzienti, sia intere classi di creditori dissenzienti** (c.d. "ristrutturazione trasversale"): concordato preventivo con continuità aziendale per gli imprenditori commerciali "sopra soglia" (art. 84 ss. CCII ) e concordato minore per tutti gli altri debitori (art. 74 ss. CCII).

A questi strumenti, già numerosi, si aggiunge il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio all'esito della composizione negoziata, che prescinde del tutto dal consenso dei creditori essendo fondato sul principio dell'assenza di pregiudizio (art. 25-*sexies*, comma 5, CCII), e che può essere utilizzato per il mantenimento della continuità aziendale in forma indiretta cioè mediante cessione dell'azienda in esercizio (art. 25-*septies* CCII).

Chiudono la panoplia degli strumenti anche il piano attestato di risanamento, che come è noto prevede per gli atti esecutivi di un accordo fra debitore e creditori esenzioni da revocatoria e da sanzioni penali in caso di successiva insolvenza, e la convenzione di moratoria, che vincola una minoranza di creditori a non esigere il credito, costituendo dunque uno "strumento-ponte per perseguire con altri mezzi la risoluzione della crisi"[20].

Una volta superata la fase dell' *"accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza con riserva di deposito di documentazione"* di cui agli artt. 44 ss. (nuova struttura del c.d. concordato in bianco), il passaggio dall'accordo di ristrutturazione al piano di ristrutturazione o al concordato implica l'avvio di una *nuova* procedura dall'inizio. Il passaggio dal piano di ristrutturazione al concordato, invece, è in qualche modo accelerato dalla possibilità che il debitore chieda la transizione al concordato in modo relativamente agevole (art. 64-*quater* CCII). Ciò, benché soddisfi solo in parte l'esigenza di fluidità voluta dalla Direttiva della quale si diceva, può costituire un elemento che rende attraente il piano di ristrutturazione: il debitore può infatti avviare in modo molto agile un'interlocuzione con i creditori, con vincoli

crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe.

[19] In questo senso, Fabiani, *L'avvio del codice della crisi*, cit., par. 4. Pur rispettandone le premesse, volte alla tutela della coerenza del sistema, dissento da questa posizione, che ha portato all'introduzione di un nuovo (ed ennesimo) strumento in un sistema concorsuale già complesso.

[20] Così, efficacemente, Fabiani, *L'avvio del codice della crisi*, cit., p. 9.

gestionali assimilabili a quelli della composizione negoziata e, solo in caso di insuccesso, passare al concordato preventivo.

### 10. Il chiodo nel blocco di cemento

Il sistema, così brevemente descritto, è tuttavia molto complicato e non facile da decodificare, con una navigazione nelle norme che alla già rilevante complessità originaria del CCII (in cui la materia era divisa fra procedimento unitario e strumenti vari, con andata e ritorno fra avvio, struttura e omologazione) ha purtroppo aggiunto ulteriore complessità.

Si è perduta l'occasione di una semplificazione; forse, tuttavia, questa occasione già non c'era più: essa si era perduta, a mio avviso, quando nel 2015 si avviò un processo di irrigidimento della normativa e di rafforzamento dei poteri dell'autorità giudiziaria, processo che è proseguito tetragono nonostante l'avvio dei lavori per la Direttiva e la pubblicazione della proposta di Direttiva nel novembre 2016. Tale traiettoria è stata portata a destinazione con la legge delega 155/2017, i cui vertici (a mio avviso negativi) erano la disciplina del concordato con continuità aziendale (che ha prodotto il perverso art. 84 CCII nella sua versione originaria) e il giudizio di fattibilità economica attribuito al giudice.

Il sistema che oggi ne è venuto fuori – stretto fra l'attuazione della Direttiva in forza della l. 53/2021 priva di criteri direttivi, e la legge delega 155/2017 che è ancora (a torto o a ragione) ritenuta viva e vegeta, dato che consente decreti correttivi per due anni dall'entrata in vigore del CCII (e dunque fino al 2024) – è inevitabilmente complicato, essendo il risultato della composizione non sempre armoniosa di "anime" diverse.

La Direttiva, con la fiducia nell'autodeterminazione delle parti e la riconduzione dei poteri del giudice – almeno quando si tratta di una ristrutturazione in continuità aziendale – al ruolo di arbitro e non di valutatore, appare una sorta di "chiodo d'acciaio" piantato nel cemento del CCII: e purtroppo le crepe si vedono[21].

[21] Un esempio di come l'attuazione "stretta" della Direttiva abbia prodotto crepe in un sistema pensato diversamente è l'art. 112: nel concordato con continuità aziendale (e nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione), ogni creditore è legittimato a opporsi all'omologazione allegando il pregiudizio che la proposta gli arreca rispetto alla liquidazione giudiziale (art. 112, comma 3, e art. 64-*bis*, comma 8, CCII); non così nel concordato liquidatorio, rimasto al vecchio criterio della legittimazione dei soli creditori inseriti in una classe dissenziente o che vantino il 20 per cento dei crediti ammessi al voto (art. 112, comma 5, CCII). Risultato sorprendente sol che si ponga mente al fatto che il controllo dell'assenza di pregiudizio è, come si è detto, condizione di legittimità della normativa ai sensi dell'art. 1 protocollo addizionale CEDU sulla protezione del diritto di proprietà (*supra*, nota 12).

# CRISI E INSOLVENZA DOPO IL CODICE DELLA CRISI*

PAOLO BASTIA

**Sommario**: 1. Premessa; 2. Rischio, incertezza, asimmetrie e limiti cognitivi nella conduzione dell'impresa; 3. Crisi e insolvenza nel diritto della crisi; 4. La probabilità di insolvenza; 5. L'accertamento prognostico dell'insolvenza; 6. L'insolvenza definibile anticipatamente; 7. L'orizzonte temporale della predizione dell'insolvenza; 8. La perdita di continuità aziendale; 9. Crisi e insolvenza nella composizione negoziata; 10. Crisi e insolvenza nella più recenti modifiche al CCI; 11. L'insolvenza reversibile; 12. Osservazioni conclusive.

**Abstract**: il saggio compie un'indagine sugli eventi interconnessi ai fenomeni di crisi d'impresa e all'insolvenza, valutandone analogie e differenze. Un cenno è dedicato anche alle neo-introdotte procedure di composizione negoziata e del concordato semplificato.

**Parole chiave**: crisi d'impresa, insolvenza, allerta, continuità aziendale, concordato semplificato, procedure concorsuali.

**Abstract**: the essay investigates about the events interconnected to the phenomena of business crisis and insolvency, assessing their analogies and differences. A nod is also dedicated to the newly introduced procedures of negotiated settlement and simplified arrangements with creditors.

**Keywords**: business crisis, insolvency, alert, business continuity, simplified arrangements with creditors, insolvency proceedings.

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione in un volume collettaneo a cura di Stefano Ambrosini

Riproduzione riservata

## 1. Premessa

Questo scritto si occupa della descrizione e comprensione dei distinti fenomeni di crisi e di insolvenza dell'impresa, assolutamente differenziati per natura, per conoscibilità e per idonei rimedi, ancorché strettamente connessi, per lo più secondo una sequenza, per nulla deterministica, posto che la situazione auspicata, esplicitamente anche da parte del legislatore, è che alla crisi non segua l'insolvenza, restando semmai solo ad un livello probabilistico e non effettivo, se l'imprenditore vigile e prontamente reattivo, si attiva tempestivamente.

Va subito precisato il fatto che il legislatore (art. 3 CCI e art. 2086, secondo comma, c.c.), che giustamente insiste sulla tempestività di rilevazione della crisi e della perdita di continuità aziendale e sulla prontezza di adozione di idonei rimedi, concede ampia fiducia sulle capacità imprenditoriali e manageriali di fronteggiare e superare la crisi, posto che la tempestività è solo una condizione necessaria, ma non sufficiente, per questo obiettivo: una fiducia però riposta nell'imprenditore, individuale e collettivo, virtuoso in termini di adeguatezza delle misure e degli assetti necessari.

Il presente contributo non entra nell'ambito dei rimedi, ma è circoscritto ai fenomeni patologici anzidetti: tuttavia, poiché un'indagine, secondo logica metodologica, non può prescindere dalle finalità ultime, ancorché ci si occupi della descrizione e soprattutto della comprensione dei fenomeni di crisi e di insolvenza, occorre tenere presente i fini di salvataggio dell'impresa, per meglio qualificare i profili definitori delle disfunzioni analizzate.

Innanzi tutto, va detto che il legislatore non è interessato ad una mera diagnostica per una storicizzazione della crisi e dell'insolvenza d'impresa o per individuare profili di responsabilità, almeno come prima istanza, ma esprime un orientamento precettivo, cogente e pragmatico, ponendo al centro la continuità aziendale e il riequilibrio dell'azienda, come beni da tutelare, affidandone il compito all'imprenditore stesso, purché solerte e dotato di adeguati strumenti.

Ma l'imprenditore rispettoso dei precetti normativi deve "pre-disporre" i supporti necessari (misure o adeguati assetti), deve assicurarne l'esistenza, l'aggiornamento, l'efficace funzionamento, l'effettività di utilizzazione da parte dei soggetti apicali e del management, senza il cui intervento proattivo rimarrebbero inerti attrezzi e sterili rituali.

Si deve pertanto, a mio avviso, distinguere la crisi e l'insolvenza secondo due circostanze affatto differenti:

a) quella dell'imprenditore consapevole e corretto, che non solo per rispetto della disciplina, ma per dignità e responsabilità del proprio ruolo, cerca di prevenire le patologie, anche deboli, della gestione aziendale, che possono comunque sempre verificarsi, specie a motivo di cause esterne impreviste,

attrezzando l'impresa e le risorse umane di meccanismi formali di controlli interni, che evidenzino la tracciabilità dei controlli e l'interiorizzazione di una cultura dei controlli e dell'impiego di accreditate metodologie, all'interno della struttura aziendale;

b) quella dell'imprenditore disattento ai controlli e alla pianificazione, spesso autoreferenziale, rimasto affezionato alla prevalenza, se non all'unicità, di uno stile informale di gestione, legato quindi ad uno stile di conduzione obsoleto e non manageriale, basato sul mero "controllo a vista" e sul rifiuto di procedure formalizzate, di metodologie e di metriche, che egli considera ancora, pervicacemente, come corpi estranei e non come supporti "salvavita" dell'azienda, con l'esito di una dilatazione incontrollata dei perimetri di esposizione ai rischi, esterni ed endoaziendali.

La seconda condizione, realisticamente, va considerata ancora prevalente nel nostro paese ed è opportuno tenerne conto, per comprendere lo "stato dell'arte" circa l'applicabilità delle lodevoli proposte normative, auspicando in un'accelerazione della cultura dei controlli nel sistema delle nostre imprese, le cui carenze ancora esprimono un fattore di svantaggio competitivo rispetto a quelli di altri paesi. Questa messa a fuoco della realtà imprenditoriale serve anche a calibrare i tempi, prevedibilmente non brevi, di adeguamento organizzativo e di diffusione delle misure e degli assetti oggi obbligatori, aspetto che accentua ulteriormente l'urgenza dell'effettività della riforma.

Uno scarto importante tra i *desiderata* del legislatore e l'efficacia delle soluzioni imprenditoriali in questa materia è quello del radicamento e della diffusione dell'utilizzazione degli strumenti proposti, in particolare di quelli indicati all'art. 3 del CCI, che comportano diverse soluzioni integrate, di tipo organizzativo (ruoli e meccanismi relazionali tra i diversi attori decisionali), tecnologico (software dedicati di *business intelligence*, fino ai "sistemi ERP") e informativo (contenuti, metodologie e rappresentazioni delle informazioni rilevanti, contabili e gestionali).

A ben vedere, il moderno legislatore si rivolge direttamente al primo tipo di imprenditore identificato e la modernità non è solo del legislatore stesso, ma dell'imprenditore virtuoso, perché, rispetto alle stagioni delle crisi della fine del secolo scorso, non solo sono stati introdotti e sviluppati dalla scienza aziendale[1] innumerevoli strumenti predittivi, di cui si parlerà, ma la riforma del diritto della

[1] Cfr. Giorgio Brunetti, Vittorio Coda e Francesco Favotto, *Analisi, previsioni e simulazioni economico- finanziarie d'impresa*, Etas, Milano, 1990; Luigi Guatri, *Crisi e risanamento delle imprese*, Giuffré, Milano, 1986; Paolo Bastia, *Sistemi di Pianificazione e Controllo*, Il Mulino, Bologna, 2008; *Gestione della crisi e piani di risanamento aziendali*, Giuffré Francis Lefebvre, Milano, 2022.

Riproduzione riservata

crisi è pervenuta ad un'ampiezza e ad una varietà di opzioni solutive della crisi e dell'insolvenza che risultano fruttuosamente accessibili e applicabili quanto più anticipata risulti la conoscibilità della crisi e aumentata la capacità di vigilanza preventiva del management.

Ma l'imprenditore che rischia la crisi, oggi, è diverso da quello del passato (quindi la crisi e l'insolvenza attuali sono fenomeni diversi da quelli di inizio secolo), anche perché sono mutati o incrementati i fattori di rischio: i) la maggiore *complessità interna* dell'azienda; ii) il più largo impiego di *tecnologie*; iii) il maggiore rischio competitivo per la *globalizzazione* e per la pressione competitiva aumentata; iv) *l'accorciamento dei cicli di vita* dei prodotti e dei processi produttivi; v) l'importanza della *compliance* e del rispetto delle sempre più numerose e dettagliate normative, anche di quelle specifiche di settore; vi) la *turbolenza ambientale*, con ritmi e frequenze sempre più ricorrenti e imprevedibili, ivi compresi i fenomeni imprevedibili della pandemia, sì da rendere quasi obsoleto il vecchio concetto di "ciclo economico"; vii) la velocità e l'intensità della *transizione tecnologica* (rivoluzione digitale), con esigenze di investimenti per l'innovazione; viii) l'impatto della *transizione ecologica*, con la rapida obsolescenza di materiali plastici e inquinanti ed esigenze di rigenerazione dei prodotti e dei processi produttivi; ix) la *finanziarizzazione* dell'economia e lo sviluppo dell' intermediazione finanziaria non bancaria; x) per l'Italia, la consapevolezza dei *limiti della piccola dimensione*, con l'esigenza tendenziale della crescita, anche attraverso strutture di gruppo e di reti e alleanze aziendali.

La finalità perseguita da questo contributo è quella di cercare di fornire un chiarimento sistematico, resosi particolarmente necessario per le rilevanti novità concettuali e termologiche introdotte al riguardo nel diritto della crisi e per le ricorrenti riformulazioni che si sono susseguire in un breve lasso di tempo.

Il taglio è quello aziendalistico, posto che i fenomeni trattati sono economico aziendali e le stesse norme, dalla legge delega n. 155 del 2017 al CCI rimandano espressamente alla scienza aziendalistica.

## 2. Rischio, incertezza, asimmetrie e limiti cognitivi nella conduzione dell'impresa

La natura probabilistica dell'impresa, come sistema dinamico e aperto, quindi, come tale, costantemente esposto agli accadimenti esterni, ne comporta inevitabilmente delle sollecitazioni, tradizionalmente individuate nelle categorie del *rischio* (se ed in quanto statisticamente e probabilisticamente

prevedibili) e dell'*incertezza*: fenomeno quest'ultimo legato all'imponderabilità, alla sorpresa, all'irregolarità degli imprevisti[2].

Poiché l'impresa non è solo un'unità economica interagente con l'ambiente esterno, ma anche un sistema dotato di una struttura interna complessa, specie oltre la soglia della microimpresa, rilevano, ai fini di potenziali turbative del suo stato di dinamico equilibrio, anche le alterazioni dei suoi assetti interni, organizzativi, gestionali e informativi.

Non ultima, ma sempre più riconosciuta in letteratura, vi sono le dimensioni cognitive e comportamentali del soggetto aziendale, che nelle imprese maggiori non può essere circoscritto all'imprenditore, ma deve almeno ricomprendere il management a diversi livelli della sua struttura. Tale profilo coinvolge le capacità di superare i limiti soggettivi di razionalità, tramite idonei sistemi di supporto per le decisioni, ma anche l'attitudine a mitigare i problemi di asimmetria informativa intersoggettiva *esterna* (con altri operatori economici) e *interna* (tra amministratori e soci, tra amministratori e management): profili da cui possono scaturire rischi di errori decisionali (strategici e operativi) e di condotte opportunistiche potenzialmente dannose per l'equilibrio aziendale, fino alla *mala gestio*.

Naturalmente, il problema si complica ulteriormente, in termini di scala di complessità, quando si passa alla struttura dei gruppi aziendali, quali entità economiche unitarie, ma pluralistiche per quanto concerne le soggettività giuridiche, emergendo, oltre ai rapporti plurimi con il mercato e con l'ambiente esterno, anche la rete delle interrelazioni infragruppo, nella non semplice dialettica tra l'equilibrio aziendale della singola società e l'equilibrio del gruppo nel suo complesso, che richiedono la soluzione di rilevanti *trade off* per il loro contemperamento e che l'evoluzione normativa e giuridico dottrinale ha sempre più ricondotto allo schema dei vantaggi compensativi[3].

Si intrecciano quindi fattori inintenzionali esterni e interni (volatilità dei mercati, peggioramenti delle situazioni politiche, calamità sanitarie, transizione tecnologica, complessità strutturale dell'impresa) e fattori intenzionali (errori

[2] I temi del rischio e dell'incertezza, inizialmente analizzati da Frank H. Knight (*Risk, Uncertainty, and Profit*, Boston, Houghton Mifflin Company, 1921) e Herbert Simon (*Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Process in Administrative Organization*, Third Edition, The Free Press, Collier Macmillan Publishers, London, UK, 1976), sono stati fortemente sviluppati in epoca recente: si vedano in particolare Aswath Damodaran, *Strategic Risk Taking. A Framework for Risk Management*, Upper Saddle River (NJ), Wharton School Publishing, 2008; Dennis V. Lindlay, *Understanding Uncertainty*, New York, John Wiley & Sons, 2006.

[3] Per un'analisi dei vantaggi compensativi nei gruppi si veda Paolo Bastia, *Gruppi aziendali e vantaggi compensativi*, in *Discrimen*, novembre 2020.

strategici e manageriali, irrazionalità decisionale e opportunismo) nel percorso evolutivo dell'impresa.

La scienza aziendale italiana ha fissato da molto tempo[4] il suo modello interpretativo del fisiologico (e patologico) funzionamento dell'azienda e in particolare dell'impresa produttiva, incardinandolo sul concetto di generale equilibrio a valere nel tempo e delle sue particolari condizioni prospettiche di equilibrio patrimoniale, economico e finanziario.

Rileva in proposito la dimensione *sempre prospettica* delle condizioni di equilibrio, segnando i limiti delle valutazioni storiche e attuali, che comunque rilevano se e in quanto rivelatrici di tendenze di fondo presumibilmente, ancorché non deterministicamente, persistenti nel tempo.

Si pensi anche alla letteratura strategica e organizzativa internazionale, che ha dimostrato l'esistenza nelle imprese delle cosiddette "inerzie organizzative" e delle "resistenze al cambiamento", che costituiscono potenziali cause di crisi, in presenza di esigenze di adeguamento frenate e distorte da condizionamenti di fattori interni strutturali e comportamentali[5] (tradizioni, rituali, cultura arretrata, procedure e prassi obsolete, tecnologie superate, vincoli contrattuali, articolazione rigida e burocratica delle responsabilità funzionali).

Si noti bene che il concetto di equilibrio generale non solo costituisce una sintesi delle suddette condizioni, misurabili e anche formalmente integrabili tramite il sistema dei valori contabili consuntivi e soprattutto preventivi, ma anche di un complesso di fattori qualitativi che, a seconda delle circostanze, possono presentarsi come fattori di successo o di insuccesso (inerzia strategica, portafoglio prodotti in declino, perdite di quote di mercato, perdita di clientela primaria, non qualità dei prodotti e dei processi, fuoriuscita di manager esperti, datazione dei brevetti, deterioramento reputazionale).

---

[4] La teoria delle condizioni prospettiche di equilibrio è stata introdotta da Aldo Amaduzzi (allievo diretto del fondatore dell'Economia Aziendale, Gino Zappa), nel 1949 (*Il sistema dell' impresa nelle condizioni prospettiche del suo equilibrio*, Signorelli, Roma, 1949) ed è stata non solo perfezionata nei trattati successivi del Maestro (cfr. *L'Azienda, nel suo sistema e nell'ordine delle rilevazioni*, Utet, Torino, varie edizioni), ma anche della pressoché unanime produzione dottrinale che né è seguita, fino ad oggi.

Rileva anche il fatto che la classe professionale italiana si è formata da generazioni su questo modello di analisi, da considerarsi oramai radicato anche nella prassi e solo oggi espressamente ripreso dal Codice della Crisi (art. 3, comma 3, lettera a).

[5] Cfr. Henry Mintzbeg, *La progettazione dell'organizzazione aziendale*, Il Mulino, Bologna,1996; *The Rise and Fall of Strategic Planning*, Free Press, New York, 2013.

## 3. Crisi e insolvenza nel diritto della crisi

L'avvicinamento della dimensione giuridica dei fenomeni di crisi e di insolvenza con la prospettiva aziendalistica si è prodotto recentemente, con la legge delega n. 155 del 2017, in particolare con l'introduzione della nozione di crisi e con una prospettazione, innovativa nell'ambito del diritto positivo, di insolvenza come "fenomeno probabilistico".

L'art. 2 della legge delega prevede infatti, al punto 2, lettera c), di "*introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza di cui all'art. 5 del r.d. del 16 marzo 1942, n. 267*.".

Tale avvicinamento si fonda proprio sulla riconosciuta natura probabilistica dei fenomeni del sistema aziendale, dinanzi menzionata, esplicitando il richiamo proprio alla "scienza aziendalistica".

Si tratta di una novazione fondamentale, perché il legislatore ha colto bene il fenomeno del reale, l'esatta natura del sistema "azienda" e dei suoi fenomeni, anche patologici, rovesciando la prospettiva da una concezione dell'insolvenza definibile come tale soltanto se e quando "manifesta", quindi acclarata e dimostrata *ex post*, per accogliere anche l'ipotesi di "probabilità di futura insolvenza".

È mancato però al legislatore lo scatto logico di intendere l'insolvenza, in quanto tale, come fenomeno preventivo (scostandosi in questo modo dal solco della scienza aziendalistica, ancorché richiamata), in quanto a chiare lettere viene ribadito il mantenimento dell'attuale nozione di insolvenza, di cui alla legge fallimentare.

La predittività della crisi è quindi sì riconosciuta, ma nella precisa e circoscritta dimensione della nozione di crisi: vi è crisi, quando è prefigurabile l'insolvenza, e ovviamente se ne deduce, *ceteris paribus*, in assenza di interventi correttivi.

A ben vedere, non si fornisce una nozione "diretta" di crisi, ma una nozione "indiretta", come prefigurazione della probabilità di futura insolvenza.

Si rinuncia a caratterizzare la crisi, rimandando però ai contributi della scienza aziendalistica, ma se ne vuole evidenziare la relazione causale, probabilistica, con l'involuzione della situazione presente di crisi verso lo stato di insolvenza.

In concreto, la norma intende stabilire una *relazione causale e diacronica* tra crisi e insolvenza, con un'evidente valorizzazione del *rischio di insolvenza* - anziché della mera *scientia decoctionis* di un tempo, obiettiva, certa e documentabile, ma sostanzialmente quasi inutile a scopi di rimedio, proficua

semmai per azioni di responsabilità *ex post*, la cui anticipazione conoscitiva può invece possedere un significato salvifico, quindi non meramente conoscitivo.

Va dunque precisato il fatto, da un lato, che la nozione di insolvenza rimane ancorata, secondo tradizione, ad una dimostrata incapacità di adempiere alle obbligazioni da parte dell'impresa[6]; mentre, dall'altro lato, si prefigura la sua predittività, su basi probabilistiche (quindi secondo idonee metodologie e non certo solo intuitivamente), entro gli stretti confini dello stato di crisi, la cui natura, i cui sintomi attuali, le cui cause non sono però precisati.

Tuttavia, si assegna alla fase della crisi una speciale importanza di diagnostica preventiva e la si carica non solo di significati, ma anche di precise responsabilità degli organi di amministrazione e di controllo di poter agire "per tempo", introducendo, questo è evidente, un metodo di amministrazione e di controllo *forward looking* e più esattamente:

a) una conduzione da parte degli amministratori dell'impresa in crisi consapevole della probabile involuzione verso lo stato di insolvenza, con la responsabilità di avvalersi del tempo disponibile per evitare o almeno mitigare la deriva della crisi verso l'insolvenza, mediante opportune iniziative gestionali e organizzative, rette da idonei supporti informativi non più, ovviamente, meramente contabili-consuntivi, ma soprattutto orientati al futuro, quali budget e simulazioni, a preminente contenuto finanziario;

b) un'attività dell'organo di controllo riorientata verso la vigilanza proattiva, senza dimenticare le verifiche di conformità, ma consapevole della attenta e frequente analisi preventiva e probabilistica (avendo il collegio sindacale e i revisori le competenze professionali adatte), tramite indici, segnali, flussi informativi prospettici, di prevalente focalizzazione sulle dinamiche finanziarie e sulle implicazioni patrimoniali: si pensi alla cosiddetta "gestione del capitale circolante netto operativo", che può assorbire liquidità anche solo per un'inopportuna gestione del magazzino, con il fenomeno esiziale, proprio dal punto di vista finanziario, del *bottle neck*, provocato da rischiosi eccessi di rimanenze; unitamente al rischio di credito e alla politica di approvvigionamento e di dilazione dei pagamenti verso i fornitori.

E' evidente il collegamento strumentale tra questa rafforzamento dell'impegno amministrativo e di controllo per prevenire l'insolvenza implicito nella nozione di crisi con la chiara indicazione, contenuta nell'art. 14 delle legge delega, di prevedere: "*b) il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi*

[6] Per un'esaustiva analisi dell'insolvenza negli studi giuridici e nella giurisprudenza si vedano Stefano Ambrosini, *Diritto dell'impresa in crisi*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022; Fabrizio di Marzio, *La riforma delle discipline della crisi e dell'insolvenza*, Giuffré, Milano, 2017.

*e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale;".*

Con la legge delega si è posto il fondamento di un deciso cambio di passo, precisando che occorrono nuovi strumenti (per il diritto), invero da molto tempo raccomandati dalla dottrina aziendalistica e soprattutto da quella manageriale internazionale[7], affinché la fase della crisi non si areni in uno stato di inerzia, ma produca una reazione proattiva, per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale, posto che questi interventi dovrebbero al contempo prevenire l'insolvenza, vista come fenomeno esiziale della vita dell'impresa.

La rete concettuale è invero complessa, al di là di una sequenza che il legislatore sembra rappresentare tra un prima - "lo stato di crisi" - e un dopo ancora remoto, in quanto "soltanto" probabile a quel tempo: vale a dire l'insolvenza. Si tratta di una visione diacronica e sequenziale invero tipica nel concreto e prevalente nell'analisi economico-aziendale. Ma non è l'unica possibile e quindi può tendere ad una certa semplificazione dei fenomeni reali.

Anche accogliendo questa impostazione logica di tipo sequenziale, non sempre la soluzione della crisi (non necessariamente finanziaria, ma organizzativa e gestionale, ad esempio per la fuoriuscita del direttore commerciale e per la perdita repentina di clientela) trova rimedio definitivo con una soluzione "tecnicamente" coerente (l'assunzione di un nuovo e capace manager commerciale e il recupero di ordini), perché nel mentre potrebbero essersi incrinati i rapporti con il sistema bancario, oppure perché l'azienda ha aggravato in maniera irreversibile la sua esposizione debitoria.

[7] Gli strumenti predittivi, certamente decisivi per la prevenzione della crisi e dell'insolvenza, sono da tempo raccomandati in generale per la gestione strategica dell'impresa, anche in ottica competitiva, in quanto la "prontezza", quale capacità di immediatezza di reazione agli stimoli, è fondamentale anche per cogliere le opportunità, in mercati dove fenomeni come "bolle di domanda" (domande temporanee), anticipazione dei competitor nei mercati, anticipazione dei gusti dei consumatori, *time to market* (velocità del ciclo che procede dall'innovazione di prodotto fino alla commercializzazione), costituiscono fattori di successo: insomma la predittività e l'anticipazione degli eventi rappresentano oggi la dimensione caratterizzante delle gestioni strategiche, sia di successo, sia di *turnaround*. Si consideri bene che per "gestione strategica" si intende, rispetto alla pianificazione strategica, un approccio flessibile e aperto al cambiamento e all'imprevisto, con un utilizzo del piano di tipo esplorativo, simulativo, adattivo. Cfr. Roberto Cafferata, *Management in adattamento*, Il Mulino, Bologna, 2018; *Alberto Bubbio, 2022: la nuova ascesa della pianificazione*, paper on line https://dimelab.us/wp-content/uploads/2022/03/La-nuova-ascesa-della-pianificazione.pdf; Pietro Genco e Lara Penco, *Gestione strategica dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2017. Per le applicazioni predittive alle crisi d'impresa, si veda Paolo Bastia, *Gestione della crisi e piani di risanamento aziendali*, Giuffré Lefebvre, Milano, 2022.

Si vuole dire che le relazioni causa-effetto possono essere non solo sequenziali e in correlazione semplice tra fenomeni in successione temporale tra loro, perché le dinamiche collaterali e parallele possono emergere, accompagnare, aggravare o addirittura sopravanzare l'originario fenomeno di crisi. In altri termini, le soluzioni, ancorché coerenti e rispondenti al fenomeno causativo della crisi, non sempre ne garantiscono il buon esito, in quanto la propagazione della crisi - quanto più è lungo il lasso di tempo tra conoscibilità della crisi e manifestazione effettiva, fattuale dell'insolvenza - può avere effetti di accelerazione e di pervasività nel sistema aziendale incontrollabili.

La considerazione, in definitiva, è che l'aver colto nella nozione di crisi, in un'accezione obiettivamente convenzionale, la probabilità di futura insolvenza, costituisce un deciso passo avanti e, per un'ampia casistica, coerente, unitamente al principio di tempestività ribadito due volte all'art. 14 della legge delega; ma la conservazione di una nozione di insolvenza, comunque ancora solo fattuale e quindi manifesta *ex post*, concede un lasso di tempo assai rischioso per intervenire opportunamente e per impedire la propagazione dei fattori evidenti e latenti di crisi e di insolvenza in atto.

La prospettiva aziendalistica, a tale proposito, tende ad essere più radicale, in quanto interpreta lo stato di insolvenza, o quantomeno il rischio di insolvenza, quando è già conoscibile lo squilibrio finanziario prospettico, restringendo (anticipando) notevolmente il divario temporale tra conoscibilità della crisi e riconoscimento del fenomeno di insolvenza. In pratica, se un budget di tesoreria mensilizzato, redatto in maniera rigorosa, mostra uno squilibrio evidente sul piano finanziario-patrimoniale, in una interpretazione logicamente coerente dello squilibrio monetario-finanziario (che è sempre una condizione prospettica e di breve periodo), si evidenzia con ragionevole certezza una diagnosi anticipata (e non solo *ex post*) dell'insolvenza,

Il carattere radicale della prospettiva economica riposa nel fatto che, se lo strumento affidabile di diagnosi preventiva rilascia l'evidenza di uno stato di insolvenza, questa risulta già accertata, senza l'attesa di una diagnosi a posteriori, fattuale e documentata da effettive inadempienze. Certo, con quest'ultima accezione si concede al debitore ulteriore tempo e verificabilità, ma si concede anche tempo di propagazione ai fattori causativi di insolvenza.

Questo iato tra nozione di insolvenza anticipatoria o tardiva, ancorché probabilisticamente prefigurata nella fase di crisi, viene acuito in parte nel CCI, anche se per altri aspetti vengono gettati importanti ponti tra norma e scienza aziendalistica, con le seguenti definizioni:

*a) "crisi": lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza*

*dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate;*

*b) "insolvenza": lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.*

L'indeterminatezza circa "lo stato di difficoltà" è poi stata risolta in tempi brevi dal provvedimento correttivo con la seguente precisazione:

*All'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n.14: a) alla lettera a), le parole "difficoltà economico-finanziaria" sono sostituite dalle seguenti: "**squilibrio economico-finanziario"**.*

Per capire il senso e la ricaduta di queste successive e oscillanti precisazioni sulla definizione di crisi, che evidentemente scontano anche la portata novativa di questo concetto in ambito giuridico, va detto che lo "stato di difficoltà" implica certamente una maggiore indeterminatezza circa l'intensità e la durabilità della crisi. Non è precisato infatti, se fossero ricomprese anche difficoltà meramente temporanee, ovvero latenti e non manifeste, ovvero di modesta intensità e non tali da determinare implicazioni sulle condizioni di equilibrio. Non sarebbe esclusa nemmeno una situazione di pre-crisi o di evento esterno temporaneo (si pansi alla pandemia, nei casi di non avvenuta lesione degli equilibri aziendali).

È chiaro che, quanto più è vaga e indeterminata una definizione di crisi, tanto più essa può risultare flessibile e versatile e adattabile ad un più ampio raggio di fattispecie concrete, con la conseguenza pratica di poter anche anticipare notevolmente l'identificazione dello stato di crisi nel *continuum* di situazioni gestionali che si possono presentare. Se da un lato questa apertura può risultare funzionale ad una maggiore anticipazione della reattività dell'impresa a crisi anche solo potenziali, apparendo come una possibilità virtuosa; dall'altro lato questa disponibilità potrebbe tradursi in rischi di abuso nel ricorso a strumenti e a procedure previsti dall'ordinamento per la gestione della crisi, anche per accedere a misure protettive da parte del debitore.

La definizione emendata dell'originario testo del CCI, con l'esplicitazione dello squilibrio economico-finanziario, invece, ha il pregio, sul piano metodologico, di accogliere categorie robuste e sicure della tradizione scientifica dell'Economia Aziendale italiana: quelle delle condizioni di equilibrio, che, va precisato, sono in realtà un sistema di tre condizioni, ivi compresa quella patrimoniale (invero dimenticata). Quanto alle condizioni economica e finanziaria, esse sono peraltro distinte, pur interconnesse, per cui la locuzione "squilibrio economico-finanziario", in una interpretazione puntuale, non deve livellare i diversi rilievi, ancorché collegati, dello squilibrio economico e dello squilibrio finanziario, che possono in concreto presentare

solchi importanti. Si pensi al caso di un importante fatturato riveniente dal principale cliente, che soddisfa l'equilibrio economico, con un emergente rischio di credito, in caso di forti ritardi di incasso: aspetto che attiene strettamente l'equilibrio finanziario.

L'art. 13, comma primo, del CCII (testo previgente), forniva un'ulteriore indicazione: "*Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario*", che appare più completa in termini di richiamo alla natura triplice (e non altrimenti) delle condizioni prospettiche di equilibrio.

E' evidente, in questo caso, che il legislatore ha collocato gli squilibri in una relazione causa-effetto rispetto al fenomeno della crisi, con una contraddizione logica apparente: gli squilibri economico e finanziario (e forse anche quello patrimoniale, in un'interpretazione corretta e sistematica) risulterebbero al tempo stesso l'elemento significato e l'elemento significante, la causa e l'effetto stessi, in quanto gli indicatori del fenomeno (la crisi) coinciderebbero con il fenomeno stesso (la crisi, secondo la definizione fornita all'art. 2).

La spiegazione scientifica eocnomico-aziendale pone gli squilibri in parola non a livello pragmatico di meri indicatori, considerandoli in realtà come fenomeni (come significati), mentre gli indicatori (i significanti) sono invece fatti e misurazioni, eminentemente monetarie (o altre manifestazioni e misurazioni non monetarie, ma collocate in una gerarchia segnaletica succedanea). Gli indici, a loro volta, costituiscono un ulteriore sviluppo metodologico nel percorso diagnostico della crisi, con valenza strumentale, segnaletica e precisamente mediante un sistema ragionato di quozienti (*ratios*) tra grandezze rilevanti del bilancio d'esercizio o di altre risultanze consuntive e preventive della *management accounting* aziendale (bilanci intermedi, piani pluriennali, budget).

Pertanto, se il previgente testo del CCI, tramite il richiamo - sia in sede di definizione della crisi (art. 2) che in sede di selezione degli indicatori della crisi - agli squilibri economico, finanziario e patrimoniale, si è notevolmente approssimato all'impostazione scientifica dell'Economia Aziendale, pur con una non chiara sistematica delle relazioni mezzo a fine, altrettanto non si può dire per quanto concerne l'insolvenza.

Nel dettato normativo anche del testo definitivo l'insolvenza rimane infatti un fenomeno essenzialmente fattuale, attuale, consuntivo nella sua nozione, essendo la probabilità di futura insolvenza la condizione che integra lo stato di crisi. Sono quindi i dimostrati e comprovati eventi di mancato regolare adempimento delle obbligazioni che rilevano ai fini della definizione dell'insolvenza e gli strumenti aziendali (indici, indicatori, squilibri) altro non sono, pur nella loro maggiormente riconosciuta importanza, che informazioni di

Riproduzione riservata

origine contabile e di misurazione preventiva idonei solo al riconoscimento della probabilità di insolvenza e quindi dello stato di crisi stesso.

L'impianto metodologico aziendalistico, quindi, non soccorre alla individuazione del fenomeno dell'insolvenza se non come tempestiva rilevazione dello stato di crisi, rimanendo l'accertamento dell'insolvenza connesso con evidenze empiriche fattuali (inadempimenti effettivi, morosità, scaduto dei fornitori, atti di precetto e decreti ingiuntivi) o con rilevazioni contabili consuntive e rivelatrici del raggiunto stato di decozione.

Il ricorso a budget finanziari e di tesoreria, pertanto, è utile come funziona segnaletica di una probabilità di insolvenza futura, e quindi dell'accertamento dello stato di crisi, ma non dell'accertamento dell'insolvenza in sé. Sono chiare le ricadute di una diversa interpretazione, perché potrebbero essere ricondotte alla procedura di liquidazione giudiziale aziende "prevedibilmente" insolventi o escluse dalla composizione negoziata della crisi aziende giudicate insolventi *ex ante*, fatto salvo il caso, non scontato nel suo esito, in quanto ricondotto alla valutazione dell'esperto, della cosiddetta insolvenza reversibile.

## 4. La probabilità di insolvenza

Indubbiamente, gioca un ruolo importante il fattore tempo, e con esso il flusso gestionale che si sviluppa in quel determinato lasso temporale, in relazione alla probabilità di insolvenza. Va precisato il fatto che la probabilità di futura insolvenza non integra una condizione di incertezza, ma di rischio. L'incertezza esprime una condizione che prelude ad eventi imponderabili, imprevisti e non individuabili *ex ante* né qualitativamente, né quantitativamente.

Invece il rischio è connesso con la dimensione probabilistica, in quanto il fenomeno rischioso, quindi potenzialmente generatore di un danno, può essere configurato, anche solo per *proxy*, non di rado con accettabile grado di attendibilità, sia in termini qualitativi che quantitativi, sulla base di idonee metodologie, statistiche e contabili: statistiche degli insoluti, anzianità dei crediti, saldi contabili dei maggiori debitori e creditori, grado di concentrazione/polverizzazione dei crediti, concentrazione della clientela, fino a informazioni quantitative più sistematiche e complesse, quali i bilanci, le situazioni contabili intermedie, i *flash report* (rapporti gestionali contingenti), i budget di tesoreria e quelli finanziari, gli indici di liquidità, fino agli indicatori di rischio e di anomalia, specialmente di tipo monetario e finanziario.

La predittività dell'insolvenza è dunque una capacità di "catturare" anticipatamente, tramite accreditate metodologie, a loro volta, supportate da affidabili strumentazioni tecnico-aziendali, un fenomeno essenzialmente "rischioso" e non incerto, come potrebbe essere ad esempio quello degli effetti della pandemia sui livelli di liquidità aziendale, che ha reso immediatamente

Riproduzione riservata

invalidi e superati i budget finanziari di molte imprese; analogamente al *crunch* finanziario del 2008.

L'insolvenza probabile e preventivamente stimabile come fenomeno legato all'incertezza, ai fini di adire a procedure concorsuali e a strumenti di composizione negoziata, appare un presupposto non facilmente praticabile e giustificabile. E non si tratta nemmeno di prospettiva temporale, perché se è vero che l'incertezza è tipicamente crescente in relazione all'estensione dell'orizzonte temporale, le turbolenze connesse con gli eventi pandemici e della volatilità dei mercati finanziari hanno dimostrato una immediatezza d'impatto sorprendente, tali da paventare immediatamente, senza il passaggio attraverso uno stato di crisi (o di pre-crisi), il rischio dell'illiquidità e dell'insolvenza.

L'insolvenza legata a fenomeni di incertezza, anche violenti e immediati, dunque, esiste e può senz'altro ripetersi (eventi bellici, attacchi terroristici, calamità naturali e sanitarie), ma rimane circoscritta a fenomeni difficilmente accostabili alla nozione di crisi in senso giuridico, per le implicazioni sul sistema delle imprese e sulle decisioni giudiziarie che altrimenti ne conseguirebbero, con specifico riferimento alla definizione di "probabilità di insolvenza" in situazioni di pre-crisi e di crisi sufficientemente prolungate per impostare idonee strategie preventive di fronteggiamento e di superamento.

Ciò non esime le imprese, proprio per le recenti esperienze diffuse a livello generale, di attrezzarsi strategicamente con soluzioni di flessibilità nei modelli di business (si pensi alla selezione dei fornitori nazionali rispetto a quelli esteri e più remoti), nelle configurazioni organizzative (meno rigide e facilmente ridimensionabili, quando necessario), nei supporti di *risk management* e di adozione di strumenti di simulazione (*what if analysis*), piuttosto che di mera programmazione convenzionale (piani e budget).

## 5. L'accertamento prognostico dell'insolvenza

Appare quindi ragionevole ricomprendere, come norma di carattere generale, nel perimetro delle situazioni di probabile insolvenza, per quanto disposto all'art. 2 della legge delega e all'art. 2 del CCI, le prospettazioni di stati di insolvenza non meramente incerti e vaghi, per quanto possibili, ma quegli stati di insolvenza preventivamente configurabili solamente attraverso accreditate (dalla scienza e dalla *best practice*) metodologie statistiche e contabili, specie, oramai, di quelle appartenenti alla sfera della *management accounting*, essendo le risultanze di contabilità generale (bilanci d'esercizio, bilanci intermedi, consuntivazioni) sempre meno idonee allo scopo, se non per mere analisi di trend e di estrapolazione di proiezioni.

Più precisamente, appaiono realisticamente proponibili le seguenti considerazioni di massima:

a) in un'impresa caratterizzata da un obsoleto stile di conduzione imprenditoriale e manageriale, ovvero nella microimpresa con poche risorse e uno stile totalmente informale di gestione, l'insolvenza, essendo carenti o assenti le idonee strumentazioni di analisi probabilistiche, non può che essere colta *ex post*, o al meglio in maniera concomitante al fenomeno, secondo la classica nozione aziendale di "manifestazione finanziaria" e conclusiva della crisi, avendo la crisi prevalente natura interna, industriale, gestionale, immanente al deterioramento del modello di business: non vi sono altre evidenze, se non gli inadempimenti, le irregolarità e tardività sistematiche nel far fronte alle obbligazioni (sovente nemmeno pianificate), le iniziative recuperatorie avviate dai creditori, le eventuali manifestazioni esterne dei lavoratori per salari non corrisposti: l'insolvenza è soprattutto *manifestazione esterna* della crisi e si oggettiva nel *deterioramento dei meccanismi di mercato*: inadempimenti contrattuali, mancata corresponsione dei prezzi dei fattori produttivi a vario titolo negoziati con gli *stakeholders* (dipendenti, fornitori, professionisti, erario, banche).

La prevedibilità dell'insolvenza dai dati consuntivi di bilancio può essere limitata a evidenze estremamente forti e persistenti nel tempo (deficit patrimoniale, capitale circolante netto fortemente negativo, *cash flow* strutturalmente negativo), pertanto in presenza di fenomeni patologici particolarmente gravi e pervicaci, con assenza di tempestività di rilevazione e di rimedio, quindi con conseguenti aggravamenti del dissesto in difetto di reattività.

b) Al contrario, l'impresa manageriale (a prescindere dalla dimensione), dotata di strumenti di pianificazione e controllo (*management accounting*) che integrino le consuntivazioni della contabilità generale - quindi con un *orientamento al futuro* del sistema informativo contabile e statistico - possiede capacità di preventivazione significative, eventualmente rafforzate da ricorrenti controlli budgetari (mensili), specie se accompagnate da soluzioni di *information technology* adeguate e da una cultura manageriale capace di tradurre in vigilanza e in comportamenti proattivi i flussi informativi disponibili, diffusi nei diversi punti della struttura aziendale. Tutto ciò è in grado di rappresentare *ex ante* un quadro diagnostico probabilistico di una possibile insolvenza futura *di fonte interna*, con un livello di anticipazione tale da consentire valutazioni e interventi che non debbano attendere le manifestazioni esteriori le iniziative dei terzi, chiare, evidenti e oggettive, ma tardive e pericolose per la non controllabilità dei comportamenti dei soggetti esterni informati dell'insolvenza dell'impresa.

Riproduzione riservata

c) L'orizzonte temporale può essere dirimente, in quanto gli strumenti convenzionali di programmazione aziendale, per quanto siano sicuramente opportuni, sono costruiti fisiologicamente per stime relative a dinamiche non di forte e rapida discontinuità, consentendo di esprimere valutazioni *ex ante* con un grado di tempestività di breve periodo (6-12 mesi), per il perseguimento di un *riequilibrio omeostatico*, cioè di un riaggiustamento delle condizioni di crisi o anche di insolvenza reversibile in sostanziale continuità evolutiva rispetto al precedente livello di equilibrio colpito dalla crisi, con un'attenzione maggiore verso lo squilibrio finanziario, attinente cioè ai flussi di entrate e di uscite conoscibili con adeguato anticipo (presumibilmente i flussi in uscita predefinibili corrispondono alle "obbligazioni pianificate" indicate all'art. 2 del CCI).

d) In presenza invece di effetti di turbolenze particolarmente forti e di immediato impatto (come si è visto per i provvedimenti governativi a seguito della pandemia covid 19), e comunque di deterioramento particolarmente rapido dello stato di crisi (ad esempio revoche degli affidamenti bancari, interruzione del ciclo degli approvvigionamenti da parte di fornitori strategici non pagati) o di effetti di ricadute di nuovi eventi, anche legati a fenomeni di incertezza (quindi *non* probabilistici), la capacità di cogliere in via predittiva i sintomi dell'insolvenza e di reagire adeguatamente dovrebbe basarsi sui requisiti di *prontezza* e di *proattività* dell'impresa (del suo management), che non coincidono con la mera tempestività (intesa come reattività a eventi prevedibili su base probabilistica stimabili con sufficiente anticipo, per quanto breve). In questo caso, i danni prodotti da ritardi anche contenuti tramite una reazione tempestiva possono essere fortemente pregiudizievoli per i creditori e per la continuità aziendale, impedendo una tenuta dell'equilibrio monetario e subendo in pieno il precipitare verso l'insolvenza, forse anche irreversibile. Si tratta di situazioni in cui il riequilibrio a tendere, salvifico, non rientra nei binari dell'equilibrio omeostatico, che consentono sì una reazione dinamica, ma lungo un tracciato sostanzialmente lineare con l'evoluzione storico-evolutiva dell'impresa.

e) Quando ricorrono i limiti di percorribilità di un riequilibrio di tipo omeostatico, a fronte di precisi limiti di previsione dell'insolvenza su basi meramente probabilistiche (ripetiamo, in virtù di un set informativo e contabile aziendale, anche di tipo programmatorio, convenzionale), ovvero quando la reattività non può essere nemmeno accettabile nell'arco temporale di sei mesi, perché le esigenze di prevenzione dell'insolvenza, partendo da uno stato di crisi o di pre-crisi (da non escludere nemmeno il caso di una iniziale situazione di azienda *in bonis*), richiedono, come si è detto, *prontezza* diagnostica e *proattività* di intervento con opportuni rimedi (situazioni che in contesti turbolenti a tutta evidenza sempre più frequenti), necessita dunque riorientare

*immediatamente* o ancor meglio *anticipatamente* l'impresa verso un *riequilibrio eterostatico*, vale a dire verso una situazione di equilibrio del tutto discontinua rispetto al passato, con operazioni straordinarie di *turnaround* preventivo, sulla base di informazioni esclusivamente predittive: analisi di sensitività (*what if analysis*), *stress test*, *issue analysis*, controllo tendenziale della direzione di marcia (*steering control*), *benchmarking* dei dati aziendali dei concorrenti, sorveglianza dei "segnali deboli" (*week signals*), in grado di esprimere a livello ancora embrionale, ma fortemente anticipatorio, potenziali minacce strategiche e gestionali (perdita di clienti chiave, ritardi di avanzamento di importanti commesse, segnali di crisi di importanti clienti, criticità nei mercati serviti)[8].

Riguardo a quest'ultima situazione, la disponibilità di un sistema informativo multidimensionale, orientato sia all'interno (la gestione aziendale) che all'esterno (mercati, concorrenti, tendenze della clientela); ma soprattutto fertile di sintomi predittivi (non programmati razionalmente come i budget, né ovviamente limitati ai convenzionali consuntivi di bilancio), introduce un atteggiamento manageriale non di mero controllo, ma di "sorveglianza" proattiva dei segnali premonitori, dei sintomi predittivi, su cui poter sviluppare con immediatezza, con *prontezza* dunque, proiezioni, anticipazioni virtuali di scenari in diverse ipotesi (*worst and best*) percorribili, prefigurando e non aspettando sintomi più evidenti (i segnali forti, chiari, ma purtroppo tardivi), per evitare l'insolvenza (o per mitigarne quanto prima gli effetti), non per assumere provvedimenti tempestivamente, vale a dire lodevolmente "senza indugio", ma pur sempre dopo un certo lasso di tempo che può risultare pregiudizievole.

Una possibile evoluzione della base informativa aziendale (per le imprese più strutturate e per i grandi gruppi societari) per la predizione di insolvenze, non basata su modelli comunque storicizzati e di mera proiezione di trend di

[8] Il controllo della direzione di marcia (*steering control*) intende guidare le scelte e i comportamenti attuali del management non sulla base delle evidenze storiche o presenti, ancorché tempestive; bensì sulle tracce virtuali di tendenze probabilistiche, prefigurando precocemente carenze, criticità, inefficienze, ritardi nel percorso (di risanamento) in virtù di simulazioni a finire, per scartare soluzioni incoerenti e percorrere le opzioni tendenzialmente migliori secondo un quadro informativo prognostico via via riaggiornato, analogamente, come metafora, agli strumenti di guida satellitare. Lo steering control consente di intervenire con gli opportuni interventi correttivi *prima* che l'iniziativa sia messa in atto. Cfr. William Newman, *Constructive Control. Design and Use of Control System*, Prentice-Hall, Englewood, 1975; Harold Koontz – Robert W. Bradspies, *Managing through Feed-forward Control. Future Directed View*, in «Business Horizon», giugno 1972. Per l'impiego degli strumenti predittivi, secondo logiche di orientamento al futuro e di correzione anticipata (*feed-forword*) nei piani di risanamento in esecuzione, si rinvia a Paolo Bastia, *Gestione della crisi e piani di risanamento aziendali*, Giuffré Francis Lefebvre, Milano, 2022.

Riproduzione riservata

indici selezionati (come i noti, ma datati modelli di Altman o di Alberici)[9], ma attivata utilizzando complessi patrimoni informativi (*big data*, banche dati, dati di scenari variati), tramite lo sviluppo di mirati algoritmi predittivi (invero già in uso nel sistema delle imprese bancarie, finanziarie e assicurative), è quella dell'impiego dell'intelligenza artificiale, a supporto del management, dei consigli di amministrazione, dei collegi sindacali[10]. In presenza di elevati rischi di *default* e di potenziali ingenti pregiudizi ai creditori, date le dimensioni dell'attivo amministrato e del passivo societario o di gruppo, queste soluzioni metodologiche e tecnologiche, oggi sempre più accessibili, appaiono realisticamente opportune, in un contesto ambientale che presenta non più solo delle dinamiche evolutive in cui è ragionevolmente possibile ritrovare in tempi brevi (tempestivamente) un equilibrio omeostatico temporaneamente indebolito; ma delle turbolenze irregolari e discontinue in cui dover ricercare con *prontezza*, precocemente, un *riequilibrio eterostatico*, che implichi modifiche significative del modello di business, operazioni straordinarie, cessioni di rami aziendali o dell'azienda con allestimenti rapidi di *data room*, riorganizzazioni del gruppo con pre-verifiche virtuali del loro impatto sul riequilibrio del gruppo: un nuovo e diverso equilibrio, rispetto a prima, per evitare l'insolvenza o per recuperare la solvibilità (in caso di insolvenza reversibile), attraverso non solo tracce e percorsi predefinibili, ma soprattutto sulle basi di sentieri di apprendimento predittivo e quindi di euristiche, in cui i rischi di errore siano oggetto di valutazione preventiva.

Un esempio attuale è quello di una piccola e media impresa del Centro Italia, fornitrice di una società appartenente ad un gruppo internazionale investito dalla chiusura del mercato russo, senza una prefigurabile data di riapertura dei flussi commerciali verso quel mercato. Tale cliente assicura da anni oltre due terzi dell'intero fatturato dell'impresa, che attualmente non ha alcun sintomo di crisi, né tantomeno di probabile insolvenza, sulla base dei presupposti oggettivi della legge delega n. 155/2017 e del CCI e sulle tracce dei bilanci e persino del budget aziendale.

Ma l'equilibrio omeostatico dell'azienda, così come la solvibilità verso la massa dei creditori, presenta ora nuovi profili, vaghi e indefiniti, di precarietà, per eventi esterni e non per inefficienze interne gestionali o per carenze organizzative.

---

[9] Per una disamina critica dei modelli quantitativi per la previsione delle insolvenze, si veda Paolo Bastia, *Crisi aziendali e piani di risanamento*, Giappichelli, Torino, 2019.

[10] Sull'impiego dell'intelligenza artificiale a supporto dei processi decisionali nelle imprese, si veda Paolo Bastia, *L'intelligenza artificiale nelle imprese*, relazione al Convegno "Diritto societario, digitalizzazione e intelligenza artificiale", Firenze, 12-13 maggio 2022, in fase di pubblicazione in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*.

Gli amministratori si stanno però interrogando sugli esiti di scenari variati, anticipatamente, rispetto a possibili involuzioni del mercato e delle scelte strategiche del cliente internazionale, le cui opzioni possono oscillare da un riorientamento verso nuovi mercati (essendo precluso per tempi indefiniti quello russo), fino alla cessione dell'azienda a competitor internazionali effettivamente interessati, fino ancora alla chiusura dello stabilimento in Italia e alla cessazione della produzione italiana, con accorpamento delle attività presso un'altra azienda europea del gruppo.

L'impresa fornitrice italiana sta quindi simulando diverse ipotesi strategiche e organizzative per predisporre soluzioni che potrebbero rendersi necessarie e opportune, con scelte future analizzate preventivamente mediante anche comparazioni economiche, finanziarie e patrimoniali, in ordine ad una profonda ridefinizione del modello di business, alla riconversione produttiva, alla ricerca di nuovi clienti e nuovi mercati, secondo un percorso di perseguimento di un equilibrio eterostatico e non più solo omeostatico, prendendo in considerazione più opzioni strategiche per prevenire (non per gestire) la crisi e l'insolvenza.

## 6. L'insolvenza definibile anticipatamente

L'analisi sviluppata sulla conoscibilità preventiva dell'insolvenza, non solo su base probabilistica, ma anche attraverso euristiche, pone un interrogativo circa la natura stessa dell'insolvenza, vale a dire: i) se essa abbia solo natura fattuale, in quanto consuntivata e comprovata da inadempimenti e da fatti esteriori (insolvenza manifesta); ii) ovvero se sia tale anche quando può essere attendibilmente certificata sulla base di elementi conoscitivi preventivi, vuoi probabilistici, vuoi predittivo-simulativi.

La prima soluzione risponde all'impostazione giuridica tradizionale e sembra aderente alla nozione del CCI, che conferma quella già affermata nell'art. 5 della legge fallimentare.

La seconda soluzione, con specifico riferimento alla natura probabilistica della previsione dell'insolvenza, che però già ne coglie la natura, ipotizzando implicitamente che le condizioni di squilibrio siano tali ed evidenti da non poter ragionevolmente aver dubbi sulla insussistenza dello stato di insolvenza, ancorché non ancora manifesta per inadempimenti e altri eloquenti fatti esteriori, è stata presa in considerazione nell'ambito della dottrina giuridica e parzialmente in sede giurisprudenziale, accostandosi all'impostazione aziendale tradizionale, che tende a far coincidere lo stato di insolvenza non già con gli inadempimenti soltanto, ma ancor prima che questi si appalesino, allorquando la conoscibilità contabile (da squilibri finanziari evidenti nei bilanci e soprattutto da budget finanziari a tutta evidenza irraggiungibili sulla base delle risultanze in atto) ne decreta la ineluttabilità, senza dover attendere i chiari segnali delle iniziative recuperatorie dei creditori.

Bilanci con evidenze di profondo e irrecuperabile dissesto finanziario e patrimoniale, budget finanziari d'esercizio che già si presentano mancati e che appaiono superati e privi di credibilità di perseguimento nei primi mesi della loro implementazione, in mancanza di ulteriori possibilità di apporti di finanza da parte dei soci e di terzi, senza una concreta vendibilità dell'azienda o di suoi rami o di importanti asset, nell'ottica aziendalistica esprimono non solo delle mere rilevazioni (consuntive e /o preventive), ma configurano un preciso stato di insolvenza.

In queste circostanze, il significante è consustanziale rispetto al significato, vale a dire che la dimostrata esistenza di uno squilibrio patrimoniale e finanziario, su rigorose basi metodologiche contabili preventive, integra di per sé lo stato di insolvenza.

È evidente che la dimostrazione anticipata e quindi tempestiva dell'insolvenza è assai più pronunciata in caso di impiego di budget d'esercizio mensilizzati, che consentano controlli budgetari ricorrenti in corso d'anno, specie se completati da proiezioni a finire: a fine anno, ovvero, con la tecnica *rolling budgeting*, per un costante arco temporale di durata annuale successivo.

Il vantaggio dei budget d'esercizio, rispetto ai bilanci d'esercizio, consiste proprio nella tempestività di accertamento dello stato di insolvenza, ripetiamo, dal punto di vista aziendalistico.

Il punto in discussione verte quindi sull'accoglimento di una nozione di crisi già in via anticipata, perché acclarata da evidenze metodologiche attendibili, ovvero della conservazione di una nozione di crisi solo se e quando accertata da fatti esteriori incontrovertibili. È come se, per analogia, si diagnosticasse la morte cerebrale per un trapianto di organi, prima e senza attendere la certificazione effettiva del decesso.

L'utilità pratica di una nozione anticipata di crisi appare evidente in presenza di un'insolvenza reversibile, perché potrebbe favorire una precoce rappresentazione del fenomeno, senza qualificarlo convenzionalmente come crisi, a vantaggio di una maggiore prontezza di idonee iniziative tese ad evitarne la irreversibilità.

La definizione di probabile insolvenza del CCI appare tuttavia non del tutto allineata con questa impostazione, perché, pur richiamando il concetto di squilibrio economico-finanziario, ne attribuisce senza dubbio il ruolo di "condizione oggettiva" per l'accertamento dello stato di crisi, a cui si aggiunga l'ulteriore condizione oggettiva di gravità tale da rendere probabile l'insolvenza: una doppia condizione dunque, che però attiene alla crisi e non già all'insolvenza, per cui la conoscibilità dell'insolvenza probabile, anche particolarmente attendibile, non costituisce fattore tale per cui il significante diventi anche significato.

In altre parole, che esista un accertato squilibrio economico-finanziario (fatto già di per sé assai grave), naturalmente rilevato solo su basi contabili consuntive e/o preventive; e ancora che l'insolvenza appaia probabile (certamente solo su basi informative contabili preventive e su altri dati statistico-aziendali), costituendo questa conoscenza un' ulteriore grave conferma di dissesto finanziario aziendale (e non più solo economico o meramente gestionale e organizzativo): tutto ciò implica che non si ha ancora uno stato di insolvenza, ma soltanto di crisi, nell'accezione giuridica.

Lo iato tra insolvenza nell'accezione aziendalistica (tale già in presenza di inequivocabili sintomi contabili finanziari) e insolvenza sul piano giuridico del CCI, che secondo le finalità vuole essere colta e affrontata con tempestività, è in concreto legato al fattore tempo: la probabilità di insolvenza costituisce una nuova figura, un nuovo stato dell'azienda, intermedio fra crisi in senso aziendalistico e insolvenza manifesta. Il legislatore ha dunque coniato un nuovo concetto di crisi, diverso forse da quello introdotto a suo tempo in sede di riforma della legge fallimentare (nell'ambito della procedura di concordato preventivo): una crisi particolarmente acuta, che prefigura un'involuzione verso o stato di insolvenza (che non sarebbe ancora raggiunto).

Poiché la ricerca del vero non può essere meramente una questione definitoria, c'è da chiedersi se l'impresa sia insolvente quando la scienza aziendalistica la configura sulla base delle sue metodiche, ovvero quando essa è manifesta, comprovata, secondo i tradizionali canoni giuridici degli inadempimenti e dei fatti esteriori, lasciando le metodiche aziendalistiche nel ruolo di mera "prefigurazione" di uno stato di crisi oramai pervenuto ad uno stadio di pericolo tale da rendere solo probabile e non già fattuale l'insolvenza? È evidente che l'approccio normativo, se appare corretta l'interpretazione comparativa così formulata rispetto alla posizione aziendalistica, ancorché persegua il fine della tempestività di intervento, in concreto concede maggior tempo al debitore, appare più indulgente, più aperta all'ingresso di possibili *chances*, forse anche extragestionali.

L'accezione di insolvenza quando è già manifesta, comprovata da fatti esteriori, nella varietà di casistiche variamente verificabili, appare pure condivisa, in parte, sia a livello normativo (CCI), sia sul piano aziendalistico: solo che quest'ultima prospettiva considera l'insolvenza già sussistente, oltre che in presenza di quei chiari ed evidenti segnali, anche prima della loro manifestazione, se e quando gli strumenti metodologici ragionieristici, evoluti s'intende, ne rappresentano con idonei dati concordanti l'esistenza: un *cash flow* strutturalmente negativo, in presenza di una posizione finanziaria netta molto elevata, accompagnati da un deficit patrimoniale, configurano un quadro tale da decretare di già lo stato di insolvenza e non solo di prefigurarne il rischio probabile, verificate le impossibilità di interventi di finanza esterna, che però

sarebbero irragionevoli in presenza anche di uno squilibrio economico che non giustificherebbe ulteriori nuovi investimenti privi di redditività.

La nozione di insolvenza probabile è senz'altro nuova nel diritto della crisi, ma parrebbe più rivolta alla qualificazione dello stato di crisi, per enfatizzarne la relazione mezzo a fine con l'insolvenza, al fine di una tempestiva reattività. L'interpretazione della norma dal punto di vista aziendalistico, tuttavia, non può non rimarcare il fatto che lo squilibrio economico-finanziario rappresenta già una condizione di crisi grave, perché quantomeno, implica:

a) una strutturale produzione di perdite nette d'esercizio, gravi e persistenti, di natura non straordinaria e intimamente connesse con il deterioramento del modello di business (squilibrio economico);

b) un perdurante assorbimento di cassa del business (*cash flow* negativo), aggravato da vincoli di rimborsi di elevati finanziamenti pregressi e fabbisogni finanziari anomali, come il capitale circolante appesantito da eccedenze di magazzino e da crediti problematici, specie in assenza di riserve di liquidità (squilibrio finanziario).

La gravità delle condizioni suddette si coglie ancor di più se si considera il fatto che le condizioni di squilibrio vanno sempre intese in *senso prospettico*, quindi evolutivo, per cui gli squilibri economico e finanziario vanno intesi - almeno aziendalmente - non solo come situazioni del passato (anche se effettivamente avverate e accertate), ma come presumibili attese future: questo quadro colto nella sua corretta (scientifica) natura, ovviamente alza e non di poco la soglia di impegno che l'imprenditore in crisi deve esprimere per evitare l'insolvenza, oltre alla richiamata tempestività.

È chiaro che la cauta ponderazione del concetto di crisi è giustificata, giuridicamente, anche per evitare abusi da parte di debitori poco scrupolosi, nell'accedere agli strumenti previsti dall'ordinamento, nonché per consentire più nitide valutazioni da parte degli organi di giustizia in sede di ammissione. Tuttavia, la riflessione sulla coerenza circa la funzionalità della nozione di crisi nel CCI rispetto agli obiettivi di tempestiva emersione e pronto fronteggiamento dell'insolvenza, appare opportuna.

## 7. L'orizzonte temporale della predizione dell'insolvenza

È particolarmente significativo considerare l'orizzonte temporale che il legislatore del CCI ha considerato per l'anticipazione dell'insolvenza.

L'art. 13, primo comma, nel previgente testo del CCI, precisava, che "*Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o 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, rilevabili attraverso* ***appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei 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.*** *A questi fini, sono indici significativi 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. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24.*".

L'arco temporale indicato dalla norma era convenzionalmente preciso, esteso fino a sei mesi, per una valutazione anticipata dell'insolvenza attraverso idonei indici di crisi, tra cui quelli che esprimono la "sostenibilità dei debiti". Si intende oramai, anche per il contributo del CNDCEC, che l'indice in parola è il DSCR, ovvero il *Debt Service Coverage Ratio*, quale rapporto tra previsto flusso di cassa reddituale netto semestrale ed entità del debito esigibile nel periodo.

Quanto alle prospettive di continuità aziendale, l'orizzonte temporale futuro di riferimento risultava variabile e comunque esteso fino alla fine dell'esercizio, ovvero, con la tecnica del *rolling budgeting*, fino a sei mesi data, se la durata residua dell'esercizio in corso risulta inferiore ai sei mesi.

Il grado di predittività della eventuale non sostenibilità del debito, quindi dell'insolvenza, era dunque particolarmente breve: il che significa che l'efficacia della strumentazione convenzionale (contabilità, bilanci e budgeting) risulta obiettivamente assai ridotta, con un tempo di reazione (tecnicamente, di *feed-back*), in termini di tempestività, realisticamente molto limitato, specie per le imprese a maggiore complessità organizzativa e gestionale, meno per le micro e piccole imprese, più agili e flessibili.

Uno strumento particolarmente utile che si è venuto a profilare è senz'altro il budget di tesoreria, che rappresenta una declinazione del budget finanziario articolata nelle infra-annualità, non solo mensili, ma per i primi tre mesi, tipicamente anche settimanali, con un dettaglio di tipologie di flussi di entrata e di uscita estremamente analitici, per le settimane più ravvicinate nel tempo: un dettaglio, di cronoprogramma di incassi e pagamenti e di causali, via via riproposto con la tecnica del *rolling budgeting*, di trimestre in trimestre, secondo un progressivo processo di apprendimento. Il budget di tesoreria esprime una sorte di rilevazione finanziaria-monetaria preventiva con messa a fuoco progressiva nel procedere del tempo, in grado di rappresentare persino gli utilizzi e i saldi bancari per singolo istituto per le settimane più ravvicinate, lasciando più approssimati e aggregati i dati dei mesi seguenti.

Riproduzione riservata

Il budget di tesoreria, in concreto, permette di cogliere un eventuale *squilibrio monetario*, anche solamente temporaneo (tensione monetaria) e un'insolvenza estremamente probabile e ravvicinata.

Va però precisato che per la disponibilità e l'impiego di un budget di tesoreria realmente efficace come strumento non solo conoscitivo, ma proprio di gestione monetaria, anche per prevenire e mitigare l'insolvenza, o per mantenerla reversibile, è necessario un assetto contabile completo e affidabile, integrando la necessità di un pieno rispetto dell'art. 2086, secondo comma, c.c., e in ogni caso dei doveri dell'imprenditore, anche individuale e non solo societario e collettivo, secondo quanto previsto oggi dall'art. 3 CCI.

Il salto logico e metodologico tra *squilibrio finanziario* e *squilibrio monetario* è particolarmente rilevante, in quanto il secondo è concentrato su un periodo futuro estremamente ravvicinato, di pochi mesi, mentre l'equilibrio finanziario è più esteso come durata di riferimento, tipicamente annuale e oltre. L'equilibrio monetario attiene quindi alla sostenibilità di flussi in uscita di cassa altamente probabili, calibrati in ragione delle dilazioni concesse ai clienti e ottenute dai fornitori, delle rateizzazioni delle imposte, degli utilizzi degli affidamenti bancari e degli sconfinamenti: profili che, per durate temporali estese oltre il trimestre o semestre, sono più difficilmente stimabili con la dovuta precisione e attendibilità. In particolare, il *cash flow* operativo identificato preventivamente nella prospettiva dell'equilibrio finanziario annuale, può essere completamente contraddetto e stravolto, sfavorevolmente, dal flusso di cassa *monetario* stimabile in considerazione delle variazioni dei crediti commerciali e dei debiti di regolamento, oltreché dell'allungamento dei processi produttivi con incremento delle rimanenze. E, infatti, i fenomeni dello "scaduto dei fornitori", degli incagli degli incassi dei crediti, dell'aumento patologico delle giacenze, costituiscono concorsi allo squilibrio monetario di breve, prefigurando un'insolvenza estremamente probabile, che già potrebbe essere colta come evento, anche se ancora non si sono materializzati e manifestati dei conclamati inadempimenti.

E' bene precisare che il solco della sequenza crisi (prima) e insolvenza (poi), con la prospettazione di una predizione dell'insolvenza su base probabilistica, è quello dell'equilibrio omeostatico e dell'impiego di strumenti di programmazione convenzionali, che suggellano, sul piano normativo, l'ingresso dei sistemi informativo-contabili orientati al futuro, con decisivo impiego dei budget finanziari e di tesoreria, i quali implicitamente, per ineludibili connessioni metodologiche, implicano l'impiego della programmazione gestionale e dei budget economici e patrimoniali, senza i quali i budget finanziari sarebbero impossibili da redigere.

Non sembrano contemplate le situazioni di impiego degli strumenti di tipo predittivo fortemente anticipatorio (segnali deboli, di sorveglianza e conseguenti ipotesi di simulazione), né quelli di esplorazione di euristiche di discontinuità a fronte di incertezze e sorprese, di cui si è precedentemente argomentato, anche se non sono incompatibili; anzi, a livello di interpretazione sistematica, consentono di assicurare maggiore tempestività e migliore prontezza, quindi capacità di maggiore lungimiranza di diagnosi preventiva e adattabilità e versatilità delle reazioni aziendali rispetto a crisi e insolvenze inattese e improvvise.

## 8. La perdita di continuità aziendale

Relativamente al rischio di perdita della continuità aziendale, si tratta di una valutazione di estrema sintesi, in quanto questa rappresenta certamente il momento terminale della vita dell'impresa, come esito di una gamma potenzialmente molto estesa di cause, tra cui senz'altro l'insolvenza irreversibile e la crisi, intesa come squilibro economico, finanziario e patrimoniale, ma certamente non solo.

La perdita di continuità aziendale è il momento di dissoluzione del principio di unitarietà della gestione e dei vincoli di complementarità dei beni costituenti il patrimonio dell'impresa, cessando, l'impresa, di essere ancora identificabile come sistema atto a perdurare.

Oltre ai fenomeni citati, la causazione della perdita di continuità aziendale può essere fatta risalire a fenomeni ambientali e interni di tipo qualitativo, che nella catena delle relazioni causa-effetto sfociano poi inesorabilmente nei citati squilibri e nell'insolvenza.

La perdita irrimediabile di un mercato fondamentale, la cessazione di un brevetto, la perdita di una licenza o di un'autorizzazione amministrativa, la fuoriuscita di manager chiave, l'obsolescenza tecnologica in mancanza di innovazione, interventi normativi e regolamentari che vietano la produzione e la commercializzazione dei prodotti (transazione ecologica), la perdita di reputazione dell'impresa per condotte e atti in violazione alla legge: sono varie circostanze che concorrono alla perdita di continuità aziendale e che possono risultare esiziali, specie in costanza di inerzia da parte del soggetto aziendale.

Gli interventi normativi a tutela della continuità aziendale sono ricorrenti: all'art. 13 primo comma, del previgente testo del CCI, si segnalavano appositi indici che diano evidenza "*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*". Un brevetto di imminente scadenza o la risoluzione contrattuale del principale cliente per un subfornitore vanno considerati indici estremamente rilevanti, che possono

essere anche misurati economicamente e finanziariamente, simulandone gli effetti sulla struttura di un bilancio pro forma preventivo. È evidente che non occorre attendere gli infausti esiti certificati da un bilancio consuntivo in forte perdita e con un margine operativo lordo (MOL) negativo per cogliere la perdita della continuità aziendale, in assenza di interventi risolutivi, quali la diversificazione della clientela, la riconversione produttiva o al limite la cessione dell'azienda.

Ma anche l'art. 2086, secondo comma, c.c., introdotto in forza dell'art. 375 CCI, richiede all'impresa in forma societaria o collettiva l'adizione di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili funzionali anche alla rilevazione della perdita di continuità aziendale, per "*attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*.

Il rischio di perdita di continuità aziendale non coincide con i rischi di crisi e di insolvenza, pur essendo questi dei potenziali fattori di perdita della continuità, rilevando anche innumerevoli fattori di insuccesso riconducibili a minacce ambientali, perdita durevole e strutturale delle fonti di vantaggio competitivo, gravi e perduranti carenze organizzative (venir meno dell'imprenditore o fuoriuscita di manager essenziali), scelte sfavorevoli di capogruppo sulle sorti dell'impresa a favore di processi di delocalizzazione.

La rilevanza del rischio prevedibile della lesione della continuità aziendale riposa sul fatto che non solo il legislatore della crisi ha sempre più evidenziato un deciso *favor* verso questa condizione, ma essa costituisce il più importante principio dell'Economia Aziendale, che ispira l'intero orientamento strategico dell'impresa e del gruppo, il funzionamento e lo sviluppo dell'impresa, con tutta la conservazione di valore nel tempo nell'interesse dei creditori, ma non solo. Il perimetro di perforazione della tenuta della continuità aziendale è dunque assai più esteso rispetto alle condizioni di squilibrio summenzionate e ricomprende, come si è visto, svariati e mutevoli fattori di insuccesso, anche non misurabili e non tracciabili tramite i bilanci, tra i quali la letteratura economica ha annoverato: i) la perdita di competitività; ii) il peggioramento nel posizionamento strategico all'interno del settore; iii) l'obsolescenza imprenditoriale e manageriale; iv) l'arretramento rispetto all'evoluzione tecnologica; v) la perdita di quote di mercato; vi) una localizzazione divenuta insufficiente o inadeguata (si pensi alla crescente attenzione alla sostenibilità ambientale). Occorre, in definitiva, integrare l'informazione contabile (specialmente quella preveniva e non solo consuntiva) anche con l'informazione strategica, perché quest'ultima veicola potenziali fattori di insuccesso che, se non colti a livello sufficientemente precoce, possono condizionare la perdita di continuità aziendale anche assai più di uno stato di insolvenza reversibile o di una perdita economica circoscritta a specifiche inefficienze.

Il problema dell'accertamento precoce del rischio di perdita della continuità aziendale risiede nel fatto che il *set* informativo di supporto può essere destrutturato, multidimensionale, in gran parte qualitativo e solo parzialmente di fonte contabile, richiedendo all'impresa di predisporre nel continuo una sorveglianza fortemente orientata all'esterno, verso dati di settore, di competitor, di *benchmarking* di imprese comparabili. L'altra faccia della medaglia è che la mancanza sistematica di queste informazioni è già di per sé indizio di rischio strategico e di incompetenza del vertice aziendale (in un mondo sempre più globalizzato e interdipendente, con contesti turbolenti e mercati ricorrentemente volatili) e questi supporti conoscitivi sono necessari per gestire con la dovuta razionalità e responsabilità la continuità aziendale, rientrando nei doveri dell'imprenditore (individuale e collettivo), sia come "misure", sia come "adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili", laddove è assodato che l'informazione di supporto non può essere solamente contabile, quando si parla di continuità aziendale.

## 9. Crisi e insolvenza nella composizione negoziata

Il decreto-legge n. 118 del 24 agosto 2021, convertito nella legge n. 147 del 21 ottobre 2021 - le cui norme sono poi state incorporate nel CCI entrato in vigore il 15 luglio 2022 - è particolarmente innovativo nell'ambito del diritto della crisi e senz'altro pone numerose questioni interpretative, sia terminologiche che concettuali sotto il profilo aziendalistico, anche alla luce dell'articolato contenuto del decreto dirigenziale, con la disciplina del *test on line*, della *check list* e del protocollo.

Basti pensare che si utilizzano nuovi linguaggi, quali: la "sostenibilità economico-finanziaria" (art. 9) e le "potenzialità necessarie per restare sul mercato" (Relazione illustrativa).

Ancora si introducono nuovi paradigmi, quale quello dell'"insolvenza reversibile" (Relazione illustrativa e Protocollo, al punto 2.4), assai discussa nel recente dibattito giuridico e invero pressoché trascurata nella letteratura aziendalistica, riveniente da una classica nozione di insolvenza come "manifestazione finale della crisi" o come "fase terminale" della vita dell'impresa, in una visione pressoché totalitaria dell'insolvenza come stadio irreversibile.

Si tratta di questioni estremamente complesse, perché toccano nervature di vere e proprie "cattedrali concettuali". Si pensi che la dominante e intoccata teoria dell'impresa in funzionamento considera l'equilibrio economico sussistente non solo quando vi sia un utile di bilancio di periodo (redatto secondo i criteri civilistici), ma quando questo utile sia talmente elevato da

remunerare diversi fattori produttivi i cui valori esprimono "costi figurativi", quali tra cui una soddisfacente remunerazione del capitale[11].

La sostenibilità economico-finanziaria emergerebbe, secondo il nuovo impianto normativo, sul "debole" sostegno del margine operativo lordo (MOL) positivo, ovvero di un MOL negativo, ma tale da assicurare la conservazione di valore di operazioni in corso o di asset strategici, specie di tipo intangibile e comunque la continuità aziendale (Protocollo, punto n. 7.5 in ordine al pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria e punto 10.1 in tema di finanziamenti prededucibili).

Ma è evidente che la spaccatura concettuale, quindi non solo terminologica, si apre con la *dimensione temporale della continuità* di riferimento, che, secondo la dottrina aziendalistica, è a valere nel tempo; mentre non vi è dubbio che la continuità riconducibile a un MOL positivo o negativo, ma funzionale alla (mera) conservazione di valore, equivale alla pura "sopravvivenza" dell'impresa. Probabilmente, nel dibattito, non si è riflettuto ancora abbastanza sul concetto di continuità aziendale e di gradazione della continuità, che può essere:

a) mera sopravvivenza, come tentativo di mantenimento in vita di un sistema comunque precario, purché non assorba cassa, o comunque, anche se assorbe cassa, consenta di conseguire vantaggi ai creditori

b) meramente a tempo definito (come nell'esercizio provvisorio), se funzionale ad una cessione dell'azienda già pianificata nei modi e nei tempi;

c) a tempo definito, ma funzionalmente congegnata, perché inserita in un più ampio piano di ristrutturazione industriale e di ristrutturazione del debito, con un preciso cronoprogramma, come nel caso di erogazione di finanza ponte e di autorizzazione del Tribunale, ai sensi dell'art. 10 della legge n. 147/2021;

d) intesa come sopravvivenza, ma come fase di avvio di un piano di risanamento coerente con i criteri della lista di controllo, in funzione delle trattative e di una prospettata sistemazione del debito;

e) pienamente intesa come continuità a valere nel tempo, perché vista come dimensione stessa del piano di risanamento, che dovrà, nel caso, andare oltre alla gestione delle trattative con le parti e alla regolazione del debito, per arrivare ad assicurare durevoli prospettive di vita e di sviluppo dell'impresa, in un pieno recupero di tutte le condizioni prospettiche di equilibrio, certamente ivi compreso l'*equilibrio patrimoniale*, che di tutti è il più solido, il meno effimero, il più strutturale, in grado di fornire un assetto morfologico stabile e permanente, per la vitalità e lo sviluppo futuro dell'impresa.

[11] Cfr. Aldo Amaduzzi, *L'azienda*, Utet, Torino, 1975.

Quest'ultima condizione della continuità aziendale - ma presumibilmente anche altre come accezioni elencate - non può certo essere perseguita tramite il solo MOL positivo, se si pensa al fatto che un MOL positivo *è compatibile con l'assenza di utili netti d'esercizio*, che costituiscono notoriamente la fonte di autofinanziamento dell'impresa, attraverso la ritenzione di utili e la costituzione di riserve ad accrescimento dell'entità assoluta e della proporzione relativa del patrimonio nella struttura delle fonti finanziarie dell'impresa.

È evidente nella sistematica del provvedimento il *favor* del legislatore per la continuità aziendale: questo anelito, che ispira norme di diritto positivo, è certamente, oggi, un valore anche di legittimità. Va però considerato, anche per il miglior ricorso a determinati strumenti, il rischio implicito in una continuità aziendale precaria.

L'accertamento di un MOL positivo, prospettico, è legittimamente indiziario, come dato, di una continuità funzionale agli obiettivi esplicitati dal legislatore; tuttavia, per la realtà del funzionamento delle imprese, che non può certo essere ignorata, è bene avere la precisa consapevolezza che questo elemento, specie se non inserito in un quadro sintomatico predittivo sistematico e più completo, non può promettere nulla oltre ad una continuità precaria, perché non possiede la "forza segnaletica" (non per difetto, ma per limite dello strumento), per andare oltre orizzonti gestionali e temporali assai ristretti e limitati.

Ne discende che i concetti di sostenibilità economico-finanziaria e di assenza di pregiudizio per la migliore soddisfazione dei creditori, fondati sull'accertamento del MOL, possono *razionalmente* essere sviluppati entro profili temporali brevi, difficilmente oltre 12 mesi e ancor meglio limitatamente ad un semestre.

Per completare un minimo di spiegazione, che si rende necessaria a commento di quanto sopra, il MOL, da solo, non è per niente idoneo ad esprimere un tendenziale equilibrio economico - non solo dell'impresa, per la quale occorrerebbe considerare il reddito netto adeguatamente soddisfacente (reddito "economico" o profitto), ma anche del business, per il quale necessita la quantificazione prospettica del risultato operativo, o ancor meglio del NOPAT (*Net Operating Profit after Taxes*) - trattandosi di un risultato estremamente parziale (cd. *gross profit* o risultato "lordo") e quindi incompleto, anche tenuto conto delle cautele metodologiche del protocollo di escludere i componenti di reddito straordinari, la cui irrilevanza, forse, se un tempo poteva essere plausibile in ipotesi implicite di situazioni stazionarie, oggi appare sempre meno difendibile, alla luce della ricorrenza degli eventi straordinari.

Sempre meno, infatti, si possono escludere i componenti straordinari di reddito ai fini di una valutazione prospettica dell'insolvenza, anche con riferimento a lassi temporali brevi. Basti pensare, in proposito, che

l'applicazione del principio contabile IFRS 9, nelle banche, per la quantificazione degli accantonamenti per la svalutazione dei crediti relativamente alle "perdite attese" (quindi in una prospettiva *forward looking*) si basa su modelli quantitativi e algoritmi che, ai fini della valutazione prudenziale prospettica, incorporano e non escludono, anche gli effetti reddituali di eventi straordinari sfavorevoli.

La possibilità di uno scollamento della prassi indotta dalla normativa non è solo nei confronti della tradizionale impostazione scientifica economico-aziendale, ma anche rispetto alla prassi del sistema bancario: quello che professionalmente monitora con maggiore intensità e assiduità le imprese affidate; posto che uno dei pilastri della valutazione del merito creditizio rimane proprio quello del giudizio sull'equilibrio economico-finanziario dell'impresa, inteso come integrazione tra reddito netto positivo e incremento del patrimonio netto, tramite il fisiologico meccanismo dell'autofinanziamento (da utili). In questa correlazione fisiologica, il MOL non può fornire alcun contributo significativo.

In definitiva, la maggiore ampiezza dei presupposti oggettivi prevista per l'accesso alla composizione negoziata della crisi (che spazia dallo stato di pre-crisi all'insolvenza reversibile), unitamente alla centralità del MOL come misurazione prospettica delle performance aziendali ai fini della sostenibilità economico-finanziaria e della tutela del pregiudizio ai creditori, implica necessariamente un'apertura verso una continuità aziendale anche precaria e non definitiva.

E' molto importante precisare che la sostenibilità economico-finanziaria non coincide affatto con il concetto di equilibrio economico e finanziario, in quanto questo secondo paradigma possiede i precisi connotati della durabilità ("a valere nel tempo", intendendosi un tempo indefinito, *sine die*), oltreché con l'ancoraggio, come fenomeno del reale e al tempo stesso di misurazione, non al MOL, ma al reddito netto, in termini peraltro di significatività entità: ciò ai fini della definizione di tendenziale equilibrio economico. Ai fini invece dell'equilibrio finanziario, il flusso netto globale atteso costituisce ben altra entità (fenomenica e di misurazione) rispetto al MOL, il quale ultimo esprime solamente il flusso netto generato dalla gestione reddituale, risultando quindi, per quanto rilevante, parziale, nel quadro di un ben più complesso e sistematico intreccio dei vari flussi di entrata e di uscita che alimentano i circuiti operativi aziendali, anche extra-reddituali (investimenti, finanziamenti, operazioni sul capitale, ecc.).

È giusto peraltro inquadrare il MOL, tenuti presente i limiti di significatività, negli obiettivi del legislatore del decreto-legge n. 118, per fornire strumenti pragmatici e semplificati ad una comunità la più ampia possibile: quindi per

incrementare l'accessibilità al percorso di composizione negoziata e all'adozione semplificata di strumenti diagnostici polivalenti, quale è il MOL.

## 10. Crisi e insolvenza nella più recenti modifiche al CCI

Il testo definitivo del CCI, alla luce del decreto legislativo 17 giugno 2022, n. 83 (in recepimento della direttiva *Insolvency*) modifica ancora una volta la definizione di crisi, da intendersi come "*lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza, che si manifesta con diversi gradi di intensità, attraverso l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi*;".

Si ritorna così all'indeterminatezza, alla vaghezza definitoria, abbandonando, almeno apparentemente, i più sicuri (scientificamente parlando) e collaudati riferimenti agli equilibri o squilibri economici e finanziari.

Per contro, si conferma la manifestazione della crisi, in quanto connessa, in relazione causale, con inadeguati flussi prospettici rispetto alle obbligazioni (non più definite "pianificate", come nel precedente testo del CCI).

Rimane l'orientamento al futuro (*forward looking*) nel giudizio sulla crisi, unitamente a questa caratterizzazione finanziaria esplicita (con richiamo ai flussi finanziari) che contrassegna la nozione giuridica di crisi. C'è tuttavia da chiedersi, al netto della lodevole volontà del legislatore di prevenire l'insolvenza, che accade quando la crisi, che per sua prevalente natura non ha obiettivamente carattere finanziario, ma industriale, gestionale e organizzativo, non esprime segni premonitori dell'insolvenza? Il fenomeno della crisi non è classificabile come tale se o fino a quando non preannuncia un successivo stadio di insolvenza?

Da una lettura meramente formale e restrittiva potrebbero discendere delle circostanze paradossali. Ad esempio, una gravissima crisi (economica e gestionale) che non prelude all'insolvenza, perché la proprietà (personale, oppure una holding) copre sistematicamente i fabbisogni finanziari, ovvero perché si erodono le liquidità precostituite in precedenti gestioni virtuose. Il caso, per quanto anomalo, non è astratto, ma chi scrive lo ha sperimentato in concreto, in presenza di una seconda generazione "coperta" nelle proprie temerarie iniziative imprenditoriali, sempre e comunque, dalla holding paterna, peraltro attiva anche a sostenere tale azienda presso il sistema bancario.

La crisi economica, anche grave, può peraltro non sfociare nell'insolvenza a breve, ovvero, ora che i termini sono spostati a *dodici mesi*, può non essere prefigurabile, in termini di probabilità di insolvenza, entro tale termine. La volontà di anticipare maggiormente la previsione dell'insolvenza fino a dodici mesi data, in certi casi potrebbe non qualificare come crisi, ai sensi del riformato

Riproduzione riservata

CCI, una grave crisi che possiede connotati non immediatamente rilevanti dal punto di vista finanziario, ma che possono invece essere anche più importanti davanti al rischio di perdita della continuità aziendale: si pensi allo scadenza di un brevetto nell'arco di un biennio, quando la holding (una società estera del settore farmaceutico) ha già deciso di non investire in innovazione, sapendo che il ciclo dalla ricerca al brevetto è pluriennale. L'azienda *de qua* è certamente già in situazione di crisi strategica e in assenza di un piano di riconversione o di cessione il suo destino è segnato, ancorché i flussi di cassa a dodici mesi risultino in grado di sostenere il debito esigibile di periodo.

L'allungamento dell'arco temporale dai sei mesi di cui al previgente art. 13, primo comma CCI, ai dodici mesi previsti dal testo definitivo del CCI, richiede un adeguato commento. L'intento della nuova norma è verosimilmente quello di anticipare ancora di più l'intercettazione della crisi, per prevenire (prima e quindi con migliori possibilità di rimedio) l'insolvenza, ancorché come rilevato, esistono fenomeni di crisi, anche molto gravi, che non hanno rapide ricadute in termini di insolvenza, perché gli andamenti economici *non coincidono* con i circuiti finanziari. Si conferma dunque il rischio che l'enfasi totalizzante sull'insolvenza, che diventa essenziale per la nozione stessa di crisi, lasci in ombra o addirittura escluda le tante situazioni di crisi non legate probabilisticamente all'insolvenza, né per un periodo brevissimo di sei mesi, né per un periodo breve, ma più lungo, di dodici mesi.

L'approccio del legislatore può apparire, dunque, deterministico e astratto, considerando come uno schema esclusivo quello della relazione causale e diacronica tra crisi (prima) e insolvenza (poi), con una sequenza convenzionalmente definita all'interno di una dimensione cronologica prefissata.

L'orizzonte temporale dei dodici mesi può nascondere un ulteriore, sottile rischio: quello di lasciare sospeso il riconoscimento della crisi, quando l'insolvenza si preannuncia, sequenzialmente, entro tempi brevissimi, di poche settimane o di pochi mesi (entro il semestre), ma in un quadro di flussi finanziari irregolare e altalenante, in cui si alternano recuperi di liquidità, fino a prefigurare un possibile riequilibrio nei dodici mesi a venire. Il paradosso che ne consegue è che la crisi come prevedibile insolvenza futura, se ricadente nel semestre successivo, risultava conclamata secondo il testo precedente del CCI; mentre se la si rivede, convenzionalmente, in un arto temporale di dodici mesi, tale crisi potrebbe non essere più definibile come tale: semplicemente, si è spostato il paletto più in là, *ope legis*.

Si tratta delle situazioni, invero non del tutto rare, perché le imprese, specie quelle minori. possono essere assoggettate non solo a fenomeni di stagionalità,

ma anche a eventi straordinari esterni, a cui le piccole e le microimprese sono esposte con maggiore rischio.

Né si dimentichi l'assenza di programmazione finanziaria (a dodici mesi) e di tesoreria (nei sei mesi successivi) nelle imprese minori, con un grado di attendibilità forse assai precario, laddove si imposti per la prima volta una pianificazione finanziaria e comunque dovendo considerare che i flussi finanziari più credibili sono certamente quelli a sei mesi data e non quelli proiettati a dodici mesi.

Insomma, l'allungamento del tempo consentito all'imprenditore per valutare la probabilità di insolvenza, che parrebbe finalizzato a risolvere determinati problemi - quale quello della maggiore anticipazione della conoscibilità della crisi - potrebbe rivelarsi come una soluzione non del tutto ottimale in assoluto, perché apre il fianco al altri problemi e a rischi monetari legati a tensioni monetarie di brevissimo andare, che, in certi settori, fortemente esposti alle regolari consegne dei fornitori (si pensi alla moda e all'alimentare) e alla rigida sequenzialità dei cicli operativi (produttivi e distributivi) a valle di quello degli approvvigionamenti, rischiano fortemente di essere sottostimati.

Lo spostamento dell'orologio dai sei mesi ai dodici mesi, in sostanza crea una mutazione del tipo di squilibrio di riferimento, passando da una probabilità di squilibrio monetario di brevissimo andare (sei mesi), ad una idea di squilibrio finanziario di breve periodo (dodici mesi), laddove l'insolvenza probabile riferita allo squilibrio monetario è configurabile con assai maggiore grado di ragionevole certezza, rispetto ad un'insolvenza collegata ad uno squilibrio meramente finanziario a dodici mesi, che è condizionato da identificazioni e misurazioni di flussi più incerti per la maggiore distanza temporale e più vaghi, a motivo delle dilazioni di incasso e di pagamento, dei flussi logistici delle rimanenze, delle rateizzazioni delle imposte, ecc.

Inoltre, l'insolvenza, quando si produce, può essere immediatamente esiziale e lo spostamento di attenzione ad un periodo in fondo non tanto breve (dodici mesi), rischia di trascurare i pericoli puntuali in corso d'anno (impedimento al pagamento degli stipendi, al pagamento dei fornitori strategici, all'assolvimento di un importante obbligo tributario, come il versamento delle ritenute erariali). Che poi dal secondo semestre in avanti si prefigurino opportunità di incasso favorevoli al riequilibrio, ma tardivi, in mancanza di opportuni accorgimenti contrattuali e monetari (ad esempio ottenimento di anticipi e differimenti di pagamenti in scadenza), non è circostanza sufficiente per salvaguardare l'impresa dal rischio incipiente di insolvenza.

In definitiva, la perplessità è che, così facendo, si differisca il problema, anziché anticiparlo, concedendo all'imprenditore una dimensione temporale più ampia, in cui gestire la sua equazione finanziaria, dando termine fino a dodici

Riproduzione riservata

mesi, ma con oggettivo pericolo sulla tenuta dell'azienda, a fronte di fenomeni di insolvenza intermedi, infra-annuali.

Il legislatore forse non ha tenuto conto della diversa natura dell'equilibrio monetario e dell'equilibrio finanziario e della diversa significatività e affidabilità dei dati preventivi a sei mesi rispetto a quello a dodici mesi, i quali ultimi scontano un volume di ipotesi- finzione e quindi di fattori soggettivi (a volte arbitrati) notevolmente superiore: stime di scenario a dodici mesi, ipotesi sugli andamenti dei fatturati e dei costi a dodici mesi, ipotesi di dilazioni dei diversi fornitori a dodici mesi, ipotesi delle dilazioni e delle morosità dei clienti fino a dodici mesi, ipotesi dei livelli e delle movimentazioni delle rimanenze di materie prime, di semilavorati, di prodotti finiti o di merci, fino a dodici mesi, ecc.: una dimensione di programmazione rilevante, ma complessa e meno idonea per monitorare la probabilità di insolvenza in corso di gestione.

Meglio sarebbe stato, invero, incorniciare una previsione di possibile insolvenza a sei mesi, nel quadro di una programmazione dei flussi finanziari annuale, con la tecnica del *rolling budgeting* - peraltro già prevista dal previgente testo del CCI, all'art. 13, per gli indici relativi alla perdita della continuità aziendale - estendendo di volta in volta, *in progress*, l'orizzonte temporale per la durata del periodo breve di avanzamento (trimestre o semestre), in modo da catturare sia gli eventuali rischi di insolvenza imminenti (su base informativa altamente affidabile e predittiva), sia i rischi di insolvenza prefigurabili su basi conoscitive assai più ipotetiche.

L'esito sarebbe quello di ottenere un "controllo incrociato" (per nulla ridondante), dei dati monetari-finanziari, mettendo a fuoco progressivamente il fenomeno indagato, quello dell'insolvenza, che è di per sé sintesi non di pochi, ma di molteplici fattori esterni ed endo-aziendali. Nulla si perderebbe in termini di anticipazione della auspicata tracciabilità preventiva del fenomeno (almeno dodici mesi prima), perché un rischio di insolvenza appalesato, per l'appunto a 12 mesi, verrebbe ulteriormente qualificato e quantificato per la sua gravità e probabilità di manifestazione con l'incrocio, assai più attendibile, di una predizione a quattro o sei mesi. Si capirebbe così meglio anche il grado di maturità dello stadio di crisi e l'urgenza di risposta, oltre alle modalità gestionali più opportune, in quanto meglio attualizzate, di rimedio.

Soccorre, a favore di una idonea salvaguardia del rischio di insolvenza e quindi di un coerente riconoscimento della crisi, l'eventuale interpretazione della norma di nuovo conio, per cui *l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi* si debba intendere "all'interno dei dodici mesi": considerando in questo modo non unicamente dei flussi annuali e non anche infra-annuali e mensili, di modo che il periodo annuale ricomprenda e non escluda anche le disamine infra-annuali,

almeno in presenza di elevata volatilità dei fattori che incidono sui flussi di cassa.

L'aggiornamento normativo proposto, precisa peraltro, con riferimento alla finalità di rilevazione tempestiva della crisi d'impresa, di "*verificare la non sostenibilità dei debiti e l'assenza di prospettive di continuità aziendale per i dodici mesi successivi.*" (art. 3, comma 3, lettera b).

Il passaggio logico è quello di spostare l'attenzione dal fenomeno della crisi alla sua conoscibilità tramite le "idonee misure" dell'imprenditore individuale e l'"assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato" dell'imprenditore collettivo e segnatamente mediante le rilevazioni ottenibili attraverso questi dispositivi. Alla luce di questa norma, le precisazioni metodologiche sopra riportate appaiono quantomai opportune, perché il fenomeno della crisi, secondo il legislatore, consiste nella predittività di una futura (quindi sempre successiva) insolvenza, la cui individuazione è esplicitamente collegata a flussi finanziari prospettici, che non possono essere intuitivi, né sono visibili come altri fenomeni di crisi (guasti macchina, difetti di prodotto, resi di vendita, rallentamento della produzione, mancate consegne delle forniture), ma che sono per loro natura configurabili solo attraverso strumenti di misurazione *ex ante*.

In altre parole, la previsione dell'insolvenza futura necessita di misurazioni, perché la non sostenibilità del debito non è un profilo descrivibile fisicamente, ma necessita di procedimenti di misurazione monetaria di tipo contabile preventivo, *ipotetico* precisamente, perché fondati su ipotesi di flussi di cassa a venire, la cui attendibilità deve essere molto attentamente verificata.

La strumentazione richiesta, "*ai fini delle rilevazioni ai fini della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa*", è peraltro inclusiva dell''eventuale "assenza di prospettive di continuità aziendale per i dodici mesi successivi". Questa precisazione è molto importante, perché permette di recuperare, a livello sistematico, una dimensione della crisi non solo di tipo finanziario, in quanto connessa con l'insolvenza, ma anche multidimensionale: strategica, competitiva, gestionale, organizzativa, economica, manageriale, riconducibile a problemi interpersonali (nelle imprese familiari).

Ne discende che la crisi, nella dimensione giuridica, non rimane confinata nel ristretto corridoio della sequenza crisi-insolvenza, ma trova spazi definitori ampi e generali, anche non finanziari e non solo misurabili monetariamente, con profili qualitativi comprovanti, in linea con la migliore dottrina economico-aziendale.

La definizione di crisi come probabilità di insolvenza futura diviene certamente l'ipotesi di lavoro privilegiata, ma non totalizzante, e la sua

preminenza è in fondo giustificata dal pericolo dell'insolvenza per le sorti dell'impresa.

L'aggiornamento della nozione di crisi è ora quello che indica "*lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza".*

Quale sia questo stato non è precisato, essendo venuti meno i puntuali richiami ad un modello scientifico tradizionale e collaudato come quello delle condizioni di equilibrio aziendale, almeno a livello di definizione, ancorché all'art. 3, comma 3, si precisa che "*al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa, le misure di cui al comma 1 e gli adeguati assetti di cui al comma 2 devono consentire di: a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;".*

In proposito, il Consiglio di Stato[12] ha fornito un chiarimento interessante, perché spiega tale generica e vaga nozione con la volontà di ampliare il *continuum* di situazioni concrete che possono prefigurare l'insolvenza: non solo la crisi dunque (la crisi grave, come la si intende normalmente in Economia Aziendale), ma anche la pre-crisi o comunque qualsiasi circostanza che coinvolga l'impresa e la sua gestione sul pericoloso crinale dell'insolvenza, anche in presenza di fattori apparentemente rassicuranti, quali la salute del modello di business dell'impresa, la qualità dei prodotti e dei processi, l'eccellenza del management e delle maestranze, ecc.

La recente esperienza delle misure sanitarie che hanno colpito in maniera acuta alcuni particolari settori (alberghiero, termale, turistico, dei trasporti) ha interessato anche imprese in situazioni fino a quel momento eccellenti e la chiusura immediata e prolungata delle attività (non suffragate da corrispondenti e tempestivi ristori governativi) ha interrotto contestualmente la generazione del flusso di cassa reddituale, a prescindere dalla posizione finanziaria netta della singola realtà aziendale, con una diffusione della crisi di illiquidità e di rischio di rapida insolvenza inattesa, tale da giustificare la ben nota legislazione emergenziale.

Anche se l'esperienza della crisi di liquidità a livello di sistema ha condizionato le scelte del legislatore, in certi casi dichiaratamente, questa problematica è estensibile ad altre circostanze di incertezze e di imprevisti, che spaziano dalle calamità naturali (terremoto dell'Emilia) all'attuale crisi bellica in Ucraina, fino alle imprevedibili decisioni strategiche di *global player* circa

[12] Cfr. Consiglio di Stato (provvedimento numero 00832/2022 e data 13/05/2022 spedizione).

processi riallocativi che possono interessare singole fattispecie aziendali, senza avvisaglie.

Per quanto questa spiegazione abbia una logica, considerata la varietà di casistiche, l'indeterminatezza della definizione giuridica di crisi ora proposta può rappresentare un parziale allontanamento dall'impostazione scientifica, pur con il richiamo a livello di rilevazione dello squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, che rappresenta sicuramente un riferimento esplicito ai paradigmi della scienza aziendalistica e che ora verrebbero rappresentato, in una gerarchia dei principi, non come natura della crisi, ma soltanto come oggetto di rilevazione.

Conseguentemente, il fatto che il testo finale del CCI richiami, comunque, gli squilibri aziendali tra le finalità delle rilevazioni, non risolve del tutto questo scollamento, in quanto gli squilibri vengono ammessi come finalità conoscitive e non come fenomeno della crisi in sé, lasciando così molto terreno interpretativo circa quanto emerge dall'informativa sugli squilibri e l'individuazione della crisi come fenomeno reale.

## 11. L'insolvenza reversibile

Il decreto n. 118 del 2021, con il contenuto del protocollo allegato al decreto dirigenziale ha dato spazio all'*insolvenza reversibile*, che è entrata quindi come nuova categoria nel diritto della crisi, non senza problemi interpretativi.

Il protocollo, punto 2.4, reputa l'insolvenza reversibile - che non viene definita - come una condizione non preclusiva dell'avvio delle trattative da parte dell'esperto, se permangono credibili condizioni di perseguibilità del risanamento dell'impresa.

L'insolvenza reversibile è certamente una situazione considerata come temporanea e non esiziale per la continuità aziendale: il caso, ancora, della crisi di liquidità indotta nel sistema delle imprese dalle misure anti-covid, costituisce un esempio molto evidente, a dimostrazione che questa grave esperienza ha condizionato i lavori legislativi o comunque ha fatto maturare convincimenti e problematiche mai prima sollevati.

L'insolvenza irreversibile, nuova a livello normativo, è peraltro marginale nelle trattazioni scientifiche aziendalistiche, ancorché in concreto possano essere rappresentate non poche circostanze che la contemplano.

La dottrina economica considera l'insolvenza, tipicamente, anche se non in via esclusiva, come la manifestazione finale della crisi dell'impresa, quindi irreversibile e non meritevole di ulteriore assorbimento di risorse, essendo il business in stato di decozione ed essendo perdute le condizioni di continuità aziendale.

Riproduzione riservata

La continuazione dell'attività, in ambito giuridico, è peraltro considerata, in queste circostanze, pregiudizievole per gli interessi dei creditori, al di là dell'interruzione della continuità aziendale, perché assorbe risorse distrugge valore.

La spiegazione sequenziale che procede dall'indebolimento, allo squilibrio economico, fino alla crisi e quindi all'insolvenza, pur essendo certamente prevalente, non è comunque totalizzante. L'insolvenza reversibile si presenta, infatti, in circostanze rarefatte e interstiziali di imprese ancora sane e vitali dal punto di vista strategico e con modelli di business ancora coerenti, quindi competitive e forse in relativo equilibrio economico, che pur tuttavia presentano situazioni di insolvenza, ma non fatalmente definitiva.

Il fenomeno può trarre origine da criticità dovute alla mancata solvibilità, inattesa, della clientela, di clienti importanti, i cui ritardati o mancati pagamenti si ripercuotono con immediatezza sulla generazione di cassa dell'impresa fornitrice e sui suoi livelli di tesoreria. L'insolvenza, in questo caso, sorge pur in presenza di un equilibrio economico di fondo e di potenziali di competitività e di coerenza strategica del modello di business.

Particolare è poi il caso di insolvenza infragruppo, a danno di una consociata originariamente sana e in equilibrio economico, con business coerente e buoni fattori strategici di successo, che tuttavia subisce a catena l'insolvenza della capogruppo o di altra consociata, di cui è fornitrice prevalente o a cui ha destinato importanti finanziamenti.

Questi esempi fanno capire la reversibilità del dissesto di un'azienda insolvente e quindi la possibilità di un percorso di risanamento (con il supporto di un piano di risanamento ragionevolmente attuabile) è possibile tipicamente quando l'insolvenza è di *provenienza esterna*, derivante da rapporti commerciali e finanziari con altre imprese del mercato o del gruppo di appartenenza.

Ancora, come si è visto con la pandemia e i diffusi fenomeni recessivi, dovuti alla combinazione di provvedimenti di *lockdown*, crisi da domanda e crisi dell'offerta; quindi, con carenze di liquidità straordinarie e perduranti, hanno inciso anche su imprese sane o comunque con business vitali e coerenti, specialmente in determinati settori maggiormente colpiti dai provvedimenti di limitazione degli esercizi.

Si tratta dunque di situazioni di *insolvenza di origine esterna*, indotta da fenomeni imprevedibili e incontrollabili, che quindi non derivano dalla gestione aziendale, per cui appare plausibile il carattere della *temporaneità*.

La possibilità di reversibilità dello stato di insolvenza è condizionata, oltre che dalla origine esterna alla gestione, anche dal fatto che non siano stati intaccati in maniera irrimediabile gli assetti produttivi e organizzativi

dell'impresa e soprattutto se la crisi di liquidità riveste con buona evidenza carattere di temporaneità e di possibilità superamento.

In definitiva, l'insolvenza reversibile dell'impresa dovrebbe essere ricondotta a cause esterne, incontrollabili e temporanee, quali: i) persistenza temporanea di condizioni recessive; ii) cause esterne parzialmente controllabili in presenza di rischi potenzialmente stimabili (eccezionali ritardi o insolvenze di importanti clienti); iii) cause esterne subite per vincoli e restrizioni organizzativi o societari da parte di società capogruppo insolventi o di imprese rete dominanti (affiliante nel sistema di *franchising*, grande cliente nella rete di subfornitura) insolventi.

L' insolvenza originata da fenomeni di mercato, di relazioni commerciali e di subalternità societaria o organizzativa, può confermarsi come reversibile qualora non si presentino altri fattori sfavorevoli: k) l'incapacità o impossibilità dell'impresa, divenuta insolvente per contagio, di rigenerare rapidamente un sufficiente autofinanziamento (*cash flow*); kk) una struttura finanziaria originariamente troppo fragile (prevalente indebitamento a breve, di elevata proporzione); kkk) un livello di sottocapitalizzazione strutturale, accompagnata da assenza o carenza di possibilità di urgente ricapitalizzazione.

## 12. Osservazioni conclusive

In chiusura, pare opportuno tentare di chiarire in maniera sistematica la complessa articolazione della dialettica crisi e insolvenza, nelle diverse modalità di verificazione e di manifestazione, tenuto conto che negli ultimi 5 anni, a partire dalla legge delega n. 155/2017 il legislatore è intervenuto ricorrentemente per modificare la definizione di crisi e per rimodulare quella di insolvenza, introducendo la nozione di insolvenza reversibile.

Gli unici elementi definitori rimasti immutati sono il concetto di crisi come *probabilità di futura insolvenza* e la conservazione della nozione di crisi di cui all'art. 5 della legge fallimentare.

Il legislatore ha cercato, nel tempo, di fornire una nozione di crisi in sé, "assoluta", definendola nel CCI, prima versione, come uno "stato di difficoltà economico-finanziaria" (del debitore), per poi riqualificarla come "squilibrio economico-finanziario" (del debitore).

È stata inoltre soggiunta una nozione "relativa" di crisi, per relazione, in quanto essa esprime quello stato "*che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*", conformemente alla legge delega, che tuttavia si limitava ad enunciare la sola caratteristica relativa della crisi, intesa come "*probabilità di futura insolvenza*".

Insomma, il CCI nelle sue prime versioni ha fornito entrambe le nozioni di crisi, sia come fenomeno caratterizzato da determinate anomalie e patologie, sia come stato di probabile insolvenza.

Con il decreto legislativo n. 83/2022 si rinuncia invece *in toto* ad una nozione della crisi in sé, per enunciare solo una nozione di crisi "relativa", se ed in quanto di "*stato del debitore che rende probabile l'insolvenza, che si manifesta con diversi gradi di intensità, attraverso l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi*".

Che cosa sia la crisi in sé non è detto e non è nemmeno un ritorno alla legge delega, perché questa, comunque, evidenziava il limite di una nozione esclusivamente giuridica, inserendo una precisazione ("*tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica*"): una norma di rimando dunque, che, invece, nello schema di decreto legislativo manca.

Si perviene in definitiva ad una nozione di crisi solo per rinvio ad un altro stato (probabile), che è quello dell'insolvenza, la cui definizione resta cristallizzata nella norma già esistente nella legge fallimentare.

*Appare chiaro che, correttamente, il legislatore distingue crisi e insolvenza come fenomeni che possiedono connotazioni diverse e che la crisi non comprende l'insolvenza, semmai la sua conoscibilità preventiva la vuole evitare.*

È innegabile, in proposito, che la scienza aziendalistica veda la crisi e l'insolvenza come fenomeni di diversa natura, non coincidenti e non ricompresi l'una nell'altro, non solo per la diversità dei caratteri distintivi e per l'evidente differenza delle loro misurazioni ed evidenze empiriche, ma anche come stadi differenti del ciclo di vita dell'impresa, laddove l'unitarietà della vita aziendale collega, ma non confonde, questi fenomeni che restano comunque profondamente diversi.

È vero che sia le prime versioni che l'ultima del CCI qualificano la crisi anche come "*inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici"*, ma occorre fare bene attenzione al fatto che, giustamente, si considerano queste criticità come "manifestazione" della crisi, non come definizione della crisi in sé: altro è il fenomeno della crisi (tipicamente strategico, gestionale, organizzativo, economico) prevalentemente endo-aziendale nel suo insorgere e nel suo manifestarsi all'imprenditore e al management; altra è invece la sua manifestazione finanziaria, quindi *esterna*, perché le dinamiche finanziarie (inadeguatezza dei flussi al servizio del debito) sono prettamente operazioni o mancate operazioni di mercato, conoscibili ai terzi. Le norme, quindi, forniscono della crisi, su questo aspetto della manifestazione tramite l'inadeguatezza dei flussi di cassa, uno spaccato terminale della crisi, che attiene alla sola sua manifestazione e quindi alla conoscibilità tramite i flussi di cassa

insufficienti, che presumibilmente rendono la crisi manifesta non solo con maggiore chiarezza all'interno dei confini aziendali, ma anche all'esterno.

Trattasi di una dimensione e di uno stadio di crisi, invero, molto pericoloso:

a) sia perché quando una crisi sfocia nell'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici, è oggettivamente ad uno stadio assai avanzato (concetto di "segnali forti", chiari, ma tardivi), in quanto la concatenazione che parte dai fatti e dagli eventi, dagli ordini e dalle fatturazioni, fino alle misurazioni economiche analitiche (controllo di gestione per prodotti e per mercati), alle misurazioni economiche generali (contabilità generale), quindi alle *rilevazioni finanziarie* prospettiche, assorbe tempo alla conoscibilità della crisi, dato che le manifestazioni finanziarie sono fisiologicamente quelle terminali di un processo degenerativo, spostando in avanti - con queste premesse - le possibilità di predittività dell'insolvenza. In concreto, se la predittività dell'insolvenza viene ricondotta ai soli flussi finanziari, anche declinati a budget, la tempestività prognostica e soprattutto quella di intervento con idonee iniziative possono risultare debolmente efficaci.

b) Sia perché la manifestazione di una crisi mediante i flussi finanziari, anche prospettici, investe nell'imminenza le relazioni esterne di mercato con i vari *stakeholders*, potendo ingenerare conflitti, tensioni, reazioni ed accelerazioni della crisi e dell'insolvenza, specie da parte dei soggetti contrattualmente più forti (sistema bancario, fornitori primari), con comportamenti non del tutto controllabili da parte degli imprenditori minori. Con ciò non si vuole in alcun modo sottintendere che l'informazione, consuntiva e prospettica non debba essere prodotta: tutt'altro, dal momento che la trasparenza è oramai un valore affermato nelle corrette relazioni di mercato e intersoggettive, per il bene stesso dell'impresa. Si vuole invece evidenziare il fatto che una nozione di crisi dedotta solamente per relazione rispetto all'insolvenza probabile e agli insufficienti flussi di cassa previsti (anche fino a dodici mesi) intercetta fenomeni di crisi oggettivamente in modo tardivo, quando invece una focalizzazione, *anche*, su una natura della crisi in quanto fenomeno autonomamente configurabile, pur considerando le temute involuzioni verso l'insolvenza, permette di integrare il quadro sintomatologico e prognostico assai prima e con indizi gestionali ed economici più immediati con il fenomeno della crisi stessa e certamente con maggiore valenza segnaletica ai fini dell'accertamento delle cause e dell'adozione tempestiva delle idonee iniziative.

Ci pare, insomma, che la rinuncia a definire la crisi di per sé, come era emersa invece nel CCI con l'ottima precisazione dello" squilibrio economico-finanziario", possa produrre effetti contraddittori, in quanto:

- non identifica i caratteri distintivi della crisi e delle sue cause, che raramente sono di tipo finanziario, prevalendo invece quelli di natura economico-gestionale, che esprimono peraltro i sintomi primari e intermedi dello stato di crisi;
- rappresenta la crisi unicamente come relazione causa-effetto con l'inadeguatezza dei flussi finanziari, ancorché nella prospettiva temporale di dodici mesi (e non più di sei mesi), interessando però lo stadio terminale della crisi, quando se ne produce la manifestazione finanziaria;
- pone la crisi in funzione della predizione, della prevenzione e della soluzione tempestiva dell'insolvenza, ma non chiarisce se si debba intervenire anche alla radice e al cuore della crisi stessa, i cui effetti, posto che l'insolvenza possa anche essere evitata, comunque possono condurre alla perdita della continuità aziendale e a spostare solamente avanti nel tempo il rischio di insolvenza stesso.

Il CCI, secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, introdurrebbe un concetto di *intensità*[13] (diversi gradi) della crisi, il che solleva alcune problematiche interpretative.

L'intensità attiene all'inadeguatezza dei flussi o alla crisi in sé?

Perché se la risposta è la seconda, come pare logico e coerente con i chiarimenti del Consiglio di Stato - giacché attendere l'intensificarsi delle irregolarità dei flussi finanziari sarebbe contradditorio con l'esigenza di tempestività e di finalità prognostica dell'accertamento della crisi - sorgono obiettive perplessità che i diversi stati della crisi (dall'indebolimento, alla pre-crisi, alla crisi vera e propria, anche grave) possano produrre effetti rilevabili dai flussi finanziari inadeguati per i prossimi dodici mesi.

Si faccia il caso della pre-crisi, intesa normalmente come stadio in cui le inefficienze gestionali sono parziali, localizzate e non diffuse, certamente non irreversibili, con cause ancora controllabili e rimediabili da parte del management attraverso interventi non necessariamente straordinari e di certo senza dover fare ricorso a procedure concorsuali previste dall'ordinamento: in questa circostanza, appare assai difficile, se non inverosimile, pensare che si profilino già inadeguatezze dei flussi di cassa prospettici, per fronteggiare le obbligazioni nei dodici mesi a venire.

[13] Il Consiglio di Stato (provvedimento numero 00832/2022 e data 13/05/2022 spedizione) reputa opportuna un'ulteriore integrazione per mettere in risalto: che la definizione di "crisi" riferibile ai possibili diversi gradi di intensità, dallo stato di pre-crisi, alla crisi, alla insolvenza, arrivando a suggerire una nozione di crisi: "*La definizione potrebbe essere così riformulata: "lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza, che si manifesta con diversi gradi di intensità, attraverso l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi;"*.

La concreta realtà operativa delle imprese e le indicazioni di dottrina fanno invece propendere per una connessione con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici, così grave da non poter fronteggiare le obbligazioni dell'anno successivo, solo in presenza di una crisi alquanto intensa nel suo vigore e quindi ad uno stadio assai avanzato di maturazione.

La scelta di intercettare i flussi di cassa come *fil rouge* per qualificare la crisi e, ora, anche per graduarne l'intensità, rischia di apparire astratta, caricando di troppa rilevanza segnaletica, in ordine alla intercettazione tempestiva o addirittura precoce della crisi, i flussi di cassa, che tipicamente presentano legami indiretti, sequenziali e tardivi con i fattori reali di crisi. Certo, la misurabilità dei flussi finanziari e la possibilità di trattarli in maniera formale e algoritmica può rappresentare una tentazione ad avvalersene come strumenti rivelatori privilegiati, ma la dottrina aziendalistica insegna da sempre che necessitano strumenti diversi per diverse finalità conoscitive e che non esistono strumenti di indagine totalizzanti e universali e ciò vale anche per i flussi di cassa.

Il decreto-legge n. 118/2021 ha introdotto nel diritto della crisi anche il concetto di *probabilità di crisi*. Non vi sono precedenti di questa nozione, diversamente da quella di crisi, collaudata ad esempio per il concordato preventivo.[14]

La probabilità di crisi sposta all'indietro lo stadio patologico o di malessere della gestione dell'impresa, estendendo quindi lo spettro di condizioni oggettive interessate dalla normativa, con un ventaglio che va dunque, dallo stadio di probabilità di crisi fino all'insolvenza, sia reversibile che irreversibile, quest'ultima caratterizzante le gestioni liquidatorie atomistiche.

Il modello economico di riferimento più rilevante, per descrivere i suddetti fenomeni è quello del ciclo di vita dell'impresa, o del business (per le impese multibusiness) o dei marchi (per le imprese con portafogli marchi), a seconda della complessità aziendale.

Il ciclo di vita è una rappresentazione idealizzata dello svolgimento reale della gestione dell'impresa, che, una volta raggiunta la fase di *maturità* (dopo l'avvio e lo sviluppo), si trova in una situazione ambivalente di crescita conseguita, ma al contempo di esposizione a diversi rischi potenziali: i) diminuzione della redditività aziendale; ii) pressione competitiva dei

[14] Nella dottrina giuridica si è osservato che tale condizione, "che potrebbe definirsi di pre-crisi (…), è data da quello squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rende probabile la crisi": Ambrosini, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 17 luglio 2022, p. 10.

competitor; iii) riduzione della tensione innovativa e imprenditoriale; inizio graduale declino del prodotto o, peggio del business.

L'impresa monoprodotto e monobusiness presenta profili di rischio maggiori rispetto ad un'azienda in grado di distribuire i rischi su diversi prodotti e differenti business coerenti. Se la tarda fase di maturità non viene per tempo accompagnata da nuovi processi innovativi e di sviluppo, di crescita o qualitativo, si possono innescare percorsi di deterioramento del modello di business, che inerzialmente, procedono verso stadi di pre-crisi e di crisi.

Come ogni categorizzazione, l'individuazione di stadi involutivi e di sequenze, che in concreto possono anche risolversi in accelerazioni e sorprese, può presentare una certa semplificazione, ma è altresì opportuno ricercare una differenziazione nel *continuum* di situazioni effettive, per poter evitare un'eccessiva omogeneizzazione interpretativa.

La probabilità di crisi evocata dal legislatore del decreto-legge n. 118/2021 intende esprimere una precedente situazione di crisi non grave, caratterizzata da criticità non sistematiche, profonde e generalizzate o croniche: problemi quindi circoscritti e localizzati, in aree aziendali e geografiche, ovvero in talune fasi della catena del valore, all'interno di specifici cicli o processi (di approvvigionamento, distributivi, di particolari lavorazioni). Si tratta di erosioni dell'economicità aziendali che, se incontrollate e trascurate, possono mutare da "crisi parziale e temporanea" a "crisi d'impresa".

La crisi, piena e preoccupante, è quindi la "crisi dell'impresa", globalmente considerata, nel suo intero modello di business e quindi nell'insieme dei componenti del business: tecnologie, prodotti, clientela, mercati serviti, con evidenze quantitative rilevabili da cali di fatturato, di marginalità, di dinamiche anomale di costi.

La pre-crisi, se si vuole cogliere l'essenza di un distinguo, non è crisi dell'impresa nel suo complesso, ma di segmenti di essa osservabili e misurabili, anche economicamente soprattutto a livello analitico (redditività di prodotti, di mercati, di singoli punti vendita).

L'insolvenza, che è fenomeno certamente d'impresa nel suo complesso, è più direttamente riconducibile alla crisi, piuttosto che alla pre-crisi e ancor meno ad un primo indebolimento dell'azienda, fase, quest'ultima, più silente, meno facilmente misurabile con grandezze monetarie, ma doverosamente da sorvegliare attraverso primi segnali chiave tipici del settore (minore produttività, aumento dell'età media del personale, vetustà tecnologica degli impianti, assenza di formazione professionale, riduzione delle spese di marketing e di ricerca e sviluppo, erosione della quota di mercato, evidenze di non qualità e reclami della clientela, ritardi nell'erogazione dei servizi, accumulo di scorte, ecc.).

L'indebolimento e la precrisi sono stadi che l'impresa è in grado di fronteggiare e di superare nell'ambito di una gestione ordinaria, ovviamente reattiva, secondo capacità manageriali e risorse che l'impresa in funzionamento e matura dovrebbe avere precostituito (si pensi alle riserve di capitale). La vera (grave) crisi d'impresa necessita invece di interventi straordinari strutturati, formalizzati, dei mirati percorsi di ristrutturazione anche in via stragiudiziale (risanamenti interni) con il supporto di piani di risanamento necessari per indirizzare e monitorare l'implementazione del progetto; fino al ricorso a quelli che ora sono definiti "quadri di ristrutturazione" aziendali, nelle diverse fattispecie.

È evidente che talune soluzioni rispondono a esigenze di pragmatismo e di semplificazione metodologica. Le osservazioni qui sviluppate non vogliono esprimere censure aprioristiche, ma considerazioni critiche per l'approfondimento, il dibattito, il ricorso informato all'impiego degli strumenti proposti dall'ordinamento, la consapevolezza che la strumentazione e le soluzioni astrattamente prefigurabili possiedono specifici limiti di applicabilità nei casi concreti, stante la varietà e complessità dei contesti aziendali e di quelli interessati dalla crisi in particolare.

Emergono e vanno senz'altro salutati favorevolmente delle nuove tendenze evolutive in ambito giuridico, quali l'orientamento al futuro della conduzione dell'impresa e degli strumenti necessari per la conoscibilità sia della crisi che dell'insolvenza, con una estrema attenzione alla dimensione finanziaria, che esce dalla riforma come la dimensione della gestione aziendale considerata più rilevante, anche più, parrebbe, della tradizionale dimensione patrimoniale a cui il diritto societario e il diritto della crisi hanno in passato fatto prevalente riferimento. A tale proposito, non pare opportuno che la svolta comporti, con l'accensione di un grosso faro sulla gestione finanziaria, una messa in ombra della dimensione patrimoniale, perché questa, al di là dei flussi di periodo, peraltro breve, esprime i veri potenziali di lungo andare dell'impresa e le condizioni prospettiche più solide per una prospettazione durevole di equilibro aziendale.

# LE SEGNALAZIONI PER LA ANTICIPATA EMERSIONE DELLA CRISI. *COSÌ È SE VI PARE*[*]

STEFANIA PACCHI

**Sommario**: 1. Premessa – 2. La segnalazione dell'organo di controllo – 3. Le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati – 4. Gli obblighi di comunicazione a carico di banche e intermediari finanziari – 5. Il programma informatico di verifica della sostenibilità del debito e per l'elaborazione di piani di rateizzazione – 6. Conclusioni.

**Abstract**: con l'entrata in vigore del nuovo codice della crisi il tempestivo recepimento dei segnali di crisi diventa presupposto indefettibile per alleviare il rischio che l'impresa risulti insolvente o, quantomeno, per permetterle un più lineare processo di liquidazione. Il contributo si occupa di analizzare gli strumenti messi dal legislatore per il monitoraggio dell'attività aziendale nell'ottica di una più avveduta gestione di un'eventuale crisi.

**Parole chiave**: codice della crisi, crisi d'impresa, insolvenza, strumenti di allerta, piani di risanamento.

**Abstract**: with the entry into force of the Italian Insolvency Code ("Codice della crisi") the timely transposition of signs of crisis becomes a necessary precondition to alleviate the risk that the enterprise is insolvent or at least to allow it a more linear liquidation process. The contribute deals with analyzing the instruments made available by the legislator for the monitoring of business activity in order to a more prudent management of a possible crisis.

**Keywords**: Italian Insolvency Code ("Codice della crisi"), business crisis, Ilsolvency, alert measures, recovery plans.

[*] Il presente contributo è destinato a un volume collettaneo a cura di Stefano Ambrosini, di prossima pubblicazione per i tipi della Zanichelli.

## 1. Premessa

Da tempo la tempestività è diventata "la cifra" del diritto delle crisi. La produzione legislativa unionale - dalla Raccomandazione della Commissione Europea del 2014 alla Direttiva 2019/1023 - ci addita insistentemente questa direzione perché "Quanto prima un debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto maggiore è la probabilità che eviti un'insolvenza imminente o, nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione"[1].

Su questa linea nel 2015, muovendo ormai dalla sfiducia in comportamenti virtuosi dell'imprenditore, si affidava a una commissione di riforma, presieduta da Renato Rordorf, la *mission* di un cambio di cultura, che si riteneva indifferibile, finalizzato a un tempestivo accesso alle procedure grazie alla realizzazione di una rete di controlli funzionali al raggiungimento di un risultato utile per l'impresa, i creditori e per tutti gli *stakeholders.*

Il recepimento tempestivo dei segnali di crisi avrebbe indotto ad una pronta adozione di contromisure, a quel punto realmente efficaci, per conservare complessi produttivi ancora vitali con un miglior soddisfacimento dei creditori e indubbi vantaggi per la collettività.

Così, come punto di arrivo di un lungo percorso culturale, sociale e politico[2], accertata la "scarsa capacità delle imprese italiane – soprattutto le medie o piccole imprese - di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce, sia a causa di un qualche personalismo autoreferenziale dell'imprenditore, sia per la cronica debolezza degli assetti organizzativi dell'impresa, privi di adeguati strumenti di monitoraggio e di pianificazione anche a breve termine"[3], il Codice della Crisi e dell'insolvenza[4] introduceva la

---

[1] Così si esprime la Dir. 2019/1023 al Considerando 22.

[2] Ricorda efficacemente i "lunghi anni nei quali di prevenzione non si voleva neanche sentir parlare ed ove, anzi, i timidi accenni a strumenti di *early warning* erano visti come fumo negli occhi", A. JORIO, *Qualche ulteriore considerazione sul d.l. 118/2021, ecc.,* cit., 3 e nota 6 ove citazioni dottrinali.

[3] R. RORDORF, *Prime osservazioni sul codice della crisi e dell'insolvenza,* in *I contratti*, 2019, 133.

[4] D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, emanato in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 e pubblicato nella G.U. del 14 febbraio scorso. La disciplina dell'allerta costituiva il punto più innovativo sul quale il Legislatore del CCII *puntava molto, come dimostra anche la creazione dell'Osservatorio permanente istituito con decreto congiunto del* MISE e del MEF (art. 353 CCII) deputato a testare l'impatto delle misure d'allerta e l'utilizzo delle procedure di composizione assistita in relazione agli ambiti di operatività. Sull'evoluzione dell'istituto dell'allerta dalla prima versione del Codice della crisi a quella attuale, rinvio a

disciplina a "maglie strette"[5] degli "Strumenti di allerta" e del "Procedimento di composizione assistita" [6].

A tal fine, in quella che oggi[7] possiamo indicare come la prima versione del Codice della crisi (d.lgs. 14/2019, pubblicato nella G.U. del 14 febbraio 2019), il sistema di allerta – ossia l'impalcatura che spiegava, direi consequenzialmente, la disciplina degli strumenti per la regolazione della crisi o dell'insolvenza[8] - importava un sensibile cambiamento per tutte le imprese.

Il cambio di passo si esprimeva attraverso un organizzato monitoraggio interno - consegnato agli organi societari -, sulla gestione e sui segnali di crisi,

---

S. PACCHI, *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunismo del creditore. Dal Codice della crisi alla composizione negoziata*, in *Dir. fall.*, 2022, I, pp. 501 ss. (contributo anticipato su *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*).

[5] R. RORDORF, *Il tormentato iter della riforma del diritto concorsuale,* in *Questione giustizia*, 3/2021, afferma che "nella versione finale del codice ha preso corpo un'impostazione alquanto più burocratica e proceduralizzata, scandita da una molteplicità di termini di adempimento e di soglie di rilevanza, in cui sembra quasi che l'imprenditore sia chiamato a giustificarsi e difendersi piuttosto che ad essere coadiuvato, in un contesto che rischia perciò di evocare il clima di una procedura prefallimentare, rafforzato dalla previsione dell'intervento finale del pubblico ministero in caso di cattivo esito dei tentativi di risanamento". Sulla stessa linea già M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'Ocri,* in *www.ilcaso.it,* 9 ottobre 2019, 13.

[6] Il Codice sarebbe dovuto entrare in vigore il 15 agosto 2020. Per far fronte alla situazione emergenziale scatenata dalla pandemia per il Virus Corona-19, la prima decisione assunta dal Governo è stata quella di cui all'art. 5 del d.l n. 23 dell'8 aprile 2020 che, modificando l'art. 389 comma 1 del CCII, ne rinviava al 1° settembre 2021 l'entrata in vigore. La crisi indotta dalla pandemia determinava il Governo ad assumere questa decisione perché – secondo quella che era la motivazione dominante - l'introduzione dei nuovi sistemi di allerta, in un contesto economico scompigliato dalle misure sanitarie per fronteggiare il virus, avrebbe determinato la segnalazione anche di imprese notoriamente solide ma fiaccate dalla contrazione della domanda e dai ritardi nei pagamenti. S. AMBROSINI, *La <<falsa partenza>> del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole,* in *www.ilcaso.it,* 21 aprile 2020.

[7] Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è entrato in vigore – armonizzato con la Direttiva UE 2019/1023 dal d.lgs. 83/2022 - lo scorso 15 luglio. Per una perimetrazione del d.lgs. 83/2022, in particolare, S. AMBROSINI, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo),* in ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 18.7.2022. Per una esposizione sul codice vigente, S. PACCHI – S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, II ed., aggiornata al d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, Bologna, 2022.

[8] Sulla centralità del sistema di allerta nell'impianto originario del Codice insiste anche M. SCIUTO, *Quel che resta degli obblighi di segnalazione nel Codice della crisi*, in *www.ilfallimentarista,* Focus del 29 luglio 2022.

rafforzato poi dal coinvolgimento di una serie di soggetti esterni (revisore, banche e altri intermediari finanziari, creditori pubblici qualificati) in veste di segnalatori/pungolatori che avrebbero dovuto essere incentivati a un comportamento attivo da un corredo sanzionatorio e/o premiale[9].

In quel quadro, sugli organi interni dell'impresa - imponendo sia l'istituzione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati che la verifica incessante sulla loro conformazione e funzione (adeguatezza) - incombeva il compito di cogliere ogni sintomo di malfunzionamento mentre ai creditori qualificati, esterni ma pur collegati all'attività, vigilando sullo stato delle obbligazioni facenti capo all'impresa, spettava quello di denunciare tempestivamente agli amministratori alterazioni o ritardi significativi negli adempimenti, provocando una loro attivazione.

La rete del "primo" Codice aveva però un'ulteriore funzione di impulso – che distingueva quel regime di allerta – dovendo l'organo amministrativo, recepite le segnalazioni, attivarsi immediatamente e, allora, scegliere il percorso ritenuto più adeguato alla dimensione e natura della crisi, altrimenti innescandosi un meccanismo che avrebbe forzatamente immesso l'impresa nella composizione assistita – sbocco di un percorso la cui gestione era affidata agli OCRI - o, altrimenti, verso la liquidazione giudiziale.

Si trattava di un sistema di allerta che sarebbe stato oggetto o di plauso (da parte di chi fosse convinto della necessità di un regime cogente) o, viceversa, di aspre censure da parte di chi vedeva nella rigidità del palinsesto e nella spinta (forte, niente affatto "gentile") verso la concorsualità, un attentato alla libertà di iniziativa economica.

Appena scoppiata la pandemia, la presenza di un sistema di allerta "forte" ed eterogestita è stata la causa principale del rinvio del Codice della crisi seguita dall'introduzione della composizione negoziata, dapprima quale misura compensativa e poi sostitutiva dell'allerta di cui al d.lgs. 14/2019. L'inadeguatezza dell'allerta codicistica rispetto al mutato contesto economico - soprattutto in termini di eccessiva onerosità di quel modello, ruotante attorno agli OCRI, rispetto a quello di preallarme caratterizzante la composizione negoziata - veniva sottolineata nel dicembre 2021 anche dallo stesso Ministero della giustizia nelle note di avanzamento delle misure del PNRR.

La sua sostituzione con la composizione negoziata[10] (introdotta dal d.l. 118/2021, conv. in L. 147/2021, e poi – ad opera del d.lgs. 83/2022 - rifluita nel

[9] Il corredo sanzionatorio ha prodotto però perplessità e v. M. SCIUTO, *op.cit.*

[10] Tra i molti commenti al d.l. n. 118 che evidenziano il cambio di registro rispetto all'allerta della prima versione del codice della crisi, S. PACCHI, Le *misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*,

Titolo II, artt. 12 e ss. del codice della crisi in sostituzione della disciplina dell'allerta) ha sancito il rifiuto di questo cambio di cultura[11] e il passaggio da una "spinta forte" a una "spinta gentile".

Questa transizione è evidenziata non solo dall'introduzione della composizione negoziata quale sostituta dell'impianto codicistico dell'allerta ma, soprattutto, dall'altalenante esistenza e consistenza[12] delle segnalazioni

in *Ristrutturazioni aziendali*, 9 agosto 2021; S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata: caratteri e presupposti*, in *www.ilcaso.it*, 2021; I. PAGNI E M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata e viceversa*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 2 novembre 2021; S. LEUZZI, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal d.l. 118 del 202*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 28 settembre 2021; A. JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 1° ottobre 2021; A.I. BARATTA, *I nuovi strumenti disciplinati dal d.l. 118/2021: le mutate esigenze a seguito della pandemia*, in G. SANCETTA – A.I. BARATTA – C. RAVAZZIN, *La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa,* Milano, 2022, p. 1 ss.

[11] Per un accenno al rifiuto del cambio di cultura, S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili*), cit.

[12] Non vi è dubbio che la disciplina delle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati è stata, fin dall'inizio, tormentata. La prima modifica all'originaria disposizione (di cui all'art. 15 del Codice della crisi) fu introdotta ad opera del DLgs. 26 ottobre 2020 n. 147 (decreto "correttivo") che stabilì l'obbligo per l'Agenzia delle Entrate di attivare di attivare la segnalazione quando l'esposizione debitoria dell'impresa avesse superato l'importo "rilevante". Originariamente l'art. 15 prevedeva che la quantificazione dell'importo "rilevante" fosse ancorata a parametri percentuali ( al totale del debito scaduto e non versato per IVA, risultante dalla comunicazione della liquidazione periodica, pari ad almeno il 30% del volume d'affari del medesimo periodo e, nel contempo, non inferiore a 25.000, 50.000 e 100.000 euro, rispettivamente per imprese con volume d'affari realizzato nell'anno precedente fino a 2.000.000, 10.000.000 e oltre 10.000.000 di euro). Abrogata dal correttivo la soglia rilevante necessaria per attivare l'allerta esterna da parte dell'Agenzia delle Entrate, la norma risultante dal correttivo richiedeva un debito IVA scaduto e non versato, risultante dalla comunicazione della liquidazione periodica, non inferiore a 100.000, 500.000 e 1.000.000 di euro rispettivamente per un'impresa con volume d'affari, risultante dalla dichiarazione dell'anno precedente, fino a 1.000.000, 10.000.000 e oltre 10.000.000 di euro. Il d.lgs. 147/2020 fissava, inoltre, in sessanta giorni dalla comunicazione di irregolarità (art. 54-*bis*, comma 1 del DPR 633/1972), il limite di tempo entro cui l'Agenzia era tenuta ad effettuare la segnalazione all'impresa. Con il decreto correttivo veniva innalzata la soglia dell'allerta con l'effetto di ridurre il numero di segnalazioni dell'Agenzia delle Entrate. Di fatto assistevamo al primo depotenziamento del sistema per "emersione anticipata della crisi" per il quale il legislatore aveva introdotto le procedure di allerta e di composizione assistita.

esterne che, rispetto all'originaria previsione, escono marginalizzate a partire (come diremo anche più avanti) dalla loro collocazione in seno alla disciplina.

Se, infatti, la spinta gentile dell'iniziale disciplina del d.l. 118/2021 riposava evidentemente nella convinzione della sufficienza di un *input* proveniente dall'organo di controllo interno (non più accompagnato da quello del revisore), escludendo quindi le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati, è con la L.233/2021 (di conversione del d.l. 152/2021) che queste vengono reintrodotte se pure aggiustate al nuovo registro stilistico della tempestività[13].

Con il d.l. 152/2021, il legislatore fa tornare alla ribalta l'allerta esterna, perché in quel momento probabilmente è stato incalzato, da una parte, dalle critiche[14] per un rinvio della disciplina che pareva significare la messa in soffitta del "cuore" del Codice, - l'allerta appunto – dall'altra dai dubbi di efficacia della spinta "gentile" che avrebbe dovuto caratterizzare l'istituto della composizione negoziata e, dall'altra ancora, dall'appuntamento, ormai indifferibile con il recepimento della Direttiva *Insolvency* che lega in una relazione simbiotica i quadri di ristrutturazione preventiva alla tempestività[15].

Successivamente, però, le segnalazioni vengono risistemate ad opera del d.l. 83/2022 di recepimento della Direttiva senza, tuttavia, riacquisire la posizione di centralità che avevano nel disegno originario del codice, né la loro carica di meccanismo per l'immissione quasi "coattiva" nello strumento concorsuale.

Ma ciò non è tutto.

Entrato in vigore dopo ripetuti rinvii - il 15 luglio 2022 – il Codice della crisi, molte imprese hanno iniziato a ricevere da parte dell'Agenzia delle Entrate le segnalazioni circa l'esistenza di inadempimenti. Così il legislatore è nuovamente intervenuto per ridurre le criticità derivanti dall'ammontare del debito IVA collegato al meccanismo d'allerta dell'Agenzia delle Entrate.

A pochi giorni di distanza dall'entrata in vigore del Codice, con un emendamento approvato dalla Camera in sede di conversione in legge del D.L. n.73/2022 (c.d. Decreto Semplificazioni fiscali), è stata quindi modificata

---

[13] F. CESARE, *Torna l'allerta esterna ridimensionata nella composizione negoziata della crisi,* in *ilfallimentarista.it,* 4 gennaio 2022.

[14] D. GALLETTI, *È arrivato il venticello della controriforma? Così è, se vi pare,* in *www.ilfallimentarista.it;* ID., *Breve storia di una (contro)riforma "annunciata", ivi,* 1°settembre 2021; F. LAMANNA, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema dell'allerta, ivi,* 25 agosto 2021.

[15] Il nesso tra *early warning tools* e quadri di ristrutturazione viene evidenziato da ultimo da L. PANZANI, *La composizione negoziata alla luce della Direttiva* Insolvency, in *www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it,* 31 gennaio 2022, 3 ss.

ulteriormente la disciplina delle segnalazioni, a carico dell'Agenzia delle Entrate, finalizzate a indurre l'impresa verso la composizione negoziata.

## 2. La segnalazione dell'organo di controllo

La composizione negoziata - percorso riservato**,** protetto e facilitato per il risanamento tempestivo di quelle imprese che, pur trovandosi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario tali da rendere probabile la crisi o l'insolvenza, abbiano le potenzialità necessarie per rimanere sul mercato – **"**si colloca nell'ampio ambito di armonizzazione sul piano del rafforzamento degli strumenti di allerta precoce, volti ad individuare il prima possibile situazioni economico finanziarie tali da rendere concretamente probabile l'insolvenza del debitore. Su tale sfondo, il diritto interno si arricchisce mediante uno strumento extragiudiziario per ricercare una soluzione della crisi anticipata, che sia in grado di evitare ove possibile anche il ricorso ai quadri di ristrutturazione preventiva, oltre che le procedure di insolvenza"[16].

Conseguentemente la composizione negoziata è stata corredata di un sistema di segnalazioni per indurre l'impresa a valutare tempestivamente questa opzione.

L'idea di fondo che pervade la disciplina scolpita nel Capo III del Titolo II agli artt. da 25-octies a 25-*decies* fa perno sulla predisposizione di un monitoraggio continuo – condotto sia all'interno che all'esterno dell'impresa – sui risultati di gestione e sull'adempimento di obbligazioni selezionate sulla base della particolare collocazione pubblicistica. In funzione di ciò la composizione negoziata – pur trattandosi di un percorso volontario – può essere attivata su impulso dell'organo di controllo, di alcuni creditori pubblici qualificati e delle banche.

A questi soggetti la legge attribuisce il compito di trasmettere all'impresa il rilevamento di una situazione o di singoli episodi, possibili espressioni di disagio economico e/o di tensione finanziaria, tali da consigliarne una valutazione da parte degli amministratori al fine di decidere l'opportunità di accedere alla composizione negoziata.

Il codice pretende (art. 3) che tutte le imprese – individuali, societarie, commerciali e no, e anche quelle non formalmente imprenditoriali (associazioni, fondazioni e consorzi che esercitano un'impresa), – siano dotate di una rete di monitoraggio attraverso - nelle imprese individuali - la

[16] Così si è espresso – a p.11 - il Consiglio di Stato nel parere del 1° aprile 2022 sullo Schema di decreto legislativo recante modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14.

predisposizione di misure idonee e – in quelle collettive - la creazione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati e funzionali alla tempestiva rilevazione dello stato di crisi attraverso determinati segnali (art. 3, comma 4) e all'assunzione di idonee iniziative.

All'organo di controllo (art. 2403, comma 1, c.c.) compete il monitoraggio incessante sulla loro conformazione, sull'adeguatezza (in termini di corrispondenza alla dimensione dell'impresa e alle esigenze gestionali) e sulla capacità di cogliere ogni sintomo di malfunzionamento o di disagio economico, finanziario o patrimoniale[17]. A ciò si accompagna, in virtù della sua funzione di controllo, la rilevazione di ogni segno di possibile crisi.

Il codice della crisi (art. 25-octies) attribuisce, infatti, all'organo di controllo il compito – proprio della funzione di «vigilante e referente» – di segnalare tempestivamente il rilevamento di una condizione di «sofferenza» che integri gli estremi dei presupposti per la richiesta della nomina dell'esperto.

Operativamente l'organo di controllo deve individuare i sintomi (presupposto per la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto *ex* art. 12), e descriverli con una immediata segnalazione agli amministratori dotata però di efficacia meramente interna alla società.

Siamo, quindi, sulla linea di un flusso informativo tra organo di controllo e organo amministrativo in virtù della reciproca collaborazione per la ricerca di soluzioni idonee. All'organo di controllo non compete, quindi, la decisione (circa) e l'attivazione della procedura, la cui titolarità spetta esclusivamente agli amministratori. Anche in presenza di segnali di crisi, la ripartizione di competenze tra gli organi della società rimane netta.

La sequenza che dobbiamo immaginare è la seguente. In primo luogo, l'organo di controllo svolge – in funzione della prevenzione – la vigilanza sull'adeguatezza degli assetti amministrativi, organizzativi e contabili, nel contempo, però, cogliendo tempestivamente gli eventuali sintomi di squilibrio[18]. In secondo luogo, nel caso in cui questi ultimi emergano, lo stesso

[17] Le misure e gli assetti sono idonei recettori quando consentono di: a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore; b) verificare la non sostenibilità dei debiti e l'assenza di prospettive di continuità aziendale per i dodici mesi successivi e i segnali di allarme identificati dall'art. 3, comma 4; c) ricavare le informazioni necessarie a seguire la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento (di cui all'art. 13 del codice e a suo tempo introdotto dal d.m. 28 settembre 2021 recependo l'art. 3 della l. 147/21).

[18] Sono per il codice elementi di allarme: a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore

organo di controllo è tenuto a informare e stimolare l'organo amministrativo perché compia le proprie valutazioni alla luce della complessiva attività gestoria e se del caso assuma i rimedi finalizzati a prevenire la degenerazione della crisi.

L'art. 25-*octies*, comma 1, non si limita, però, a descrivere il contenuto dell'obbligo di segnalazione perché poi dispone anche in ordine alle modalità con cui la segnalazione dell'organo di controllo deve essere veicolata all'organo gestionale. Il tracciamento è d'obbligo.

La segnalazione deve essere formulata per iscritto ed indirizzata al consiglio di amministrazione o all'amministratore unico con modalità che ne assicurino la prova di avvenuta ricezione; deve altresì essere motivata e contenere un congruo termine non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve fornire indicazioni circa le misure intraprese per fronteggiare la situazione oggetto di segnalazione da parte dell'organo di controllo, il quale valuterà, quindi, le iniziative assunte.

A seguito della comunicazione ricevuta, infatti, l'organo amministrativo potrà presentare istanza di composizione negoziata oppure dovrà confutare con valide argomentazioni le analisi condotte o le conclusioni tracciate dal creditore pubblico nella segnalazione.

Oltre a ciò, l'art. 25-*octies* investe il collegio sindacale di un ruolo di controllo e vigilanza, secondo i tradizionali canoni civilistici, anche nella fase successiva all'entrata nella composizione negoziata e, quindi, nel corso delle trattative, restando così onerato dei controlli di cui all'art. 2403 c.c. e conseguentemente dovendo proseguire il monitoraggio sul rispetto della legge, dello statuto e della corretta amministrazione.

Tale organo è l'interlocutore «privilegiato» – perché particolarmente qualificato – dell'esperto che, nello svolgimento delle sue valutazioni sullo stato di risanabilità dell'impresa e nella conduzione delle trattative, si avvale, appunto, delle informazioni fornite dall'organo di controllo.

Di indubbia rilevanza è la sua funzione di interlocuzione con l'esperto rispetto alla gestione esercitata e agli eventuali atti pregiudizievoli posti in essere dagli amministratori. In proposito, l'organo di controllo dovrà vigilare sull'osservanza dell'art. 9 accertando il rispetto della informativa preventiva nei

---

a quello dei debiti non scaduti; c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni; nonché d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25-*novies*, comma 1, che siano oggetto di segnalazioni dei creditori pubblici.

confronti dell'esperto di cui è onerato l'organo amministrativo nel caso di esecuzione di atti di straordinaria amministrazione.

In sostanza, nel corso della composizione negoziata la vigilanza dell'organo di controllo dovrà essere intensificata su tutti gli atti programmatici e gestori dell'impresa, in particolare dovendo verificare che il patrimonio e l'impresa vengano gestiti in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria e, quindi, nel pieno rispetto di quei criteri finalizzati alla tutela degli interessi dei creditori.

Infine, occorre segnalare che (art. 25-*octies*, comma 2) la tempestiva segnalazione all'organo di gestione da una parte e la vigilanza sulle trattative dall'altra, sono valutate ai fini della sua responsabilità ai sensi dell'art. 2407 c.c.

Preme sottolineare che l'adempimento da parte dell'organo di controllo esclusivamente al dovere di tempestiva segnalazione non può essere ritenuto di per sé una causa di esclusione della responsabilità, qualora l'organo amministrativo, a seguito della segnalazione, abbia tenuto un comportamento inerte ovvero abbia adottato iniziative anomale senza che ciò abbia determinato una reazione supplementare del controllante. L'ordinamento attribuisce, infatti, all'organo di controllo ulteriori strumenti di tutela (la convocazione dell'assemblea *ex* art. 2406, comma 2, c.c. o anche, sussistendone i presupposti, la denunzia al tribunale *ex* art. 2409 c.c.) all'esperimento dei quali l'organo di controllo è comunque tenuto.

Questa conformazione dell'attività dell'organo di controllo societario rispetto al meccanismo dell'allerta del Codice adesso vigente ha suscitato forti perplessità in quanto aprirebbe a un ampliamento della responsabilità nel giudizio *ex post* sull'operato dei sindaci. In un attento commento viene rilevato che l'ampiezza delle previsioni di cui all'art. 15 d.l. 118/2021 "lascia un maggior ambito di discrezionalità all'organo giudiziale, sia sotto il profilo dell'*an* della responsabilità, che del nesso causale con i danni, ponendo la necessità di riflettere anche sulla sua possibile applicazione ai fini della quantificazione del danno"[19].

La successiva valutazione di ogni elemento sintomatico compiuta alla luce dei fatti poi realmente accaduti potrebbe condurre a una responsabilità dei

[19] R. BROGI, *Conversione decreto crisi d'impresa in G.U.: ultima chiamata per l'emersione volontaria della crisi?*, in *Quotidiano giuridico.it*, 25 ottobre 2021.

sindaci per la loro omessa reazione per fatti ancorché prima non fossero conoscibili[20].

Conseguentemente il vertice rappresentativo della categoria professionale più frequentemente chiamata a ricoprire la carica di sindaco ha dichiarato in più occasioni che il sistema attuale risulta incoerente, proponendo di tracciare il perimetro delle responsabilità e di introdurre una soluzione tecnica per una determinazione quantitativa al danno risarcibile che potrebbe ricondursi alla tecnica dei multipli dei compensi attribuiti[21].

### 3. Le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati

Il codice della crisi intende costruire una solidarietà per raggiungere un risultato utile per le parti e per tutti gli *stakeholders*.

Così sono coinvolti anche alcuni qualificati creditori pubblici (Inps, Inail, Agenzia delle entrate, Agenzia delle entrate-riscossione) perché diano il loro contributo all'emersione tempestiva della crisi in presenza di inadempimenti di un determinato importo.

In questo senso il ruolo dei creditori pubblici qualificati riveste importanza per due motivi. In primo luogo, è noto che le imprese dinanzi alle prime difficoltà si finanziano sospendendo i pagamenti dovuti nei confronti di questi enti che così nelle procedure concorsuali vantano per lo più importi cospicui. In

[20] Sulle responsabilità dell'organo di controllo, v. anche N. ABRIANI – N. CAVALLUZZO, *Composizione negoziata e stop all'allerta esterna, Crisi d'impresa. Le nuove misure,* in *Il Sole 24 Ore,* 9 settembre 2021.

[21] Con una lettera scritta dal Presidente dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili al ministro della giustizia e al sottosegretario (riportata per brani nella nota redazionale *Limiti quantitativi alla responsabilità dei sindaci: la richiesta del Cndcec,* in *ilsocietario.it,* 27 giugno 2022) si chiede una revisione oggettiva della responsabilità civile dei componenti degli organi di controllo delle società di capitali in quanto vi è la "necessità di sistema che ad una sempre più ampia discrezionalità di giudizio attribuita all'organo di controllo societario finalizzata a favorire la più tempestiva emersione della crisi di una impresa, non debba corrispondere una responsabilità indiscriminatamente ampliata nel giudizio *ex post* che può esser dato di quell'operato". Peraltro, tale esigenza di riforma – *melius* di perimetrazione – del regime della responsabilità dell'organo di controllo societario è emersa anche nei lavori Parlamentari, relativi allo schema di decreto legislativo recante modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione alla direttiva Ue 2019/1023. Le Commissioni Giustizia di Camera e Senato hanno osservato come il compito di segnalare all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto per l'avvio della composizione negoziata, "*rende molto incerta la responsabilità degli organi di controllo*", facendo peraltro presente che "*andrebbe valutata l'introduzione di una migliore delimitazione della responsabilità degli organi di controllo, anche in ottica della riforma delle norme penali fallimentari*".

secondo luogo, per la natura e l'oggetto della loro attività, sono investiti di una funzione socialmente rilevante che impone un loro contributo attivo nell'emersione tempestiva della crisi.

Ai creditori pubblici qualificati, quali soggetti esterni ma pur collegati all'attività, spetta quindi il compito di vigilare sullo stato delle obbligazioni facenti capo all'impresa debitrice denunciando tempestivamente all'imprenditore (o, se impresa societaria, agli amministratori) e, se esistente, all'organo di controllo - in caso di organo collegiale, al presidente del collegio sindacale -ritardi significativi negli adempimenti affinché questi si attivino per verificarli e valutarli assumendo eventualmente la decisione di chiedere la nomina dell'esperto per la composizione negoziata o di accedere direttamente ad uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Le segnalazioni dovranno essere anche valutate dagli organi di controllo societario (art. 25-*octies*) i quali dovranno stimolare gli amministratori, *in primis*, ad una verifica della situazione e, solo se da essi ritenuti sussistenti i presupposti, ad attivare la composizione negoziata.

Si tratta, dunque, di una disciplina (necessariamente) diversa rispetto a quella racchiusa nella prima versione del codice perché funzionalmente orientata non già ad immettere forzatamente l'impresa in un sentiero tracciato bensì a incentivare i destinatari delle comunicazioni ad attivarsi preventivamente per la verifica del presupposto del "*going concern*"[22].

Si tratta, quindi, di una disciplina diretta essenzialmente a migliorare l'efficienza della composizione negoziata favorendone l'utilizzazione, tanto ciò è vero che queste segnalazioni – a differenza di quelle presenti nella prima versione del codice – sono rivolte esclusivamente al debitore, e devono contenere l'invito a richiedere la composizione negoziata della crisi, rimettendo però allo stesso debitore la valutazione se gli inadempimenti rilevati determinino quella situazione di squilibrio economico, patrimoniale e finanziario che legittima l'accesso al percorso negoziale.

Rispetto agli obblighi di segnalazione della prima versione del codice sono consequenzialmente calibrati su soglie inferiori, tenuto conto che hanno una funzione esclusivamente informativa nei confronti dell'impresa. Gli obblighi di segnalazione previsti dal Codice della crisi d'impresa sono, invece, indirizzati a costringere l'impresa ad attivarsi quando la situazione è già grave.

[22] Da atto di questa mutata impostazione anche la Circolare di Assonime n. 8 del 17 febbraio 2022 dal titolo "Composizione negoziata della crisi: segnalazioni dei creditori pubblici qualificati e altre misure".

Si tratta, allora, di un supporto all'impresa che – grazie alla segnalazione - viene posta in grado di valutare se ricorrano i presupposti per l'apertura della composizione negoziata e non di un "attacco" per costringere l'impresa ad immettersi in un percorso quando non sia necessario.

La segnalazione non ha come conseguenza inevitabile l'attivazione della composizione negoziata della crisi. «La segnalazione non comporta, dunque – si legge nella circolare Assonime n. 8 del 17 febbraio 2022 –, alcun obbligo di attivazione della composizione negoziata, ma solo un dovere in capo agli organi sociali di verificare se i ritardi segnalati costituiscano sintomi di crisi o di minaccia per la continuità aziendale, al fine dell'adozione dei rimedi più idonei. Tale attività di verifica si inserisce nel quadro degli ordinari obblighi degli organi sociali delineati dall'articolo 2086 e 2403 del Codice civile».

È un intervento legislativo da leggersi sotto il profilo dell'incremento dell'efficienza dello strumento, efficienza per la quale è stato introdotto, come diremo, anche un nucleo di disposizioni tecniche a supporto della circolazione delle informazioni e della documentazione.

Come deve essere letto allora il meccanismo? La disciplina racchiusa nell'art. 25-*novies* individua i creditori pubblici qualificati investendoli di un ruolo propulsivo nei confronti dell'imprenditore (unico soggetto legittimato all'iniziativa) affinché questi, in presenza di determinati inadempimenti (con particolare valenza sociale), valuti l'opportunità di avvalersi della composizione negoziata. Questi creditori hanno a disposizione (artt. 14, comma 1, e 15) – attraverso la piattaforma telematica di accesso alla composizione negoziata – le informazioni relative a Centrale rischi di Bankitalia, oltre alla documentazione caricata dall'imprenditore nella fase di ingresso alla procedura o successivamente.

La norma fissa: 1) gli importi dei debiti in presenza dei quali scatta a carico del creditore l'obbligo della segnalazione; 2) il termine entro cui trasmettere la segnalazione; 3) l'ambito di applicazione temporale delle disposizioni di cui all'art. 25-*novies*.

La disposizione prevede che:

1) l'Inps (Istituto nazionale della previdenza sociale) segnali i ritardi di oltre novanta giorni del pagamento di contributi per somme superiori al trenta per cento di quelli relativi all'anno precedente; e a 15.000 euro, ridotti a 5.000 se non ci sono dipendenti;

2) l'Inail (Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro) segnali l'esistenza di un debito per premi assicurativi scaduto da oltre novanta giorni e non versato superiore all'importo di euro cinquemila;

3) l'Agenzia delle entrate, segnali l'omesso versamento del debito Iva superiore all'importo di euro 5.000, che emerge risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche di cui all'art. 21-bis, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122);

4) l'Agenzia delle entrate-riscossione, segnali l'esistenza di crediti affidati, autodichiarati o definitivamente accertati scaduti da più di novanta giorni e superiori a centomila, duecentomila o cinquecentomila euro rispettivamente per imprese individuali, società di persone, altre società.

Si nota un abbassamento della soglia del debito insoluto che fa scattare la segnalazione rispetto all'art. 15 (della prima versione del Codice della crisi) che, tuttavia, è in linea con la volontà legislativa di indurre da una parte il creditore ad entrare in azione precocemente secondo quanto il nuovo setting di cui al d.l. 118 impone – nell'attuale situazione forse con eccessiva anticipazione – e, dall'altra, il debitore a non fare ricorso alla leva tributaria e, se vi ricorra, a regolarizzare quanto prima la posizione debitoria o ad accedere alla composizione negoziata.

L'art. 25-*novies* non si applica alle situazioni di sofferenza esistenti alla data di entrata in vigore del codice della crisi. Queste disposizioni, infatti, si applicano:

a) per l'Inps, in relazione ai debiti accertati a decorrere dal 1° gennaio 2022 e per l'Inail in relazione ai debiti accertati a decorrere dall'entrata in vigore del codice della crisi.

b) per l'Agenzia delle entrate, in relazione ai debiti risultanti dalle comunicazioni periodiche relative al primo trimestre dell'anno 2022;

c) per l'Agenzia delle entrate-riscossione, in relazione ai carichi affidati all'agente della riscossione a decorrere dal 1° luglio 2022.

Le segnalazioni devono essere inviate entro sessanta giorni dall'avveramento delle seguenti condizioni:

a) per l'Agenzia delle entrate, dal termine di presentazione delle comunicazioni di cui all'art. 21-*bis*, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. in l. 30 luglio 2010, n. 122);

b) per l'Inps, l'Inail e l'Agenzia delle entrate-riscossione, dal verificarsi delle condizioni o dal superamento degli importi indicati nell'art. 25-*novies*, comma 1.

La disciplina delle segnalazioni esterne continua però – come ho avvertito fin dall'inizio - ad essere travagliata[23]. Queste previsioni contenute nel Codice della crisi al momento della sua entrata in vigore hanno, infatti, generato subito diffusi malumori[24] approdati in ripetute censure tali da indurre il legislatore a un ulteriore ripensamento. È stato paventato – come conseguenza delle segnalazioni da parte dell'Agenzia delle entrate – un effetto domino, le imprese dovendo "fare i conti con possibili i rischi bancari e il peggioramento del rating"[25].

Così – come ho già detto nella premessa – il 30 luglio 2022 è stato licenziato dalla Camera il testo di conversione in legge del decreto sulle "Semplificazioni" (D.L. 21 giugno 2022, n. 73), che è passato al Senato per l'approvazione definitiva.

In base all'emendamento approvato (n. 37.0.500) si dispone che la comunicazione dell'Agenzia delle Entrate vada effettuata in presenza di un debito IVA non inferiore al 10% del volume d'affari dell'impresa relativo al periodo d'imposta precedente, e comunque di un debito IVA superiore a 20.000 euro. Nella formulazione originaria della norma, invece, era contemplata una segnalazione del creditore fiscale in presenza di un debito IVA superiore a 5.000 euro. Alla luce del suddetto emendamento, dunque, nessuna comunicazione sarà effettuata dall'Agenzia delle entrate in caso di debito delle imprese inferiore al 10% del volume d'affari, se, comunque, lo stesso non è superiore alla soglia di 20mila euro.

È inoltre previsto che le segnalazioni siano inviate dall'Agenzia delle Entrate contestualmente alla comunicazione di irregolarità di cui all'art. 54-bis del D.P.R. n. 633/1972 e, comunque, non oltre 150 giorni (e non più 60) dal termine di presentazione delle comunicazioni di cui all'art. 21-bis del D.L. n. 78/2010. L'emendamento contiene anche una modifica dei termini di vigenza della

[23] Già in seguito all'emergenza pandemica fu previsto uno slittamento dell'obbligo delle segnalazioni di cui agli artt. 14 e 15 (M. POLLIO e S. BRAMBILLA, *Crisi, procedure d'allerta pericolose come il virus,* in *ItaliaOggi,* n. 52, del 3 marzo 2020, p.25). Ad opera dell'art. 22 del d.l. 23/2020 fu introdotto un ulteriore periodo al secondo comma dell'art. 389 del Ccii, in base al quale «le disposizioni di cui agli articoli 14 e 15, relative all'obbligo di segnalazione, si applicano a decorrere dal 15 febbraio 2021». La norma si dirigeva alle segnalazioni cui sarebbero stati obbligati i sindaci e revisori (segnalazioni interne) e a quelle a carico dei creditori pubblici.

[24] M. POLLIO, *Imprese obbligate alla composizione della crisi,* in *ItaliaOggi,* n. 140, del 16 giugno 2022, p.27.

[25] La notazione è di M. POLLIO, *Alert del fisco con effetto domino,* in *ItaliaOggi,* n. 156, del 5 luglio 2022, p.25.

disposizione, non più applicabile in relazione ai debiti risultanti dalle comunicazioni periodiche relative al primo trimestre dell'anno 2022, ma dal secondo trimestre.

Una disposizione analoga dovrebbe essere introdotta anche in relazione agli importi del debito cui sono riferite le segnalazioni degli altri "creditori pubblici qualificati", quali l'INPS (debito per contributi superiore a 15.000 euro in presenza di lavoratori subordinati) e l'INAIL (debito per premi assicurativi superiore a 5.000 euro).

La segnalazione diretta (soltanto) all'imprenditore e, ove esistente, all'organo di controllo, innesca un'induzione alla composizione negoziata in quanto deve contenere l'invito a richiederla. La segnalazione, qualunque sia l'effetto che produce sull'impresa non ha però "capacità espansiva", rimanendo sconosciuta all'esterno.

La segnalazione deve essere tracciabile per cui la legge ne dispone l'invio tramite posta elettronica certificata o, in mancanza, mediante raccomandata con avviso di ricevimento inviata all'indirizzo risultante dall'anagrafe tributaria.

Alla luce di queste previsioni, si tratta di obblighi di natura informativa, diretti ad attivare un meccanismo di monitoraggio esclusivamente interno all'impresa, funzionale ad incentivare l'imprenditore a valutare la portata della propria esposizione debitoria verso i creditori pubblici e se essa possa determinare, anche in concomitanza con altri fattori, la condizione di squilibrio economico, patrimoniale o finanziario che consente di richiedere la nomina dell'esperto e di avviare il tentativo di ristrutturazione negoziale.

Amministratori e organo di controllo dovranno valutare le informazioni e desumerne la capacità segnaletica della condizione di crisi. Il ritardo di un modesto versamento Iva può essere dovuto a semplice dimenticanza, regolarizzabile facilmente. L'omesso versamento di importi più significativi, perdurante dopo centocinquanta giorni indica, invece difficoltà maggiori che richiedono un'immediata investigazione.

Quindi, l'organo di controllo dovrà chiedere agli amministratori (art. 25-octies), di riferire tempestivamente sulle iniziative intraprese, valutare poi l'adeguatezza delle azioni proposte, anche alla luce dei dati consuntivi e prospettici che l'assetto amministrativo e contabile adottato dovrebbe rendere disponibili. Se la reazione degli amministratori non apparisse sufficientemente solida o credibile, l'organo di controllo potrebbe rinnovare l'invito a valutare il ricorso alla composizione negoziata o ad altri strumenti di soluzione della crisi.

Ove, invece, gli amministratori assumano una qualsiasi iniziativa per comporre la crisi, l'organo di controllo vigilerà sulla realizzazione dello strumento adottato.

Riproduzione riservata 

In assenza di reazione da parte degli amministratori, l'organo di controllo dovrà invece adottare – come già detto nel paragrafo precedente – le iniziative che la legge gli riconosce, che per i sindaci possono giungere fino alla denuncia di gravi irregolarità (art. 2409 c.c.).

## 4. Gli obblighi di comunicazione a carico di banche e intermediari finanziari

Nell'ambito della spinta verso l'emersione e la composizione tempestiva della crisi, il legislatore richiede oggi anche alle banche – e questo è un *novum* per il nostro ordinamento – pur non ricomprese tra i creditori pubblici qualificati, un comportamento attivo, facilitato dal monitoraggio sul rischio di credito di ciascuna posizione che esse continuativamente eseguono.

Nel quadro, scolpito nell'art. 4 e contraddistinto (nel comma 4) dal dovere di leale collaborazione posto a carico dei creditori, emerge (art. 25-*decies*) l'obbligo per le banche e gli intermediari finanziari di dare notizia agli organi di controllo societari delle variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti comunicate al cliente, vale a dire di ogni mutamento significativo – sia successivo che preventivo – di ciascun rapporto in corso o della valutazione della banca rispetto all'impresa nella concessione di finanziamenti richiesti[26].

Di nuovo, quindi, la sollecitazione, che si provoca mediante il flusso informativo, - peraltro duplicazione di un'informazione già resa all'impresa e, quindi, all'organo gestorio - è diretta «anche» all'organo di controllo (dopo che è stata rivolta all'organo gestorio) affinché questi possa intervenire prontamente sia individuando i motivi – muovendo dalla verifica dell'adeguatezza degli assetti – delle variazioni dei suddetti rapporti bancari al fine di cogliere l'esistenza o meno di indizi di crisi in atto, sia interpellando gli amministratori – vigilando quindi sul comportamento degli amministratori – sulle contromisure che ritengono di dover preparare per rispondere efficacemente.

Dal punto di vista dell'oggetto della comunicazione, la norma parla di «variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti».

Come è stato rilevato per «affidamento» deve intendersi qualsiasi operazione che abbia generato erogazione di credito (quindi, non solo fidi ma anche mutui e prestiti ecc.) e quindi una posizione debitoria dell'impresa nei confronti della banca a fronte della quale sia stata decisa dall'ente finanziatore una variazione di non minima portata.

[26] R. RORDORF, *L'obbligo delle banche di comunicare le modifiche degli affidamenti agli organi di controllo delle società loro clienti ex art. 14, comma 4, CCII,* in *dirittodellacrisi,* 4 maggio 2021.

Questa posizione debitoria dell'impresa dovrà allora essere contestualizzata da parte dell'organo di controllo nel quadro della situazione economico-finanziaria attuale (al momento della comunicazione della banca) e prospettica per valutare la possibilità di adempimento o meno e, quindi, l'esistenza, di nuovo attuale o prospettica, di una crisi.

Inoltre, l'organo di controllo dovrà anche valutare la ricaduta di queste variazioni contrattuali disposte dalla banca non solo sulle disponibilità necessarie per far fronte (anche) alle altre obbligazioni in corso ma anche sulla prosecuzione della gestione. Insomma, ricevuta la comunicazione, sulla base del dovere di diligenza scolpito negli artt. 3 ss del codice, l'impresa deve attivarsi compiendo una verifica interna anche ricorrendo, se necessario, al programma informatico disponibile nella piattaforma telematica nazionale per effettuare una autodiagnosi della situazione. Nessuna sanzione è prevista per la banca o l'intermediario finanziario che non adempia all'obbligo di comunicazione.

Non è però da escludersi che possa configurarsi, qualora dall'omessa comunicazione ne derivi un aggravamento della crisi, una responsabilità risarcitoria o in via diretta per lesione del credito o indiretta (concorso nell'inadempimento dell'organo di controllo).

## 5. Il programma informatico di verifica della sostenibilità del debito e per l'elaborazione di piani di rateizzazione

Il tema della tempestiva emersione e rilevazione della crisi, soprattutto rapportato alle PMI, ha indotto il legislatore, peraltro nel solco della Direttiva *Insolvency*, ad affidare ad algoritmi la soluzione della crisi.

A tal fine è stato istituito (art.25-*undecies*) – all'interno della piattaforma unica nazionale della composizione negoziata – un programma informatico di verifica della sostenibilità del debito maturato e di elaborazione di piani di rateizzazione automatici per facilitare e velocizzare la gestione delle crisi.

È prevista l'interoperabilità tra la piattaforma e le altre banche dati pubbliche. Così, le informazioni che il debitore è tenuto ad inserire nella piattaforma per la composizione negoziata sono disponibili tanto presso la centrale rischi della Banca d'Italia e le banche dati pubbliche, quanto per l'esperto indipendente.

La piattaforma mette a disposizione un programma informatico gratuito che elabora i dati necessari per accertare la sostenibilità del debito consentendo, inoltre, all'imprenditore di condurre il test pratico di autovalutazione, per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento (comma 1).

Se l'indebitamento complessivo dell'imprenditore non supera i trentamila euro e, all'esito dell'elaborazione condotta dal programma, tale debito risulta

sostenibile, – per ridurre i tempi senza addossare ulteriori costi all'impresa – il programma elabora (per ristrutturare il debito accumulato) un piano di rateizzazione che l'imprenditore comunicherà ai creditori interessati avvertendoli che entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione possono manifestare il loro dissenso. Si applica la regola del silenzio-assenso.

Il piano di rateizzazione sarà eseguito secondo la tempistica e le modalità in esso previste.

È fatta salva l'applicazione delle disposizioni in materia di riscossione di crediti fiscali e previdenziali e di crediti di lavoro, e restano altresì ferme le responsabilità per l'inserimento – operato dall'imprenditore – nel programma di dati o informazioni non veritieri.

La legge affida a un successivo decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, la fissazione delle informazioni e dei dati da inserire nel programma informatico, le specifiche tecniche per il suo funzionamento e le modalità di calcolo del tasso di interesse applicabile ai crediti rateizzati.

## 6. Conclusioni

Da una carrellata sull'inquadramento legislativo delle segnalazioni quale meccanismo per l'anticipata emersione della crisi, emerge una evidente progressiva "mutazione genetica"[27] dello strumentario per un tempestivo approccio al governo della crisi.

Nel passaggio dalla prima alla seconda versione del codice della crisi non solo abbiamo assistito all'abbandono – quasi per cancellare le tracce di una diversa cultura - del vocabolo "allerta" e insieme della sua coercitività[28] - sostituita dalla fiducia in una decisione spontanea dell'imprenditore - ma anche a una marginalizzazione dei meccanismi per la tempestività che si esprime a livello di una loro ridotta funzione ("suadenti" comunicazioni) chiaramente espressa dall'attuale collocazione in seno alla disciplina. Mi riferisco, come è già stato rilevato, *in primis* dal Consiglio di Stato (nell'Adunanza della

[27] Sottolineava tale necessaria trasformazione S. AMBROSINI, *Il (doppio) rinvio del cci: quando si scrive "differimento" e* si legge "ripensamento", in *Ristrutturazioni aziendali*, 22 settembre 2021, 7.

[28] Fortemente critico su questo punto F. LAMANNA, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del d.l. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema dell'allerta,* in *ilfallimentarista.it*, 25 agosto 2021, 2 ss.

Commissione speciale del 1° aprile 2022) e poi dalla dottrina[29], dall'inversione dell'ordine logico della disciplina, dove le segnalazioni (che costituiscono nella Direttiva Insolvency i meccanismi di allerta) sono poste in coda al Titolo II del Codice adesso occupato dalla Composizione negoziata.

La perdita di centralità e la marginale funzione di questo meccanismo è evidente.

In una lettura della composizione negoziata quale percorso, sostitutivo dell'originaria allerta codicistica e caratterizzato dalla volontarietà – soltanto l'imprenditore può decidere se utilizzarlo o meno - osserviamo la rimessione dei compiti di stimolo "a richiedere la composizione negoziata" soprattutto in capo all'organo di controllo.

Il ruolo dei creditori pubblici qualificati – così come delle banche attraverso le comunicazioni all'organo di controllo delle "variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti" peraltro già effettuate agli amministratori - si riassume esclusivamente nella segnalazione del mancato pagamento ma spetta in definitiva agli organi interni valutare l'effettiva rilevanza di tale avviso.

Sotto tale profilo la disciplina dell'allerta si colloca sulla linea di confine tra diritto fallimentare e diritto societario. Da un lato le segnalazioni incidono sulla responsabilità degli organi societari interni; dall'altro, anticipano l'area della tutela dei creditori ad una fase precedente a quella in cui, per tradizione storica, il diritto fallimentare entra in azione[30].

L'allerta esterna affidata ai creditori pubblici qualificati dovrebbe trovare la propria ragion d'essere nella funzione di valvola di sicurezza della composizione negoziata. Ciononostante, non è stata completata dai necessari contrappesi perimetrali/valutativi e sanzionatori venendo così lasciata alla mercé del creditore o troppo scrupoloso o niente affatto coscienzioso. Questa assenza potrebbe condurre "a sacche di arbitrarietà nelle condotte dei creditori pubblici qualificati nell'azionare il campanello di allarme, di per sé ingiustificate dal tenore letterale della norma"[31].

In definitiva, allora, possiamo ritenere che oggi il pendolo del deterrente dell'allerta esterna ricada, in punto di responsabilità, sugli organi societari

[29] M. SCIUTO, *Quel che resta degli obblighi di segnalazione nel Codice della crisi,* cit.

[30] G. BALP, *Early Warning Tools at the Crossroads of Insolvency Law and Company Law, in Global Jurist, 31 luglio 2018, leggibile in https://doi.org/10.1515/gj-2018-0037.*

[31] S. BELLOCCHIO, *Le segnalazioni operate dai creditori pubblici qualificati,* in G. SANCETTA – A. I. BARATTA – C. RAVAZZIN, *La nuova composizione negoziata ecc.,* cit., 392.

mentre ieri ricadeva più pesantemente sull'impresa attraverso la composizione assistita gestita dall'OCRI e il possibile finale *noir*.

Alla fine dell'operazione di "mutazione genetica", la conformazione dell'allerta esterna (di ciò che rimane) ha la funzione di "persuadere" l'organo di controllo – nel timore di un successivo rilevamento di una sua responsabilità - a fare pressione sugli amministratori per la domanda di nomina dell'esperto.

Delicato sarà, allora, il compito dell'organo di controllo nel soppesare scrupolosamente la effettiva realtà dell'impresa, senza anteporre la propria impunità. Il rischio di un meccanismo "ipersensibile" che potrebbe generare "falsi positivi" è indubbiamente reale[32].

Passando poi al fronte dei creditori pubblici qualificati, altrettanto delicato sarà il loro compito che dovrebbe essere guidato non dall'egoistico opportunismo del singolo ma da un'ampia considerazione dell'interesse di tutti gli *stakeholder*. La loro lettura della norma – priva di "bastoni e di carote" potrebbe indurli (anche perché forti della garanzia che accompagna il loro credito)[33] o a rimanere passivi, consentendo al debitore di ritardare a suo piacimento l'entrata in un percorso protetto o in una procedura, o, al contrario, ad operare meccanicamente inviando segnalazioni a pioggia che, dovendo essere valutate (anche) dall'organo di controllo – proteso a proteggersi da possibili future responsabilità – potrebbero alla fine condurre a domande " a pioggia" (e talvolta inutili) di nomina di esperti. Tutto questo genererebbe costi per le imprese e la collettività che dovrebbero, invece, essere evitati.

Per concludere ogni "personaggio" al quale la disciplina assegna il compito di effettuare, in presenza di certi fatti, una segnalazione, avrà un proprio modo di vedere la realtà.

Corriamo il rischio che non esista un'unica realtà oggettiva, ma tante realtà quanti sono i personaggi, perché ciascuno sarà mosso dal proprio personale tornaconto…così è se vi pare.

---

[32] Sul punto M. SCIUTO, *Quel che resta degli obblighi di segnalazione nel Codice della crisi*, cit.

[33] Sull'importanza dell'apparato sanzionatorio v. L. DE BERNARDIN, *Le misure di allerta interna ed esterna nel nuovo codice della crisi di impresa,* in *Giustizia Insieme,* 26 novembre 2020.

# IL NUOVO CONCORDATO PREVENTIVO "IN PILLOLE"*

EDGARDO RICCIARDIELLO

**Sommario**: 1. Profili definitori; 2. Le misure protettive e cautelari; 3. Contenuto del piano; 4. classificazione obbligatoria e facoltativa; 5. La nuova transazione fiscale; 6. Il voto nel concordato

**Abstract**: Il travagliato percorso di riforma della legge fallimentare ha visto finalmente il proprio epilogo attraverso il varo del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza lo scorso 15 luglio 2022. Sul piano definitorio, occorre effettuare una nuova classificazione o definizione: il concordato preventivo rientra oggi ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2, lett. m-bis) tra gli «strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza» ovvero «le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi». Al di là del mutato lessico si coglie a livello sistematico la collocazione del concordato tra gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza ovvero quelli che privilegiano la continuità aziendale a scapito della liquidazione che diviene sempre più recessiva e condizionata all'insuccesso di altri strumenti che tutelano la continuità aziendale. Molteplici sono le novità introdotte dal nuovo c.c.i.i.: in primo luogo l'espresso favor per il concordato con continuità aziendale anziché quello liquidatorio; l'effetto non più automatico delle misure protettive passandosi dalla automatic stay ad un sistema basato sulla domanda del debitore che vede procedimentalizzare da parte del tribunale la concessione e revoca delle misure protettive. La previsione del classamento obbligatorio dei creditori (e dell'unanimità delle classi) nel concordato con continuità aziendale con previsione di un ruolo importante dei soci ai fini della ristrutturazione aziendale.

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione in un volume collettaneo a cura di Stefano Ambrosini.

**Parole chiave**: codice della crisi, piano di continuità, misure protettive, classi di creditori, diritti degli azionisti.

**Abstract**: The troubled path of reform of the bankruptcy law finally saw its epilogue with the launch of the Corporate Crisis and Insolvency Code on 15 July 2022. On the definitional level, a new classification or definition must be made: the arrangement with creditors today falls within the meaning and for the purposes of art. 2 letter) m-bis) among the «instruments for regulating the crisis and insolvency» or «the measures, agreements and procedures aimed at the recovery of the company by modifying the composition, status or structure of its assets and liabilities or capital, or aimed at liquidating assets or assets which, at the request of the debtor, can be preceded by the negotiated settlement of the crisis Beyond the changed vocabulary, the placement of the concordat is systematically understood among the instruments for regulating the crisis and insolvency, i.e. those that favor business continuity to the detriment of liquidation which becomes increasingly recessive and conditioned to the failure of other instruments. which protect business continuity». There are many innovations introduced by the new c.c.i.i.: first of all, the express favor for the arrangement with business continuity instead of the liquidation one; the no longer automatic effect of protective measures passing from automatic stay to a system based on the debtor's request which sees the court granting and revoking protective measures procedurally. The provision of the obligatory classification of creditors (and unanimity of the classes) in the arrangement with business continuity with provision of an important role for the shareholders for the purposes of corporate restructuring.
**Keywords**: Italian Code of enterprise crisis and insolvency, going concern plan, protection measures, class of creditors, shareholders rights.

## 1. Profili definitori

Il travagliato percorso di riforma della legge fallimentare ha visto finalmente il proprio epilogo attraverso il varo del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza che, a distanza di due anni, tra proroghe e ripensamenti su alcuni temi che erano stati proposti nell'originario schema a cura della Commissione Rordorf, ha visto la luce lo scorso 15 luglio 2022[1].

[1] Il Consiglio dei Ministri ha approvato con d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83 il testo definitivo del CCII, in attuazione della Direttiva UE 2019/1023 del Parlamento europeo (che per la prima volta ha imposto delle regole sostanziali comuni agli Stati membri sul presupposto di agevolare la creazione di un mercato unico dei capitali europeo) e del Consiglio del 20 giugno 2019, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 152 del 1° luglio 2022 che tiene conto dei pareri espressi

Tuttavia, non tutti i mali vengono per nuocere. Il ritardo nell'entrata in vigore del testo complessivo del CCII (alcune disposizioni del quale erano già in vigore dal 2019 e con anticipazione di principi da parte del D.L. n. 118/2021 in materia di composizione negoziata della crisi) ha consentito, infatti, al legislatore di recepire la Direttiva *Insolvency* UE/1123/2019 (il cui recepimento è stato prorogato al 17 luglio 2022) ed adeguare l'ordinamento giuridico italiano ai principi ivi delineati.

L'influenza della Direttiva *Insolvency* sul percorso di riforma intrapreso appare senz'altro centrale: molti principi che erano ritenuti immanenti ed immutabili dell'ordinamento concorsuale sono stati superati e comunque adeguati alla nuova realtà socio economica delle imprese italiane messe duramente alla prova prima dalla crisi finanziaria del 2008 e poi dall'emergenza pandemica Covid-19 e, da ultimo, dagli scenari di instabilità economica dovuti al conflitto bellico Russo-Ucraino.

Basti pensare al principio dell'*automatic stay* che nel nuovo impianto normativo tende a scomparire a favore di un sistema basato sul principio della domanda del debitore volta alla concessione di misure protettive e cautelari di carattere selettivo e di durata non indeterminata finalizzate a contemperare le esigenze di protezione del patrimonio del debitore, in particolar modo durante la fase delle trattative con i creditori, con il principio della *par condicio creditorum*.

Anche sul piano soggettivo, la pluralità dei creditori, quale massa indefettibile, appare sfumare a favore di un nuovo concetto di concorso più incline a consentire al debitore una selezione non vincolante dei creditori ai fini del successo dello strumento di soluzione della crisi prescelto, a patto che non siano lesi i diritti dei creditori non aderenti (v. art. 182-*bis* l.f.)[2].

---

dal Consiglio di Stato del 13 maggio 2022 n. 832/2022 e dalle Commissioni parlamentari. Più recentemente, il CCII era stato oggetto delle rivisitazioni di cui al d.lgs. n. 118/2021che ha introdotto, tra l'altro, l'istituto di composizione negoziata della crisi.

V. S. AMBROSINI, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo),* in www.ristrutturazioniaziendaliilcaso.it 2022; V. ZANICHELLI, *Commento a prima lettura del decreto legislativo 17 giugno 2022 n. 83 pubblicato in G.U. il 1 luglio 2022,* in *www.dirittodellacrisi.it*, 1° luglio 2022

[2] V. P. VELLA, *La spinta innovativa dei quadri di ristrutturazione preventiva europei sull'istituto del concordato preventivo in continuità aziendale,* in www.dirittodellacrisi.it, 2022. Possono infatti essere considerate procedure concorsuali anche quelle che riguardino i soli creditori finanziari come accade nel 182-*septies* l.f. *ante riforma* purchè abbiano l'obiettivo del salvataggio dell'impresa.

Lo stesso principio di concorsualità pare subire un adattamento ai tempi in quanto i quadri di ristrutturazione prevedono come eventuale la nomina dell'*insolvency practitioner* (commissario giudiziale) mentre l'intervento del giudice appare ridimensionato a livello strutturale in quanto esistono procedure per cui la sua presenza non è nemmeno prevista *tout court* o è limitata, così come si rinvengono fattispecie che non richiedono il giudizio di omologazione.

Il concordato preventivo riformato deve, tuttavia, fare i conti con un sistema, quello concorsuale, profondamente modificato al punto che tale istituto non pare conservare quella centralità assunta in passato quale alternativa alla liquidazione fallimentare: esso appare, infatti, concorrere con altri strumenti che ben potrebbero, come autorevolmente evidenziato, persino contenderne il primato[3].

In effetti, il contemperamento delle esigenze di tutela dei creditori con l'aspettativa del debitore di poter tentare di individuare uno strumento idoneo di soluzione della crisi senza subire la pressione dei creditori "forti" ha portato ad un generale ripensamento della struttura stessa del concordato, certamente non senza perplessità legate ai concetti attuali di "prevalenza" e di "continuità" che vengono rapportati, oggi, ad elementi socialmente rilevanti quali la tutela del lavoro ma che possono costituire ostacolo alla ristrutturazione aziendale.

Di non minore importanza il fatto che le misure protettive (oltre che quelle di natura cautelare già soggette alle regole del codice di procedura civile) siano ora procedimentalizzate secondo un *iter* a cognizione piena da parte del tribunale a cui è lasciata l'ultima parola non solo ai fini della concessione delle predette misure, ma anche della loro conservazione, modifica o estinzione.

Occorre, tuttavia, segnalare anche quella che può essere considerata un'occasione perduta: ovvero la possibilità secondo il modello del *Bankruptcy Act* statunitense che la legittimazione all'accesso alla procedura di concordato preventivo venisse attribuita non solo al debitore (come viene ribadito all'art. 37 CCII) ma anche ai creditori sociali come accade anche per la liquidazione.

Le ragioni sottese alla conservazione delle regole di accesso alla procedura sono rinvenibili nella concezione ormai stratificata del concordato come strumento premiale per il debitore che vi acceda tempestivamente e la sua marcata struttura negoziale che, a torto o a ragione, precluderebbe *in nuce* un atto impositivo da parte dei creditori i quali dovrebbero per di più poi sottostare al principio maggioritario.

---

[3] V. N. ABRIANI, *Concordato preventivo e ristrutturazione dell'impresa dopo il D.L. n. 118/2021*: Que reste-t-il*?,* in *www.dirittodellacrisi.it*, 2022. L'Autore parla apertamente di "concorrenza sleale" da parte del concordato semplificato e degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, istituto quest'ultimo che è destinato a prendere la scena nell'ambito delle ristrutturazioni aziendali che preservino la continuità aziendale per gli innumerevoli vantaggi che arreca.

In primo luogo, sul piano definitorio, occorre effettuare una nuova classificazione o definizione: il concordato preventivo rientra oggi ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2 lett.) m-bis) tra gli «strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza» ovvero "*le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi*".

Al di là del mutato lessico – certamente preferibile ai "quadri di ristrutturazione" in sé sconosciuti alla tradizione giuridica italiana - si coglie a livello sistematico la collocazione del concordato tra gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza ovvero quelli che privilegiano la continuità aziendale a scapito della liquidazione che diviene sempre più recessiva e condizionata all'insuccesso di altri strumenti che tutelano la continuità aziendale.

Come è stato correttamente osservato, nel nuovo quadro normativo la continuità aziendale (diretta o indiretta) non rappresenta più il "mezzo" ma il "fine" stesso della procedura che consente, alla stregua dell'amministrazione straordinaria, la prosecuzione dell'attività di impresa in luogo del fallimento (i.e. liquidazione giudiziale) dell'imprenditore [4].

Non di minore importanza appare, inoltre, la collocazione dell'istituto della composizione negoziata della crisi quale presupposto seppure volontario dell'accesso agli strumenti di matrice concorsuale.

A livello strutturale appare certamente rilevante la previsione del concetto di fattibilità (oltre che giuridica) anche economica come elemento attestativo del piano ai fini della sua stessa ammissibilità e omologabilità. Si evidenzia, inoltre, come il giudizio di fattibilità imponga un'indagine del Tribunale sull'idoneità dello strumento prescelto tra i "quadri di ristrutturazione" a consentire una composizione nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza[5]; mentre scompare il riferimento al "miglior soddisfacimento dei creditori" a favore di una più generica "soddisfazione dei creditori" e "conservazione dei valori aziendali" per quanto concerne il concordato con continuità aziendale[6]. Mentre per il concordato liquidatorio la fattibilità del

[4] V. P. VELLA, *I quadri di ristrutturazione preventiva nella Direttiva UE 2019/1023 e nel diritto nazionale*, in *Fall.*, 2020, 1034.

[5] Sia consentito rinviare altresì a E. RICCIARDIELLO, *La crisi dell'impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione e di gestione*, Giuffré, 2020.

[6] v. S. AMBROSINI, *Brevi appunti sulla nuova "sintassi" del concordato preventivo,* in www.ristrutturazioniaziendalilcaso.it 9.05.2022. v. anche A. PALUCHOWSKI, *Giudizio di fattibilità e " ragionevole probabilità di impedire l'insolvenza ". Ruolo del giudice e poteri dei*

piano viene declinata come attitudine del piano a conseguire gli obiettivi prefissati.

L'eliminazione del parametro relativo al "miglior soddisfacimento" dei creditori *ex* art. 47 CCII è confermato, altresì, all'art. 112, comma 3, CCII che, con riferimento al giudizio di omologazione, stabilisce che il tribunale omologa il concordato ogniqualvolta risulti che il credito dell'opponente sia soddisfatto in misura non superiore, ma semplicemente "non inferiore" rispetto a quanto risulterebbe se la società fosse sottoposta a liquidazione giudiziale. [7]

**2. Le misure protettive e cautelari**

Le misure protettive (art. 2 lett. p) CCII sono definite quali le misure temporanee richieste dal debitore al fine di evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, anche prima dell'accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Diversamente, le «misure cautelari» (art. 2, lett. q)) sono i provvedimenti emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio dell'impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative e gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza.

Si passa in tal modo dalla *automatic stay* prevista dalla legge fallimentare senza distinguo tra concordato preventivo e fallimento alla "*stay* selettiva non automatica" basata sul principio della domanda del debitore.

Ciò significa che le misure protettive non riguardano indistintamente *tutto* il patrimonio del debitore ma solo quei beni e rapporti giuridici la cui aggressione da parte dei creditori individuali potrebbe compromettere l'esito delle trattative e degli effetti degli strumenti di regolazione della crisi.

Per tale ragione il regime generale stabilito per le misure protettive prevede una loro durata massima anche non continuativa di dodici mesi inclusi eventuali rinnovi o proroghe (art. 8 CCII).

---

*creditori*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 2022; ove ampi richiami alla giurisprudenza tra cui Cass. 7.4.2017 n. 9061, est. Terrusi, www.ilcaso.it e Cass. 27.09.2018 n. 23315, est. Di Marzio, *www.Ilcaso.it*, ambedue in tema di concordato in continuità V. anche S. LEUZZI, *Appunti sul concordato preventivo ridisegnato*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 5 maggio 2022.

[7] V. sempre S. AMBROSINI, *Brevi appunti sulla nuova "sintassi" del concordato preventivo*, op. cit., il quale correttamente evidenzia come "la domanda di concordato approvata dai creditori, quindi, non deve superare, ai fini dell'omologazione, il test di convenienza, ma (almeno) quello di "neutralità" degli effetti per i creditori opponenti in rapporto allo scenario alternativo indicato dalla legge".

La soggezione delle misure cautelari e protettive ad un procedimento giudiziale a cognizione piena consente al tribunale di valutare compiutamente lo stato delle trattative e le esigenze concrete (non dilatorie) dello strumento di regolazione della crisi attivato dal debitore.

La concessione delle misure protettive non comporterà nella prospettiva del giudice piena discrezionalità qualora le misure richieste appaiano in concreto oggettivamente idonee a garantire il buon esito delle trattative e gli effetti dello strumento di regolazione della crisi prescelto.

Diverso discorso va fatto per le misure cautelari la cui concessione è sempre subordinata alla verifica da parte del giudice dei presupposti processuali del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*. In tal caso, tuttavia, le condizioni dell'azione cautelare vanno calate nel contesto specifico della procedura concorsuale e degli interessi in gioco, fermo che si assiste ad una contrapposizione tra l'esigenza di protezione del patrimonio del debitore contro l'aggressione individuale dei creditori con la necessità di presidiare la gestione in modo funzionale a non arrecare danno ai creditori ed al valore in sé dell'impresa.

Tant'è che, ai sensi dell'art. 54 CCII, su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare temporaneamente l'attuazione delle sentenze di omologazione di strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza. Le misure cautelari possono essere concesse anche dopo la pubblicazione dell'istanza di cui all'articolo 18, comma 1, tenuto conto dello stato delle trattative e delle misure eventualmente già concesse o confermate ai sensi dell'articolo 19. Non si applicano l'articolo 669-*octies*, primo, secondo e terzo comma, e l'articolo 669-*novies*, primo comma, del codice di procedura civile.

In ossequio al principio della domanda, l'art. 54, comma 2, stabilisce che se il debitore ne abbia fatto richiesta nella domanda di cui all'articolo 40, dalla data della sua pubblicazione nel registro delle imprese, i creditori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con cui viene esercitata l'attività d'impresa. Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano e la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata.

Il debitore, peraltro, può richiedere al tribunale, con successiva istanza, ulteriori misure temporanee per evitare che determinate azioni di uno o più creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza. Le misure

protettive, occorre rammentare, possono essere persino anticipate durante la fase di composizione negoziata della crisi d'impresa.

Appare rilevante contemperare l'accesso alle misure protettive e cautelari con la clausola generale di buona fede e correttezza che è stata finalmente codificata all'art. 4 (doveri delle parti), anche se di essa veniva già fatta applicazione nella prassi interpretativa: essa impone al debitore, sin dalle trattative nella composizione negoziata, che nelle procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza di *a*) illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo tutte le informazioni necessarie e appropriate rispetto alle trattative avviate, anche nella composizione negoziata, e allo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza prescelto; *b*) assumere tempestivamente le iniziative idonee alla individuazione delle soluzioni per il superamento delle condizioni di cui all'articolo 12, comma 1, durante la composizione negoziata, e alla rapida definizione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza prescelto, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori; *c*) gestire il patrimonio o l'impresa durante i procedimenti nell'interesse prioritario dei creditori.

Il dovere di correttezza e lealtà nell'accesso alle procedure di composizione della crisi potrà, pertanto, configurare esso stesso elemento ostativo all'ammissibilità della domanda proposta dal debitore ovvero la sua procedibilità qualora tale dovere sia disatteso nel corso del procedimento anche in fase di pre concordato (in analogia alla sanzione di "improcedibilità" prevista dall'art. 161 l.f. in presenza della rilevazione da parte del tribunale di un accesso abusivo allo strumento del concordato in bianco).

La tutela viene in tal modo anticipata persino rispetto alla rilevazione di atti di frode in quanto il principio di buona fede deve permeare la condotta "processuale" del debitore sin dalla fase introduttiva anche stragiudiziale quale quella di accesso alla composizione negoziata della crisi.

L'accoglimento dell'istanza di concessione di misure protettive e cautelari non potrà, pertanto, prescindere da una completa *disclosure* del debitore nell'ambito dello stesso procedimento di cui all'art. 55 CCII non solo della propria situazione patrimoniale e finanziaria ma anche dello stato delle trattative intraprese con i creditori. In tale contesto il canone di buona fede e correttezza diviene presupposto della stessa procedibilità ed ammissibilità della domanda di accesso allo strumento prescelto.

Il tribunale, omessa ogni formalità non essenziale a garantire il contraddittorio delle parti, procede con atti di istruzione del procedimento al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per la concessione delle misure protettive e cautelari, anche *inaudita altera parte* qualora la convocazione delle parti possa pregiudicare l'attuazione del provvedimento.

Il dovere di correttezza e buona fede assume ulteriore rilevanza in funzione della qualificazione dei crediti dei professionisti sorti nel corso della procedura come prededucibili: una della principali novità introdotte risiede nell'attribuzione della prededuzione, nel limite del 75% del credito accertato, dei crediti professionali sorti in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda a condizione che la procedura sia aperta ai sensi dell'art. 47 CCII. Regime che permane in caso di consecuzione con altre procedure concorsuali.

Per quanto concerne, invece, l'accesso alla procedura viene confermato l'istituto del concordato in bianco o con riserva (art. 44 *Accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza con riserva di deposito di documentazione*) con la novità che la nomina del commissario giudiziale diviene obbligatoria e non più rimessa alla valutazione del tribunale. Disposizione confermata dal successivo art. 47, comma 2, lett. *b*) ove si fa riferimento alla nomina (qualora non vi sia la fase in bianco) o alla conferma del commissario giudiziale.

Permangono, viceversa, gli effetti sostanziali conseguenti al deposito della domanda di concordato in quanto ai sensi dell'art. 46 CCII il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale con la previsione che in mancanza di autorizzazione gli atti sono inefficaci e il tribunale dispone la revoca del decreto di ammissione alla procedura.

## 3. Contenuto del piano

Una delle novità più significative in materia di concordato preventivo introdotte dal CCII è rappresentata dal fatto che, come sopra anticipato, viene previsto espressamente che (i) il concordato preventivo, ai fini della sua stessa ammissibilità, deve prevedere il «*soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale*», mentre l'accesso stesso a questo istituto è precluso se l'aspettativa di realizzo dalla continuità aziendale o dalla liquidazione non appaia sufficiente secondo il *cram down* a rendere l'istituto più idoneo al soddisfacimento dei creditori, rispetto alla liquidazione. Ove non si fa riferimento al miglior soddisfacimento dei creditori ma al soddisfacimento in misura non inferiore a quella realizzabile attraverso la liquidazione[8].

Già nell'*incipit* dell'art. 84, comma 1, CCII viene espressa, seppure in modo sotteso, una preferenza per il concordato con continuità aziendale in quanto

[8] S. AMBROSINI, *Brevi appunti sulla nuova "sintassi" del concordato preventivo*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 9 maggio 2022.

viene stabilito che «*L'imprenditore di cui all'articolo 121, che si trova in stato di crisi o di insolvenza, può proporre un concordato che realizzi, sulla base di un piano avente il contenuto di cui all'articolo 87, il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale mediante la continuità aziendale, la liquidazione del patrimonio, l'attribuzione delle attività ad un assuntore o in qualsiasi altra forma*».

Tale preferenza non si coglie solamente sulla base dell'ordine espositivo delle soluzioni offerte dal legislatore *ex* art. 84, comma 1; infatti l'art. 84, comma 2, CCII stabilisce che la continuità aziendale tutela l'interesse dei creditori e preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro.

La continuità può essere *diretta*, con prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dell'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato; ovvero *indiretta*, se è prevista dal piano la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, ovvero in forza di affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso, o a qualunque altro titolo.

In sede di recepimento della Direttiva *Insolvency*, sulla spinta critica della dottrina che individuava in tale previsione una delle principali criticità ai fini dell'utilizzo del concordato con continuità aziendale, ferma la formulazione relativa alla possibilità di continuità diretta o indiretta, è stata espunta la previsione che faceva riferimento all'obbligo per il debitore di mantenimento o di riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per un anno dall'omologazione. Questo avrebbe di fatto precluso al debitore una riorganizzazione dell'impresa basata sugli elementi occupazionali [9].

L'art. 84, comma 3, CCII prevede invece che nel concordato in continuità aziendale i creditori vengano soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta.

La proposta di concordato prevede che sussista per ciascun creditore un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa.

Per quanto concerne il concordato liquidatorio viene confermata la formulazione per cui l'ammissibilità del piano viene fatta dipendere da un apporto esterno di risorse che incrementi del 10% l'attivo disponibile alla data di presentazione della domanda; questo, tuttavia, non viene più riferito

[9] V. S. AMBROSINI, *Concordato preventivo fra vecchio e nuovo: continuità normativa, interessi protetti e soddisfacimento dei creditori*, in www.ristrutturazioniaziendali.it, 2021.

all'ipotesi della liquidazione giudiziale richiedendosi semplicemente un incremento di valore dell'attivo "disponibile". Il piano liquidatorio deve, altresì, assicurare ai creditori chirografari e quelli privilegiati degradati per incapienza (dei beni sui quali insistono le cause legittime di prelazione) un soddisfacimento non inferiore al 20% del loro ammontare complessivo.

Appare, inoltre, interessante la regola per cui in caso di apporto di risorse esterne, fornite a qualunque titolo dai soci senza obbligo di restituzione o con vincolo di postergazione da destinarsi a vantaggio dei creditori concorsuali, esse possono essere allocate anche in deroga alle disposizioni stabilite dagli artt. 2740 e 2741 c.c. ovvero senza tener conto dell'ordine dei privilegi e della cause legittime di prelazione purché entro il limite del 20% (che deve sempre essere assicurato ai creditori chirografari o degradati).

Ulteriore elemento di novità risiede nella possibilità per il debitore di falcidiare i crediti privilegiati a condizione che venga garantito ai creditori sociali un trattamento non inferiore a quello che essi riceverebbero in sede di liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la prelazione al netto dei costi di procedura per l'attuazione del diritto medesimo. Così l'art. 84, comma 5, stabilisce che «*I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, possono essere soddisfatti anche non integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali, attestato da professionista indipendente. La quota residua del credito è trattata come credito chirografario*».

Al fine di rispettare la *par condicio creditorum*, è previsto che nel concordato in continuità aziendale il valore di liquidazione sia distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione. Con riguardo al valore eccedente quello di liquidazione è sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello riconducibile alle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore. Ciò dovrebbe impedire che dai proventi della continuità aziendale possano avvantaggiarsi classi di rango inferiore a quelle di grado più elevato pur senza precludere *tout court* una "distribuzione" delle risorse generate dalla prosecuzione dell'attività d'impresa (v. *infra*).

Viene, infatti, precisato che «I *crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751-bis, n. 1, del codice civile sono soddisfatti, nel concordato in continuità aziendale, nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione sul valore di liquidazione e sul valore eccedente il valore di liquidazione*».

**4. Classificazione obbligatoria e facoltativa**

Il nuovo articolo 85 CCII è dedicato alla "suddivisione dei creditori in classi".

In assonanza con l'art. 160, comma 1, lett. *d*), esso stabilisce che il piano possa prevedere la suddivisione dei creditori in classi con trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

Scompare, viceversa, il riferimento testuale alla suddivisione dei creditori in classi *secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei* di cui all'art. 160, comma 1, lett. *c*), l.f. Deve ritenersi che non si tratti di una dimenticanza del legislatore sol se si pensi che la classificazione dei creditori per stessa definizione (v. art. 2 CCII) comporta l'inclusione di portatori di interessi omogenei all'interno della stessa classe risultando ultronea la previsione normativa abrogata.

La scelta del legislatore in sede di recepimento della Direttiva *Insolvency* UE/1023/2019 è stata, piuttosto, quella di lasciare al debitore più ampia libertà nel prevedere la creazione di classi di creditori differenziate senza rendere tuttavia obbligatoria la loro formazione.

Ma, a certe condizioni, il classamento diviene obbligatorio.

Tenuto conto della Raccomandazione contenuta nel considerando n. 44 della Direttiva il legislatore italiano si è adeguato al diritto unionale prevedendo all'art. 85, comma 2, che la classificazione dei creditori divenga obbligatoria in caso di trattamento riservato ai creditori titolari di crediti tributari o previdenziali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento ovvero per i creditori titolari di garanzie prestate da terzi e per i creditori che non vengano soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro e per i creditori proponenti il concordato per le parti ad essi correlate.

Si tratta di una scelta condivisibile, dettata dalla necessità di tenere separate e distinte le posizioni di creditori portatori di interessi del tutto disomogenei quali gli enti previdenziali e tributari; ovvero di creditori che vengono soddisfatti con mezzi diversi dal danaro; ovvero, infine, di coloro che propongono la domanda di concordato e le parti ad esse correlate. Di qui anche la funzione informativa delle classi.

Il Considerando n. 44 della Direttiva stabilisce che «*[…] come minimo, i creditori garantiti e quelli non garantiti dovrebbero essere sempre trattati in classi distinte. Gli Stati membri tuttavia dovrebbero poter esigere che siano formate più di due classi di creditori, comprendenti classi diverse di creditori non garantiti o garantiti e classi di creditori con crediti subordinati. Gli Stati membri dovrebbero poter anche trattare in classi distinte altri tipi di creditori che non hanno una sufficiente comunanza di interessi, ad esempio le autorità fiscali o di previdenza sociale. Gli Stati membri dovrebbero poter stabilire che*

*i crediti garantiti possano essere suddivisi in parti garantite e non garantite in base alla valutazione della garanzia reale. Gli Stati membri dovrebbero poter altresì contemplare norme specifiche che promuovono la formazione delle classi qualora tale formazione possa giovare ai creditori non differenziati o altrimenti particolarmente vulnerabili come i lavoratori o i piccoli fornitori*».

Importante novità rispetto alla formulazione della norma anteriore al decreto di recepimento della Direttiva *Insolvency* è che nel concordato in continuità aziendale la suddivisione dei creditori in classi è in ogni caso obbligatoria con la precisazione che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, interessati dalla ristrutturazione perché non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 109, comma 5, sono suddivisi in classi e le imprese minori, titolari di crediti chirografari derivanti da rapporti di fornitura di beni e servizi, sono inserite in classi separate.

Fermo quanto previsto dall'articolo 84, commi 5, 6 e 7 (ovvero la possibilità che i creditori privilegiati non siano soddisfatti integralmente), il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione permanendo il limite stabilito dagli artt. 2740 c.c. e 2741 c.c.

Come è stato puntualmente evidenziato dalla dottrina[10] la facoltà accordata al debitore di suddividere in classi i creditori ha la duplice finalità di concentrazione nel minor numero di classi dei creditori da cui è prevedibile attendersi il dissenso riguardo alla proposta concordataria ma allo stesso tempo di rispettare il principio della *par condicio creditorum* individuando e concentrando i creditori in gruppi omogenei caratterizzati da specificità del credito e da un soddisfacimento differenziato.

La Direttiva *Insolvency* individua nella classificazione la necessità di parità di trattamento all'interno di una medesima categoria di creditori affinchè «*i diritti che sono sostanzialmente simili ricevano pari trattamento e i piani di ristrutturazione possano essere adottati senza pregiudicare ingiustamente i diritti delle parti interessate*».

[10] V. sul tema ampiamente G. D'ATTORRE, *La distribuzione del patrimonio del debitore tra absolute priority rule* e *relative priority rule*, in *Fall*., 2020, 1071; G. BALLERINI, *Art. 160, comma 2°, l. fall. (art. 85 c.c.i.i.),* surplus *concordatario e soddisfazione dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*, in *Nuove Leggi Civ. Comm*., 2021, 62 G. PARISI, *Classi creditorie nel concordato preventivo, strumenti di tutela e non applicabilità della c.d. "doppia conforme" al reclamo fallimentare*, in *Dir. fall*, 2018, 938 ss.; P. VELLA, *La spinta innovativa dei quadri di ristrutturazione preventiva europei sull'istituto del concordato preventivo in continuità aziendale*, cit., in *www.ilcaso.it*, 1° gennaio 2022.

Il CCII puntualmente definisce all'art. 2, lett. *r),* la classe dei creditori come l'insieme dei creditori che hanno posizione giuridica e interessi economici omogenei.

Per formazione delle classi si deve intendere, inoltre, il raggruppamento delle parti interessate ai fini dell'adozione del piano in funzione dei loro diritti e del rango dei loro crediti e interessi.

La classificazione ha un ulteriore funzione: impedire che la proposta e il piano siano "ostaggio" di minoranze numeriche espressione di creditori postergati o di grado inferiore che possano pregiudicare o compromettere l'adozione di un piano rispettoso delle clausole legittime di prelazione e dell'ordine dei privilegi. In questa accezione il concetto di classe o classamento evoca la necessità di classificazione dei creditori dissenzienti rispetto alla proposta ed al piano come si evince dalla disciplina sul concordato in continuità aziendale che richiede ai fini della approvazione del piano il consenso di tutte le classi di creditori.

La classificazione deve, quindi, essere coerente con il piano e la proposta concordataria in funzione della sua realizzazione. In questo senso scompare con riferimento al concordato con continuità aziendale la dizione di cui all'art. 177, comma 1, l.f. secondo cui il concordato deve essere approvato dalla maggioranza dei crediti complessivamente ammessi al voto (formulazione che permane all'art. 109, comma 1, CCII per il concordato non in continuità).

Nel sistema riformato viene infatti richiesta l'unanimità delle classi (art. 109 comma 5) con la precisazione che, all'interno di ciascuna classe, deve essere raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto ovvero in mancanza, se hanno favorevolmente votato i due terzi dei crediti dei creditori votanti purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe.

In caso di mancata approvazione si applica comunque il meccanismo di cui all'art. 112 comma 2 (v. infra) che consente l'omologazione nonostante il mancato raggiungimento della unanimità di classi (c.d. ristrutturazione trasversale vincolante anche per le classi e creditori dissenzienti).

Nell'elaborazione giurisprudenziale i dubbi in merito ai concetti di "posizione giuridica" e "interessi economici" racchiusi nella formazione (facoltativa o obbligatoria) delle classi sono stati solo in parte dipanati in quanto si sono contrapposte visioni riduttive del significato impresso alla nozione di posizione ed interesse tale da semplificarne a volte la portata alla sola contrapposizione tra creditori privilegiati e creditori chirografari ovvero

posizioni idonee a ricondurre la classificazione alla natura oggettiva o soggettiva dei creditori[11].

Il concetto di classe evoca anche il principio di proporzionalità ovvero di attribuzione proporzionale dell'incidenza del voto al "peso" degli interessi coinvolti di cui sono portatori i creditori secondo classificazione omogenea.

In tal senso la Direttiva *Insolvency* stabilisce che il diritto nazionale dovrebbe fissare le maggioranze richieste, per evitare che una minoranza di parti interessate all'interno di ciascuna classe possa impedire l'adozione di un piano di ristrutturazione che non ne riduce ingiustamente i loro diritti e interessi. Senza una norma sulle maggioranze che vincoli i creditori garantiti dissenzienti, la ristrutturazione precoce non sarebbe possibile in molti casi, ad esempio quando è necessaria una ristrutturazione finanziaria ma l'impresa è comunque sana. Per garantire che le parti abbiano voce sull'adozione del piano proporzionalmente ai loro interessi nell'impresa, la maggioranza richiesta dovrebbe basarsi sull'importo dei crediti dei creditori o delle quote dei detentori di strumenti di capitale di ciascuna classe. Inoltre, gli Stati membri dovrebbero poter richiedere la maggioranza del numero di parti interessate in ciascuna classe.

Emergono due elementi fondanti: l'omogeneità di appartenenza e la funzionalità della classe agli obiettivi del piano ove al giudizio di omologazione viene attribuita la funzione rilevante di verifica della corretta riconduzione della *distribuzione delle risorse* derivanti dall'approvazione del piano ai creditori e la compressione dei diritti di credito che discende dalla falcidia del credito affinché essa sia proporzionata alla natura e consistenza delle posizioni creditorie soprattutto in presenza di creditori dissenzienti (cons. n. 48 Direttiva *Insolvency*)

La classificazione dei creditori pone allora il problema della rilevanza nel nostro ordinamento della regola della *absolute priority,* ovvero di quella regola che tutela i creditori privilegiati o antergati anche nei processi ristrutturativi garantendoli da un trattamento deteriore che essi subirebbero per effetto della soggezione al principio maggioritario così che la previsione di classi dissenzienti costituirebbe una tutela verso le loro posizioni [12].

Tale regola, come è noto, impedirebbe il pagamento *tout court* ai creditori di grado posteriore fin tanto che non siano stati soddisfatti integralmente i creditori titolari di diritti anteriori o antergati sulla base dell'art. 2741 c.c. che fonda

[11] Cfr. Cass., 26 luglio 2012, n. 13284, in *Corr. giur*., 2013, 655 con nota di Pellegrinelli; Trib. Pavia, 8 ottobre 2008, in *Dir. fall*., 2009, II, 99 ss; Trib. Modena, 9 ottobre 2009, in *Fall*., 2010, 121 ss.

[12] V. S. PACCHI, Par condicio e relative priority rule. *Molto da tempo è mutato nella disciplina della crisi d'impresa*, in www.dirittodellacrisi.it, 2022.

l'obbligo del rispetto delle cause legittime di prelazione quale principio immanente e inderogabile.

La funzione della *absolute priority rule* viene ricondotta alla tutela rigida della *par condicio creditorum* nonché al principio racchiuso nell'art. 2740 c.c. che impone al debitore di rispondere delle proprie obbligazioni con tutto il proprio patrimonio presente e futuro di modo che non sarebbe consentito allo stesso di disporne in modo selettivo e a sé più conveniente al fine di trarre vantaggio dal favorire alcune categorie di creditori a scapito di altre.

La *absolute priority* costituirebbe in tal senso il maggior vincolo all'estrazione di benefici privati da parte dello stesso debitore e garanzia di tutela dei creditori "privilegiati".

Vale la pena osservare, tuttavia, che il principio della *absolute priority* appare mitigato nella misura in cui tale regola non si estende alle risorse c.d. esterne non apportate dal debitore ma da terzi: in tal caso sarebbe possibile allocare dette risorse a favore di creditori diversi senza seguire l'ordine delle priorità stabilito *ex lege* fino al punto da poter persino soddisfare i soci quali *residual claimants*, per definizione non titolari di alcuna posizione creditoria.

La *relative priority rule* sembra consentire, viceversa, il pagamento di creditori di rango inferiore anche in assenza di pagamento integrale dei creditori di rango superiore, purché il pagamento accordato sia comunque di misura inferiore, e che dunque il trattamento complessivo dei creditori appartenenti alle diverse classi rispetti comunque l'ordine delle prelazioni.

La ragione dell'aperto *favor* per la regola della priorità relativa risiede proprio nell'incentivo, attraverso la c.d. ristrutturazione trasversale, di coinvolgere nel processo ristrutturativo tutti i portatori di interessi potenzialmente ostativi all'adozione del piano (creditori anteriori e non nonché i soci e titolari di strumenti finanziari).

In tal senso riceve una rivitalizzazione il ruolo dei soci i quali vengono incentivati dal sistema prefigurato ad investire nell'impresa insolvente o in crisi al punto da poter essere inseriti in classi di "creditori" e poter contendere il "controllo" della ristrutturazione attraverso il dissenso.

L'art. 120-*ter* CCII, con soluzione del tutto inedita nel nostro ordinamento, prevede espressamente che lo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza (quindi anche il concordato) possa prevedere la formazione di una classe dei soci o di più classi di soci se lo statuto anche a seguito delle modifiche apportate al piano accorda diritti diversi (estendibile anche ai soci di s.r.l. titolari di diritti speciali ai sensi dell'art. 2468 c.c.). In questo senso la norma attribuisce una connotazione positiva del classamento dei soci quale fattispecie volta ad incentivare la partecipazione attiva al risanamento che

presuppone da parte dei soci medesimi interventi sul capitale con o senza diritti di opzione.

A ciò si aggiunga che il comma 2 dell'art. 120-*ter* stabilisce, altresì, che il classamento dei soci divenga *obbligatorio* se il piano preveda modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci e, in ogni caso, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Il classamento in tal ultimo caso acquisisce un'accezione negativa in quanto consente ai soci o ai portatori di strumenti finanziari quotati di essere inquadrati quale categoria omogenea potenzialmente lesa dal piano, attribuendo una *voice* determinante o potenzialmente tale ai fini della approvazione del piano poiché tale regola presuppone il dissenso dei titolari di tali posizioni.

In tale situazione "il peso" creditorio del socio corrisponde alla quota del capitale detenuta anteriormente alla presentazione della domanda di concordato. Se il socio non esprime il proprio dissenso si considera consenziente. In questo modo la posizione del socio non può essere di vantaggio conseguibile *ex post* a fronte di una nuova immissione di capitale sociale in quanto in tal caso la nuova finanza seppure in *equity* avvantaggerebbe gli stessi a scapito dei creditori anteriori al deposito della domanda e porrebbe un problema di ordine delle cause legittime di prelazione.

La questione relativa alla distribuibilità delle risorse appare senza dubbio centrale nel contesto del concordato con continuità aziendale in quanto la prosecuzione dell'attività d'impresa genera risorse ulteriori (esponendo ad un potenziale aggravamento del dissesto gli stessi *stakeholders*) a quelle esistenti nel patrimonio del debitore al momento dell'accesso alla procedura concordataria. Ci si interroga, quindi, se la continuità aziendale possa costituire *discrimen* rispetto al libero impiego delle risorse a favore di alcune categorie di creditori (inclusi i soci) che vorrebbero trarre utilità dal c.d. rilancio dell'attività d'impresa[13].

Per le ragioni sopra esposte non è possibile che i soci si avvantaggino delle c.d. sopravvenienze attive derivanti dalla continuità aziendale in pregiudizio dei creditori anteriori alla domanda di concordato.

Il tema appare centrale nel contesto della riforma in quanto la regola della priorità assoluta sembra oggi cedere il passo ad un sistema che agevola la distribuzione delle risorse a favore di più categorie di creditori che, viceversa, si troverebbero escluse dai benefici del piano concordatario in quanto postergati ad altri creditori in base all'ordine delle cause legittime di prelazione.

[13]V. G.P. MACAGNO, *La distribuzione di valore tra regole di priorità assoluta e relativa. Il plusvalore da continuità*, in www.dirittodellacrisi.it, 2022; G. BALLERINI, The priorities dilemma in the EU preventive restructuring directive: Absolute or relative priority rule?, in Insolvency Review, https://0-doiorg/10.1002/iir.1399, 2020,1 ss.

A ben vedere, già la legge fallimentare conosceva all'art. 182-*ter* l.f. una regola di priorità relativa laddove consentiva contemporaneamente la falcidia dei crediti tributari e delle agenzie fiscali ed il pagamento di categorie di creditori inferiori purchè il trattamento riservato a tali creditori non fosse inferiore al valore ricavabile dalla liquidazione dei beni o diritti sui quali insiste il privilegio e purchè l'esperto indipendente attestasse il miglior trattamento riservato.

Non vi è dubbio che la regola della priorità relativa agevoli l'approvazione dei piani di risanamento in quanto consente al debitore di liberare risorse a favore di categorie dissenzienti rispetto all'approvazione del piano in quanto potenzialmente escluse dalla possibilità di trarre benefici; l'applicazione di tale regola consentirebbe persino al debitore ed ai soci di maggioranza di preservare un valore nel contesto del piano e di recepire utilità. Questione che ha posto il dubbio sulla ammissibilità e compatibilità di una regola simile con il principio sancito dall'art. 2740 c.c.[14].

Il nostro ordinamento, già in epoca anteriore all'entrata in vigore della Direttiva *Insolvency*, invero, aveva optato per la regola della priorità relativa: la lettura dell'art. 160, comma 2, l.f conferma che era ammissibile che il piano concordatario (o di ristrutturazione dei debiti) prevedesse il pagamento non integrale dei creditori muniti di privilegio[15]. Tuttavia, ciò era ammesso a condizione che il piano non avesse previsto un soddisfacimento di tali creditori (privilegiati) in misura inferiore a quella che essi avrebbero realizzato grazie alla collocazione preferenziale dei propri crediti sui beni gravati da diritti di prelazione nell'ipotesi liquidatoria.

Tale previsione è nella sostanza confermata all'art. 84, comma 5, CCII con l'ulteriore precisazione che il trattamento riservato non deve, in ogni caso, risultare inferiore al valore realizzabile in sede di liquidazione dei beni sui quali sussiste la causa di prelazione «*al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o al diritto e della quota parte delle spese generali attestato da professionista indipendente*».

---

[14] Ma v. le considerazioni di G. FERRI JR., *La struttura finanziaria della società in crisi*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 477 ss.; G. D'ATTORRE, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato spettano solo ai creditori o anche al debitore*?, in *Fall.*, 2017, 316 s.

[15] Sul criterio di valutazione del patrimonio ai fini della falcidiabilità del credito privilegiato nel senso del patrimonio c.d. statico o c.d. dinamico (derivante dai flussi generati dalla continuazione dell'attività d'impresa v. G. BALLERINI, *Art. 160, comma 2°, l. fall. (art. 85 c.c.i.i.), surplus concordatario e soddisfazione dei creditori privilegiati nel concordato preventivo, cit.*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2021, 625.; D'ATTORRE, *La distribuzione del patrimonio del debitore tra* absolute priority rule e relative priority rule, cit., in *Fall.*, 2020, 1071, e rif. ivi.

La comparazione tra attivo realizzabile a favore dei creditori privilegiati rispetto all'ipotesi liquidatoria va, tuttavia, effettuata non già rispetto al singolo bene su cui insiste il privilegio, ma su tutta la massa mobiliare dovendo complessivamente risultare che il trattamento riservato ai creditori privilegiati non sia inferiore rispetto al valore aggregato realizzabile degli *assets* in sede liquidatoria non potendosi, in ogni caso, soddisfare i creditori chirografari prima di aver messo a disposizione dei privilegiati tutto il patrimonio presente e futuro del debitore[16].

Il che aprirebbe la strada, come è stato osservato, ad un utilizzo parziale della massa immobiliare a favore dei creditori chirografari nella (sola) ipotesi di ultra capienza del valore dei beni su cui insistono i privilegi; col che i creditori chirografari potrebbero soddisfarsi solo *de residuo* dal valore di tali beni che non siano destinati al soddisfacimento di creditori privilegiati o risorse esterne purché tali apporti siano "neutri" rispetto alla situazione patrimoniale di partenza del debitore[17]

A chiarire la portata innovativa della disciplina di recente conio si pone la Direttiva *Insolvency* che all'art. 11, par. 1, lett. *c*) prevede, come regola generale, in caso di ristrutturazione con più classi di creditori (c.d. ristrutturazione trasversale o *cross class cram donw*)[18], quella della priorità relativa, secondo cui le classi di voto dissenzienti di creditori interessati ricevono «*un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori*».

Il che apre la strada a ristrutturazioni favorevoli persino ai titolari di posizioni *equity* (o se sei preferisce di *residual claimants*) quali i soci che potrebbero usufruire, pur sempre nel rispetto del trattamento migliore delle classi antergate, altresì di un soddisfacimento. Infatti, l'articolo 120-*quater* CCII prevede proprio la possibilità di distribuzione del plusvalore concordatario ai soci.

---

[16] Per una applicazione rigida della regola della priorità cfr. *ex plurimis* Trib. Monza, 23 settembre 2020, in Fallimento, 2021, 278; Trib. Milano, 22 dicembre 2020, in *Fall*., 2021, 279 Trib. Padova 24 gennaio 2019, in Dir. fall., 2020, 865; in termini analoghi v. *ex multis* Trib. Rimini, 10 maggio 2018, in *www.ilcaso.it*; Trib. Milano, 15 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it;* Trib. Belluno, 17 febbraio 2017, in *www.ilcaso.it*; App. Venezia 12 maggio 2016, in *www.ilcaso.it;* Trib. Bergamo ,26 settembre 2013, in *www.ilfallimentarista.it*; Trib. Milano, 4 ottobre 2012, in *www.ilcaso.it.*

[17] A. BASSI, *La «finanza esterna» nel concordato preventivo tra finanziamento del debitore e finanziamento della iniziativa, cit.*, in *Giur. Comm*., 2019, 181.

[18] V. G. LENER, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla "distribuzione" del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa),* in *www.dirittodellacrisi.it*, 2022.

Il nuovo art. 120-*quater*, primo comma, stabilisce del resto che «*Fermo quanto previsto dall'articolo 112, se il piano prevede che il valore risultante dalla ristrutturazione sia riservato anche ai soci anteriori alla presentazione della domanda, il concordato, in caso di dissenso di una o più classi di creditori, può essere omologato se il trattamento proposto a ciascuna delle classi dissenzienti sarebbe almeno altrettanto favorevole rispetto a quello proposto alle classi del medesimo rango e più favorevole di quello proposto alle classi di rango inferiore, anche se a tali classi venisse destinato il valore complessivamente riservato ai soci. Se non vi sono classi di creditori di rango pari o inferiore a quella dissenziente, il concordato può essere omologato solo quando il valore destinato al soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe dissenziente è superiore a quello complessivamente riservato ai soci*».

La *ratio* dell'intervento normativo, che appare senza dubbio quello di più grande respiro, risiede nel potere di incentivare in special modo i titolari del capitale sociale o di partecipazioni munite di diritti speciali ad investire nella prosecuzione dell'attività d'impresa attraverso interventi sul capitale. Ciò che appare davvero dirompente rispetto al passato è che ora anche i soci, quali titolari del capitale sociale o di strumenti finanziari partecipativi, potranno essere incentivati ad investire sulla continuità aziendale ricevendo valore dalla prosecuzione dell'attività d'impresa nell'ambito dell'utilità ritraibile dalla prosecuzione dell'attività di impresa.

Del resto, a differenza dello strumento della finanza prededucibile che genera ulteriore debito verso il finanziatore il legislatore prende atto della posizione di naturale postergazione dei soci che consegue a situazioni di insolvenza attuale o prospettica in cui essi avrebbero dovuto intervenire spontaneamente ante tempo proprio sul patrimonio netto in funzione preventiva della crisi. Ad essi viene data la possibilità attraverso il classamento di intervenire salvaguardando la prosecuzione dell'attività d'impresa.

La *relative priority* consente, invece, ai soci ai quali "naturalmente" non spetterebbe nulla di poter "governare" la ristrutturazione dell'impresa. Il potere ad essi conferito, seppure *a contrariis* mediante il dissenso classato, appare peraltro significativo della volontà legislativa di non voler prescindere dai titolari del capitale sociale.

Il secondo comma sottrae alle regole in materia di distribuzione del valore, e alle conseguenti limitazioni, il mantenimento di una partecipazione dei soci che sia conseguente a nuovi conferimenti e, solo nel caso di imprese minori, anche di nuovi apporti dei soci in forma diversa da quella del conferimento o del versamento a fondo perduto, come previsto dal Cons. 59 della direttiva.

Occorre evidenziare, inoltre, che il terzo comma attribuisce ai soci la tutela del c.d. "diritto di proprietà", sotto forma di diritto al mantenimento

dell'eventuale valore di liquidazione della partecipazione: è previsto, infatti, che essi possano opporsi all'omologazione del concordato al fine di far valere il pregiudizio subito rispetto all'alternativa liquidatoria. Il comma 4 dà quindi attuazione all'articolo 2, par. 1, n. 9) della direttiva, che consente l'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva a tutti gli "imprenditori", per tali tuttavia intendendosi tutte le persone fisiche che esercitano "un'attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale". Come è stato osservato in dottrina non pare compito agevole individuare cosa debba rappresentare "trattamento più o meno favorevole" rispetto a classi di creditori in quanto i soci per definizione non sono titolari di un diritto di credito[19].

L'art. 120-*quater*, secondo comma, dispone a tale riguardo che *Per valore riservato ai soci si intende il valore effettivo, conseguente all'omologazione della proposta, delle loro partecipazioni e degli strumenti che attribuiscono il diritto di acquisirle, dedotto il valore da essi eventualmente apportato ai fini della ristrutturazione in forma di conferimenti o di versamenti a fondo perduto oppure, per le imprese minori, anche in altra forma.*

Il che conferma che il valore riservato ai soci non può derivare dall'incremento patrimoniale che si sia realizzato a seguito di interventi sul patrimonio effettuati dai soci stessi; bensì dal *surplus* concordatario nella sua accezione più ristretta quale incremento dovuto alla (sola) prosecuzione dell'attività d'impresa. A tal riguardo assumerà rilevanza il valore di produzione al netto dei costi maturati nel periodo successivo all'accesso alla procedura in continuità.

La Relazione illustrativa fornisce, peraltro, una sorta di interpretazione autentica stabilendo che, «occorre dunque "misurare" il trattamento riservato ai soci, tenendo conto che l'obiettivo della normativa è quello di permettere che il tribunale possa omologare il quadro, nonostante il dissenso di una o più classi, se il valore di liquidazione del patrimonio è distribuito tra i creditori secondo la regola di priorità assoluta e il plusvalore da continuità è assegnato, ai creditori ed eventualmente ai soci, in una misura tale che il trattamento riservato a ciascuna delle classi dissenzienti sia almeno pari a quello delle classi di pari rango e più favorevole di quello riservato alle classi inferiori».

Come è stato efficacemente evidenziato[20], tale criterio risulta, tuttavia, inapplicabile in caso di dissenso dell'unica classe di creditori collocata al rango immediatamente superiore a quello dei soci in quanto l'ammissibilità di una classe di soci a cui vengono destinate risorse generate dalla continuità aziendale

[19] V. G.P. MACAGNO, *La distribuzione di valore tra regole di priorità assoluta e relativa. Il plusvalore da continuità*, op. cit.

[20] P. MACAGNO, op. cit.

dipende essenzialmente dal fatto che le categorie di creditori anteriori in grado siano soddisfatte in tutto o in parte e nel secondo caso che la loro soddisfazione sia superiore a quella riservata ai soci medesimi; per tale ragione, nell'ultimo periodo del primo comma si prevede che, in questo solo caso, al fine di verificare il rispetto delle suddette regole, il valore assoluto destinato a tale classe debba essere superiore a quello riservato ai soci.

Infine, va ricordato che l'articolo 120-*ter* prevede la possibilità del classamento dei soci, rendendolo obbligatorio nel caso in cui vengano incisi direttamente i loro diritti e in ogni caso per le grandi imprese e per le società a capitale diffuso: in presenza di diritti diversi riconosciuti ai soci dallo statuto originario o come modificato a seguito della ristrutturazione, il classamento richiede la formazione di una pluralità di classi corrispondenti. La formazione delle classi consente ai soci di esprimere il diritto di voto sulla proposta, in misura proporzionale alla partecipazione al capitale e indipendentemente dai diritti di voto loro riconosciuti dallo statuto. I soci votano secondo le regole previste per l'espressione del voto da parte dei creditori, con l'unica differenza che, con riguardo ai soci e in relazione al loro possibile e razionale disinteresse, opera un meccanismo di silenzio assenso.

È comunque consentito allo Stato Membro di esercitare l'opzione a favore della priorità assoluta, prevedendo «*che i diritti dei creditori interessati di una classe di voto dissenziente siano pienamente soddisfatti con mezzi uguali o equivalenti se è previsto che una classe inferiore riceva pagamenti o mantenga interessi in base al piano di ristrutturazione*" (art. 11, par. 2).

Si tratta di una disposizione importante che consente di stabilire la condizione di equivalenza sostanziale tra priorità assoluta che presuppone il soddisfacimento integrale delle classi superiori con la possibilità di soddisfacimento anche di classi inferiori purchè gli antergati vengano soddisfatti con mezzi uguali o equivalenti (rispetto a quelli destinati alle classi inferiori), ferma restando per il concordato in continuità aziendale la possibilità di usufruire di elementi dell'attivo generati dalla gestione dell'impresa (c.d. surplus concordatario) che non preesistevano nel patrimonio del debitore alla data di proposizione della domanda ma che si generano per effetto della prosecuzione dell'attività di impresa in via diretta o indiretta.

Nell'impianto del CCII il rispetto delle disposizioni normative relative alla classificazione dei creditori ai fini della formazione delle classi appare ancora configurare condizione di ammissibilità della domanda (art. 160, comma 2, l.f.; art. 85 comma 6 CCII) con la conseguenza che il suo rispetto non costituisce effetto del voto maggioritario ma si colloca ex ante quale elemento pregiudiziale di valutazione di ammissibilità della proposta stessa da parte del tribunale. Non trattandosi di diritto disponibile (quello di accettare la falcidia del privilegio) da

parte della maggioranza la sua deroga presuppone il consenso dei singoli creditori che sono interessati dalla proposta di falcidia[21].

Riepilogando in sintesi: nel concordato con continuità aziendale la formazione delle classi è obbligatoria ed è richiesto ai fini della approvazione del piano e della proposta il consenso unanime di tutte le classi (art. 112, comma 1, lett. *f*) CCII); tale regola può tuttavia essere mitigata a favore della regola maggioritaria per classi allorché, su richiesta del debitore o con il consenso del debitore in caso di proposte concorrenti, ancorché vi siano una o più classi dissenzienti, qualora ricorrano congiuntamente le condizioni stabilite dall'art. 112 comma 2 lett. a), b), c) e d) ovvero il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; il valore eccedente quello della liquidazione è distribuito in modo che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore (fermo l'ordine dei privilegi stabiliti dall'art. 2751-*bis* come richiamato dall'art. 84, comma 7, CCII); nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito; la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi purchè almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione oppure in mancanza la proposta sia approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

Il nuovo sistema per come delineato consente attraverso l'unanimità di derogare completamente all'ordine dei privilegi stabilito dal codice civile ed anche la formazione delle classi consente di attribuire valore a creditori che in forza dell'ordine dei privilegi e delle cause legittime di prelazione non avrebbero alcun titolo a ricevere utilità.

In ogni caso il tribunale può omologare nonostante l'opposizione di un creditore dissenziente il concordato in continuità aziendale quando secondo la proposta e il piano il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

[21] Nonostante la dottrina abbia colto un elemento di differenziazione rispetto alla Direttiva Insolvency la quale prevede alla stregua del Chapter 11 come la regola distributiva rappresenti invece una forma di tutela di classe collettiva, e costituisca un limite inderogabile solo nel caso in cui una classe di creditori non approvi il piano, così essendo disponibile da parte della maggioranza (nella forma dell'approvazione di tutte le classi interessate) v. in tal senso G.P. MACAGNO, *La distribuzione di valore tra regole di priorità assoluta e relativa. Il plusvalore da continuità, op. cit*.

**5. La nuova transazione fiscale**

La nuova disciplina della transazione fiscale prevista dall'art. 182-*ter* l.f., è confluita nell'art. 88 del CCII con l'importante novità prevista dal comma 2-*bis* introdotto, ancora una volta, in sede di recepimento della Direttiva *Insolvency* ai sensi del quale il «*tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'articolo 109, comma 1, e, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente* ***o*** *non deteriore rispetto all'alternativa liquidatori*a"; l'altra concerne l'*incipit* del citato articolo 88, in base al quale le disposizioni in esso previste si applicano "*Fermo restando quanto previsto, per il concordato in continuità aziendale, dall'articolo 112, comma 2, […]*».

La nuova formulazione della disciplina del concordato con transazione fiscale prevede che il tribunale omologhi il concordato anche in assenza di adesione (eliminato l'originario riferimento al voto che avrebbe imposto una dichiarazione di volontà che si voleva viceversa evitare alla luce della prassi applicativa che vedeva di sovente l'amministrazione finanziaria silente) quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento della maggioranza dei crediti ammessi al voto e sulla base della relazione dell'attestatore risulta che la proposta di soddisfacimento della amministrazione finanziaria o degli enti gestori della previdenza "*è conveniente o non deteriore rispetto all'alternativa liquidatori*a".

Il *cram down* si fonda, pertanto, su di un giudizio non di miglior soddisfacimento ma, al contrario, di non minore convenienza rispetto all'ipotesi liquidatoria.

La stessa *ratio* ispira anche il comma 2 del medesimo art. 88 che stabilisce che «*L'attestazione del professionista indipendente, relativamente ai crediti tributari e contributivi, ha ad oggetto anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale e, nel concordato in continuità aziendale, la sussistenza di un trattamento non deteriore*».

Alcune criticità si evidenziano dal tenore letterale della norma poiché riguardo all'attestazione, è previsto che la valutazione della proposta in base al criterio del trattamento non deteriore rilevi solo per il concordato in continuità senza pur tuttavia precisare rispetto a quale parametro o elemento di comparazione la non deteriorità dovrebbe essere valutata.

Dubbi analoghi derivano dalla disciplina in materia di omologa ove viene stabilito che il presupposto del trattamento non deteriore dei crediti tributari e

contributivi va valutato rispetto al trattamento a essi spettante in caso di liquidazione giudiziale, analogamente a quanto previsto per il criterio della convenienza ma non viene precisato se tale criterio valga solo per il concordato in continuità.

**6. Il voto nel concordato**

Scompare dal tessuto normativo in materia di concordato preventivo qualsiasi riferimento all'adunanza dei creditori quale sede ideale deputata alla manifestazione del voto da parte dei creditori.

Come avverte la dottrina puntualmente[22] non si tratta di una svista da parte del legislatore in quanto l'adunanza dei creditori già nella prassi applicativa aveva subito un processo di svalutazione assimilabile a quello dell'assemblea delle società di capitali sempre più esposte a decisioni extra assembleari dei soci di controllo che rendono superfluo il confronto dialettico in una adunanza.

Il legislatore ispirandosi al sistema normativo previsto per il concordato fallimentare ha stabilito all'art. 47, comma 1, CCII lett. c), che con il provvedimento di apertura il tribunale "stabilisce, in relazione al numero dei creditori, alla entità del passivo e alla necessità di assicurare la tempestività e l'efficacia della procedura, la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione da soggetti terzi e fissa il termine per la comunicazione del provvedimento ai creditori"; inoltre l'art. 104- che, come opportunamente rilevato, impropriamente ha conservato la rubrica dell'art. 171 l. fall. di "convocazione dei creditori" - dispone che il commissario giudiziale, effettuata la verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori, provvede a comunicare ai creditori «un avviso contenente la data iniziale e finale del voto dei creditori, la proposta del debitore, il decreto di apertura».

Forse come è stato opportunamente osservato non si tratta solo di una misura di semplificazione procedurale (peraltro estesa anche ad altre procedure quali la composizione negoziata della crisi, la composizione della crisi da sovraindebitamento) a cui fa da pendant la possibilità di espressione del voto in via telematica ma dall'eliminazione della adunanza dei creditori potrebbero derivare effetti avversi dovuti alla mancanza di collegialità e dal confronto tra le parti. Sistema che potrebbe acuire i contenziosi invece che disincetivarli grazie al confronto diretto e ai chiarimenti che possono essere forniti.

[22] Sul tema in senso critico v. G. BOZZA, *Il sistema delle votazioni nei concordati tra presente e futuro*, in *www.ristrutturazioniaziendali.it* , 2022.

Certo è che il legislatore ha puntato sulla manifestazione di voto espressa da comunicarsi a mezzo posta elettronica certificata al commissario giudiziale (norma che colma una lacuna esistente nella legge fallimentare in cui non era previsto in realtà il meccanismo di manifestazione di voto ed il soggetto destinatario).

Il tribunale nel sistema del CCII deve fissare un termine inziale e finale per l'esercizio del voto in modo da impedire, a salvaguardia del voto consapevole, che i creditori possano esprimere il voto prima del deposito della relazione del commissario giudiziale Eliminata, infatti, l'adunanza dei creditori viene evidentemente esclusa anche la possibilità di esprimere il voto nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale dell'adunanza, ammessa dal vigente quarto comma dell'art. 178 l.f. e il nuovo legislatore, per sopperire alla soppressione di questa facoltà, ha, oltre ad una data iniziale, richiesto che sia fissata anche una data finale entro cui far pervenire il voto.

Riproduzione riservata

# PIANO DI RISTRUTTURAZIONE OMOLOGATO (PARTE PRIMA): PRESUPPOSTI, REQUISITI, AMBITO DI APPLICAZIONE, GESTIONE DELL'IMPRESA. E UNA (NON LIEVE) CRITICITA' *

STEFANO AMBROSINI

**Sommario**: 1. Premessa – 2. Definizione e natura dell'istituto. – 3. Origine dell'istituto e possibili criticità: rischio di eccesso di delega e di superamento dei livelli minimi di regolazione. – 4. Finalità, presupposti e requisiti di omologabilità. – 5. Ambito di applicazione. – 6. Gestione dell'impresa e obblighi del debitore.

**Abstract**: Il presente contributo è incentrato sulle novità da ultimo apportate al Codice della crisi ad opera del D.Lgs. n. 83/2022: dal piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione alla posizione dei soci nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, dal concetto di crisi alla posizione degli amministratori di società in crisi, fino agli aspetti salienti della nuova disciplina del concordato preventivo. Con una notazione critica di fondo sulle persistenti lacune dell'impianto riformatore.

**Parole chiave**: diritto della crisi e dell'insolvenza, composizione negoziata della crisi, codice della crisi, procedure concorsuali.

**Abstract**: This essay focuses on the latest changes made to the Italian Insolvency Code ("Codice della crisi") by Legislative Decree No. 83/2022: from the restructuring plan subject to granting of judicial approval ("homologation") to the position of shareholders in the context of the

* Il presente contributo anticipa alcune riflessioni che saranno sviluppate e completate dall'autore in sede di esame degli artt. 64-*bis*, *ter* e *quater*, nell'ambito del Commentario al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, diretto da Alberto Maffei Alberti (di prossima pubblicazione per i tipi della CEDAM).

Riproduzione riservata

instruments for regulating crisis and insolvency, from the concept of crisis to the position of directors of companies in crisis, and to the salient aspects of the new regulations on composition with creditors. With a basic critical notation on the persistent shortcomings of the reforming framework.

**Keywords**: bankruptcy law, "negotiated crisis resolution", Italian Insolvency Code ("Codice della Crisi d'impresa"), bankruptcy proceedings.

## 1. Premessa

Il Capo I-bis del Titolo IV, innestato nella precedente struttura del codice della crisi dal d.lgs. n. 83/2022, è interamente dedicato a un istituto di nuovo conio: il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione. La relativa disciplina è contenuta in tre disposizioni: l'art. 64-*bis*, dedicato soprattutto a presupposti, finalità e contenuto di detto piano, nonché alle fasi salienti del procedimento; l'art. 64-*ter*, riguardante l'ipotesi di mancata approvazione da parte anche solo di una classe (e quindi di non conseguimento dell'unanimità delle classi); l'art. 64-*quater*, inerente alla conversione di tale piano in concordato preventivo, nonché - sebbene la rubrica della norma lo ometta - all'ipotesi inversa di modifica del concordato in piano di ristrutturazione omologato.

In questa prima parte del commento ci si soffermerà esclusivamente sui profili indicati nel sommario.

## 2. Definizione e natura dell'istituto

Alla luce delle previsioni di cui all'art. 64-*bis*, che saranno esaminate nel prosieguo, il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione può definirsi come lo strumento di regolazione delle crisi o dell'insolvenza che, al cospetto del voto favorevole espresso da tutte le classi di creditori, può derogare alle regole distributive tipiche delle procedure concorsuali e venire (ciò malgrado) omologato.

Proprio la derogabilità degli artt. 2740 e 2741 c.c., nonché la possibilità di alterare l'ordine legale delle cause di prelazione, hanno immediatamente sollevato l'interrogativo circa la riconducibilità dell'istituto al novero delle procedure concorsuali[1], anche se la risposta pare dipendere essenzialmente dalla

[1] PACCHI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in PACCHI-AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2022, pp. 156 ss. in corso di stampa.

nozione di concorsualità che si ritiene di adottare[2], tenendo conto dell'approdo "minimalista" della più recente giurisprudenza di legittimità in materia[3]. Di certo, comunque, vi è il fatto che per effetto della previsione in commento il principio della *par condicio creditorum*, già da tempo declinante, subisce in tal modo un ulteriore, durissimo, colpo.

Per ciò che attiene alla collocazione "nel sistema", in dottrina si è osservato che l'istituto si situa in una posizione intermedia tra il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa[4]. Più persuasiva, in realtà, risulta la tesi di chi vi scorge "le caratteristiche tipiche del concordato preventivo"[5]: non solo perché il piano in esame non si basa su una volontà propriamente negoziale e non richiede il soddisfacimento integrale dei creditori "estranei", ma soprattutto perché postula fin dall'inizio la presenza del giudice delegato, contempla la necessità della votazione dei creditori e produce effetti esdebitatori anche nei confronti dei dissenzienti.

Donde, fra l'altro, l'idea secondo la quale la disciplina in commento ben si sarebbe potuta collocare nell'ambito di quella dedicata al concordato preventivo senza bisogno di creare una figura *ad hoc*[6], con ciò scongiurando un'eccessiva proliferazione di istituti all'interno dell'ordinamento concorsuale, messa in evidenza fin dai primi commenti[7], oltre che dal parere del Consiglio di Stato di cui ci si appresta a trattare.

---

[2] Sul punto, da ultimo, NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2020, *passim*; AMBROSINI, *Il "catalogo" degli strumenti normativi: caratteri e presupposti*, in PACCHI-AMBROSINI, *op. cit*. pp. 41 ss.; D'ATTORE, *La concorsualità "liquida" nella composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2022, pp. 301 ss.

[3] Per ampi *obiter dicta* sul tema v. Cass. SS. UU., 31 dicembre 2021, n. 42093, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 2 gennaio 2022, con bel commento di CASA, *La "quadratura del cerchio"; note minime su una sentenza importante*, *ivi*, 24 gennaio 2022.

[4] FABIANI, *L'avvio del codice della crisi*, in *dirittodellacrisi.it*, 5 maggio 2022, p. 10 ss.; PACCHI, *op. cit*.

[5] BOZZA, *Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in *dirittodellacrisi.it*, 7 giugno 2022; nello stesso senso STANGHELLINI, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della Direttiva europea in materia di quadri di ristrutturazione preventiva"*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 21 luglio 2022, p. 11.

[6] STANGHELLINI, *op. cit*., p. 13, nota 19, il quale, nel dissentire schiettamente da Fabiani, critica la scelta "che ha portato all'introduzione di un nuovo (ed ennesimo) strumento in un sistema concorsuale già complesso"; nel medesimo senso BOZZA, *op. cit*., p. 41.

[7] AMBROSINI, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. n. 83/2022:brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo),* in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 17 luglio 2022, pp. 4 e 22; STANGHELLINI, *op. cit*., p. 13.

**3. Origine dell'istituto e possibili criticità: rischio di eccesso di delega e di superamento dei livelli minimi di regolazione**

Per ciò che concerne la "fonte" dell'introduzione nell'ordinamento del piano di ristrutturazione omologato, essa viene individuata nella Direttiva UE n. 1023/2019[8], giacché con detto piano - si legge nella Relazione illustrativa - "si intende dare attuazione alle previsioni degli articoli 9, 10 e 11, paragrafo 1, della direttiva" (norme, queste, che disciplinano l'adozione e l'omologazione del piano di ristrutturazione e la c.d. ristrutturazione trasversale).

Il rapporto fra la normativa nazionale e la Direttiva[9], tuttavia, è alquanto controverso, specie per via delle critiche contenute nell'articolato parere reso dal Consiglio di Stato in data 13 maggio 2022 (e pubblicato il giorno stesso su *ristrutturazioniaziendali.il caso.it*).

Muovendo dall'erroneo riferimento della bozza di Relazione illustrativa al solo art. 11 (che in effetti disciplina l'ipotesi di classi *dissenzienti*, laddove l'art.64-*bis* del codice presuppone *l'unanimità* delle classi *a favore* della proposta), il Consiglio di Stato ha affermato che l'introduzione del piano di ristrutturazione omologato presenta profili di contrasto con principi e criteri direttivi della legge di delegazione europea 2019/2020 (L. n. 53 del 22 aprile 2021), dal momento che, "per un verso, (...) appare frustrata la finalità di semplificazione normativa, per altro verso si introducono profilo di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla direttiva, senza peraltro adeguata motivazione". Si ritiene invero, da parte di tale organo, che "sarebbe stato sufficiente l'adattamento realizzato mediante le suddette innovazioni agli accordi di ristrutturazione dei debiti e al concordato preventivo in continuità aziendale", costituendo "un dato oggettivo la moltiplicazione degli strumenti regolatori della crisi, con parziali possibili sovrapposizioni e difficoltà di individuazione dei presupposti per l'accesso all'uno o all'altro". Di qui la conclusione che dall'introduzione dell'istituto in parola è scaturita "una disciplina complessivamente poco intellegibile e comunque non in linea con gli obiettivi di semplificazione perseguiti dalla direttiva".

Nella versione definitiva della Relazione illustrativa, di contro, si fa notare che in realtà gli artt. 64-*bis* e *ter* assolvono il compito di disciplinare "il

[8] BOZZA, *op. cit.*, pp. 2 ss. (pur in chiave critica); BONFATTI, *Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in *dirittodellacrisi.it*, 15 agosto 2022.

[9] Sul rapporto fra la Direttiva UE e gli istituti del concordato in continuità e della composizione negoziata si vedano, in luogo di altri, PANZANI, *La composizione negoziata alla luce della Direttiva Insolvency*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 31 gennaio 2022, e VELLA, *La spinta innovativa dei quadri di ristrutturazione preventiva europei sull'istituto del concordato preventivo in continuità aziendale*, ivi, 1 gennaio 2022.

contenuto del piano quando il debitore sia convinto (...) di poter ottenere l'unanimità delle classi e non già di dover contare sulla ristrutturazione trasversale. In assenza di una norma *ad hoc* - si afferma - non ci sarebbe risposta all'interrogativo di quale debba essere il contenuto del piano che il debitore propone ai creditori quando ipotizza di poter ottenere l'unanimità delle classi".

Come si vede, Consiglio di Stato e Governo si sono, per così dire, sintonizzati su lunghezze d'onda differenti e non è del tutto certo che le giustificazioni offerte dalla Relazione illustrativa siano in concreto ritenute completamente appaganti. Pertanto, ove in giurisprudenza dovessero riscontrarsi, nella disciplina di cui trattasi, profili di contrasto e comunque di discontinuità rispetto al contenuto della Direttiva *Insolvency*, potrebbe venire sollevata l'eccezione di incostituzionalità delle norme sul piano di ristrutturazione omologato per eccesso di delega; e ciò proprio perché potrebbe fondatamente dubitarsi del fatto che l'introduzione dell'istituto in commento costituisca - come invece necessariamente dovrebbe essere - *attuazione della Direttiva*, non sembrando essere imposta da alcuna sua disposizione. E si tratta, com'è chiaro, di una non lieve criticità insita nella nuova disciplina[10].

## 4. Finalità, presupposti e requisiti di omologabilità

La finalità perseguita dalla norma risiede - come già anticipato - nel consentire al debitore, alle condizioni infra illustrate, di prevedere il soddisfacimento dei creditori mediante la distribuzione del valore generato dal piano avvalendosi della facoltà - questo, come si diceva, il *proprium* della fattispecie *ex* art. 64-*bis* - di derogare anzitutto alle disposizioni del codice civile in tema di responsabilità patrimoniale del debitore e di parità di trattamento fra creditori (artt. 2740 e 2741): ne consegue non solo la possibilità per il debitore di non osservare la regola della *par condicio*, ma anche quella di destinare ai creditori esclusivamente una parte del proprio patrimonio[11]. In secondo luogo, la norma autorizza il debitore a distribuire il valore generato dal piano in deroga alle previsioni sulla graduazione delle cause legittime di prelazione: in tal modo il legislatore ha recepito le critiche di attenta dottrina[12] rispetto all'articolato predisposto dalla commissione di riforma, nel quale detto aspetto non era stato considerato.

[10] Di "non marginale problematica" parla in proposito anche BOZZA, *op. cit.*, p. 3, secondo il quale l'introduzione di questa fattispecie non è imposta dalla Direttiva (*ivi*, p. 41).

[11] Come giustamente posto in evidenza da PACCHI, in PACCHI-AMBROSINI, *op. cit*.

[12] BOZZA, *op. cit.*, pp. 8-9.

Quanto ai presupposti soggettivo e oggettivo dell'istituto, il medesimo primo comma dell'art. 64-*bis* risulta, al riguardo, perspicuo (di là dalla non felice formulazione della norma circa l'onere probatorio posto in capo al debitore): possono accedere allo strumento di cui trattasi gli imprenditori "sopra soglia" che versano in stato di crisi o di insolvenza. Vi è dunque identità di presupposti rispetto al concordato preventivo, mentre dal raffronto con gli artt. 56 e 57 emerge che le altre soluzioni negoziate della crisi hanno uno spettro di applicazione più ampio, atteso che gli accordi di ristrutturazione sono fruibili anche dagli imprenditori agricoli e gli accordi esecutivi di piani attestati di risanamento ricomprendono (verosimilmente) pure gli imprenditori minori.

Con riguardo poi ai requisiti richiesti dalla legge ai fini dell'omologazione del piano, essi, in base al disposto dell'art. 64-*bis*, consistono (i) nell'obbligatoria suddivisione in classi del ceto creditorio; (ii) nell'indefettibile adempimento dei debiti verso i lavoratori entro trenta giorni dall'omologazione; (iii) nella presenza di un'attestazione indipendente in ordine alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano; (iv) nell'accertata ritualità della proposta e correttezza dei criteri di formazione delle classi; (v) nella imprescindibile approvazione della proposta da parte di tutte le classi.

Fra i requisiti richiesti non figura quello relativo alle condizioni di falcidiabilità dei creditori privilegiati, non risultando più richiamato, rispetto all'elaborato della commissione di riforma (oggetto anche sul punto di critica in dottrina[13]), il quinto comma dell'art. 84[14].

Ne deriva che non vi è quel limite alla falcidiabilità dei privilegiati, proprio invece del concordato preventivo, rappresentato dal valore realizzabile in caso di liquidazione dei beni oggetto di prelazione quale regolato dal predetto quinto comma e quindi calcolato al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti a tali beni e della quota parte delle spese generali: di tal che i privilegiati possono essere soddisfatti anche in misura inferiore a tale valore.

La (parziale) tutela approntata dalla legge a loro beneficio è data, in ogni caso, dal necessario consenso di tutte le classi, incluse quindi quelle dei privilegiati.

## 5. Ambito di applicazione

La norma non chiarisce *ex professo* quale sia il perimetro applicativo del piano di ristrutturazione omologato, vale a dire se il debitore possa formulare

[13] PLATANIA, *Piano di ristrutturazione soggetto ad omologa*, in *ilfallimentarista.it*, aprile 2022.

[14] Il punto è messo in luce anche da BONFATTI, *op. cit.*, pp. 7 ss.

una proposta di tipo liquidatorio, o se al contrario in essa vada inderogabilmente contemplata la continuità aziendale, diretta o indiretta. Il punto appare controvertibile, se è vero che in uno dei primi commenti alla norma (nella sua versione non definitiva) si è sostenuta la seconda tesi, argomentata sulla scorta di una serie di concorrenti rilevi[15], mentre in altro saggio, pubblicato all'indomani del d. lgs. n. 83/2022, si è predicata la soluzione più permissiva, includendo anche l'ipotesi di liquidazione atomistica[16].

Ora, il silenzio serbato in proposito dall'art. 64-*bis*, specie se raffrontato con il tenore dell'art. 84, e l'esplicito richiamo all'ottavo comma di quest'ultima disposizione (il solo a essere menzionato), il quale si riferisce al "piano che prevede la liquidazione del patrimonio", sembrano orientare l'interprete nella direzione che la norma non riguardi le sole ipotesi di prosecuzione (diretta o indiretta) dell'attività d'impresa, ma possa utilizzarsi pure in ambito liquidatorio. E nel medesimo senso pare deporre la genericità dell'espressione "valore generato dal piano", che sembra appunto potersi fondare (anche soltanto) sulla dismissione dei cespiti aziendali. Conclusione, questa, avvalorata inoltre dal richiamo al primo comma dell'art. 87 in tema di contenuto del piano di concordato, la cui lettera d) parla testualmente di "modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni".

Per contro, il rimando, ad opera del nono comma dell'art. 64-*bis*, a disposizioni dettate per il solo concordato in continuità non risulta decisivo, giacché esse, al pari delle altre menzionate, si applicano "in quanto compatibili". Né determinante appare la previsione del quinto comma circa la gestione "ordinaria e straordinaria" dell'impresa attribuita al debitore, dal momento che anche l'art. 94, pacificamente applicabile al concordato liquidatorio, stabilisce che egli conserva "l'esercizio dell'impresa" (e in entrambi i casi si precisa che ciò avviene sotto il "controllo"/"vigilanza" del commissario giudiziale).

Nell'ipotesi meno restrittiva qui formulata, ad ogni modo, il piano liquidatorio non dovrebbe essere vincolato né al soddisfacimento dei chirografari in misura non inferiore al 20%, né all'apporto di un *quid pluris* esterno, stante l'omesso richiamo del quarto comma dell'art. 84. Di qui, se le cose stanno - come pare - nei termini anzidetti, un ulteriore elemento di forte appetibilità del rimedio in questione, anzitutto rispetto al concordato preventivo; sebbene vada soggiunto che il conseguimento della maggioranza in tutte le classi non sembra propriamente agevole, specie quando vi siano creditori

[15] BOZZA, *op. cit.*, p. 6-7.

[16] AMBROSINI, *op. cit.*, p. 5.

pubblici qualificati o creditori (tipicamente banche e fornitori) nei confronti dei quali sia in corso un contenzioso con il debitore[17].

**6. Gestione dell'impresa e obblighi del debitore**

Con una previsione che ricalca quella dell'art. 21 in tema di composizione negoziata, il quinto comma dell'art. 64-*bis* stabilisce che dalla data di presentazione della domanda e fino all'omologazione l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, sotto il controllo del commissario giudiziale secondo quanto previsto nel comma 6. E il richiamo a questo comma riecheggia a sua volta quanto prescritto dall'art. 21 riguardo alla composizione negoziata: con la differenza che nella disciplina qui in commento la segnalazione al tribunale relativa ad atti idonei ad arrecare pregiudizio ai creditori (e - si aggiunge - di quelli non coerenti al piano) tiene luogo dell'iscrizione nel registro delle imprese.

Nella seconda parte del ridetto quinto comma della previsione in esame si stabilisce che l'imprenditore "gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori". Ora, posto che il debitore che opti per il piano di ristrutturazione omologato può versare in stato di semplice crisi e non di vera e propria insolvenza, dal precetto in parola discende che l'obbligo di gestire l'impresa nell'interesse prevalente dei creditori scatta *a prescindere dall'insolvenza*, che invece costituisce la condizione necessaria (insieme alle concrete prospettive di risanamento) per l'operatività, nell'ambito della composizione negoziata, dell'analoga previsione dell'art. 21.

Questa indicazione, che a tutta prima può apparire in controtendenza rispetto alla disciplina della composizione negoziata della crisi e all'impatto di essa sul sistema (ripetutamente messo in luce in dottrina)[18], risulta in realtà coerente con la norma di carattere generale contenuta nell'art. 4, comma 2, la cui lettera c) sancisce il dovere del debitore di gestire il patrimonio o l'impresa "nell'interesse prioritario dei creditori" durante i procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, fra i quali deve annoverarsi il piano di ristrutturazione omologato ma non anche, per l'appunto, la composizione negoziata.

Donde, in definitiva, la conferma che il debitore che versa in stato di crisi (e non ancora di insolvenza) non è tenuto, *prima dell'accesso* ai predetti strumenti,

[17] Non facilmente "sterilizzabili", per ciò solo, ai fini del voto invocando il conflitto d'interessi.

[18] AMBROSINI, *op. cit.*, pp. 12-13; ID., *Doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del Codice della Crisi e della "miniriforma" del 2021*, in *dirittobancario.it, passim.*

a orientare la gestione dell'impresa in base all'interesse prioritario dei creditori (sebbene l'art. 64-*bis* parli - verosimilmente per un difetto di coordinamento con l'art. 4, di interesse "prevalente"[19]): con le conseguenze del caso in termini di minore spazio - rispetto al periodo successivo al deposito della domanda *ex* art. 64-*bis*, comma 2, o di altro strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza - per il sindacato sulle scelte gestorie, stante la valorizzazione della *business judgement rule* scaturente dall'art. 21 (e, indirettamente, dal ridetto art. 4)[20].

[19] Sulla distinzione fra "prioritario" e "prevalente" cfr. AMBROSINI, *Doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del Codice della Crisi e della "miniriforma" del* 2021, cit., richiamato e condiviso da V. MINERVINI, *La nuova "composizione negoziata" alla luce della direttiva "*Insolvency*". Linee evolutive (extracodicistiche) dell'ordinamento concorsuale italiano*, in *Dir. fall*., 2022, I, p. 274.

[20] Per un analogo approccio dogmatico, prima però del codice della crisi, v. E. BARCELLONA, Business Judgement Rule *e interesse sociale nella "crisi"*, Milano, 2020, passim (ove ampi riferimenti).

# IL PIANO DI RISTRUTTURAZIONE SOGGETTO AD OMOLOGAZIONE*

LUCIANO PANZANI

**Sommario**: 1. I tratti fondamentali; 2. La Direttiva e la deroga agli artt. 2740 e 2741 c.c.; 3. Le classi di creditori; 4. La gestione dell'impresa ed il compimento di atti di straordinaria amministrazione; 5. La domanda ed il procedimento; 6. Misure protettive e cautelari. Riduzione o perdita del capitale; 7. Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione con riserva; 8. I provvedimenti immediati. Richiamo della sezione IV del capo III del titolo IV; 9. Il voto dei creditori; 10. Il giudizio di omologazione: limiti del sindacato del tribunale e procedimento; 11. Gli ulteriori richiami della sezione VI del capo III; 12. L'applicabilità della disciplina degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società (artt. 120 bis e ss.); 13. La conversione in concordato preventivo.

**Abstract**: l'autore si sofferma sulla cornice dei principi contraddistintivi del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, richiamando la meccanica relativa al suo procedimento ed individuandone i profili critici.

**Parole chiave**: codice della crisi, classi di creditori, piano di ristrutturazione, giudizio di omologazione, concordato preventivo.

**Abstract**: the author focuses on the framework of the distinguishing principles of the restructuring plan subject to type approval, by invoking the dynamic related to its proceeding and identifying his critical profiles.

**Keywords**: Italian Insolvency Code ("Codice della Crisi d'impresa"), class of creditors, restructuring plan, approval judgment, arrangement with creditors.

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione in un volume collettaneo a cura di Stefano Ambrosini.

Riproduzione riservata 

## 1. I tratti fondamentali

La nuova e vigente versione del codice della crisi, come modificata dal d.lgs. 83/2022 prevede una nuova procedura, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, disciplinato dagli artt. 64 *bis*, *ter* e *quater* del codice. Questi tre articoli costituiscono il capo I bis del titolo IV, dedicato agli strumenti di regolazione della crisi.

Si tratta dunque di una procedura di nuovo conio, inserita tra le procedure che il codice nella sua stesura originaria definiva le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, e che ora rientra nell'ambito degli strumenti di composizione della crisi e dell'insolvenza secondo la definizione dell'art. 2, comma 1, lett. *m bis*.

L'introduzione nel sistema del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione rappresenta una novità importante, che deroga alla maggior parte delle regole che hanno sempre caratterizzato le procedure concorsuali, anche quelle che sono finalizzate alla ristrutturazione dell'impresa in crisi o in stato di insolvenza reversibile.

Si tratta infatti di una procedura fondata su quattro caratteristiche fondamentali:

a) il piano deve essere adottato con il voto favorevole di tutte le classi dei creditori, riducendo al minimo l'intervento del giudice in sede di omologazione;

b) è previsto un regime di ampia libertà gestionale dell'imprenditore che può compiere gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione sotto la vigilanza del commissario giudiziale, regime chiaramente mutuato dalla disciplina della composizione negoziata della crisi;

c) è garantita la massima autonomia possibile nel soddisfacimento dei creditori che può prescindere dal rispetto non soltanto della *par condicio creditorum* secondo la previsione dell'art. 2741 c.c., ma anche del generale principio stabilito dall'art. 2740 c.c. in forza del quale il patrimonio del debitore costituisce la garanzia patrimoniale dei creditori e non può esser distolto da tale funzione. Sotto questo profilo, se si tiene conto che dottrina e giurisprudenza hanno sempre considerato l'art. 2740 inderogabile in materia concorsuale[1], nonostante la norma espressamente faccia salve le eccezioni previste dalla legge, siamo di fronte ad un deciso mutamento di rotta;

d) i creditori sono tutelati dalla necessità che la proposta sia approvata da tutte le classi di creditori e dal fatto che i creditori dissenzienti debbono

[1] Rinviamo in proposito per un'opinione discordante a L. PANZANI, *Sorte della partecipazione dei vecchi soci in caso di ristrutturazione di società insolventi*, in *Società*, 2014, 83 e ss.

comunque ricevere non meno di quanto potrebbero ottenere in sede di liquidazione giudiziale.

La nuova procedura, pur regolata per molti versi sulla falsariga del concordato in continuità, valorizza alcune opportunità che derivano direttamente dalla Direttiva UE 1023/2019, la c.d. Direttiva *Insolvency*, soprattutto per quanto concerne la possibilità che il piano sia adottato con il voto favorevole di tutte le classi dei creditori, riducendo al minimo l'intervento del giudice in sede di omologazione[2]. Va però subito detto che sarebbe riduttivo ricondurla soltanto al mutato quadro normativo di riferimento a livello europeo perché le differenti scelte che il legislatore ha fatto con riguardo al concordato preventivo in continuità, dove il principio dettato dall'art. 2740 c.c. rimane intangibile, mostrano che le soluzioni adottate con il piano soggetto ad omologazione non erano necessitate.

In dottrina[3] si è osservato che la possibilità di derogare all'ordine delle cause di prelazione e quindi al fondamentale principio della *par condicio* porterebbe ad escludere che la procedura in esame possa essere definita come una procedura concorsuale. In realtà tale conclusione sembra non tener conto della più ampia nozione di concorsualità ormai recepita da dottrina[4] e giurisprudenza[5], che ha portato un autorevole dottrina a parlare, recentemente, di concorsualità liquida[6].

---

[2] L'art. 9, par. 1 della Direttiva prevede che i debitori hanno diritto di presentare piani di ristrutturazione per l'adozione da parte delle parti interessate, ed il par. 11 stabilisce che il piano adottato dall'unanimità delle classi di creditori in linea di principio non deve essere omologato dall'autorità giudiziaria o amministrativa (nei casi in cui questa si sostituisce alla prima) se non nelle ipotesi espressamente considerate dall'art. 10, par. 1.

[3] S. PACCHI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in PACCHI AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2022, 156 ss. in corso di stampa; S. AMBROSINI, *Piano di ristrutturazione omologato (parte prima): presupposti, requisiti, ambito di applicazione, gestione dell'impresa. e una (non lieve) criticità*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 19 agosto 2022,

[4] A. NIGRO D.VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2020, passim; S. AMBROSINI, *Il "catalogo" degli strumenti normativi: caratteri e presupposti*, in S. PACCHI-S. AMBROSINI, *op. cit*., 41 ss. ed ivi ampi rinvii alla giurisprudenza sul tema.

[5] Cfr. con riferimento agli accordi di ristrutturazione Cass. 12 aprile 2018, n. 9087, in *Fallimento*, 2018, 984 con nota di C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*.; Cass. S.U., 31 dicembre 2021, n. 42093, *ivi*, 2022, 306 con nota di G.B. NARDECCHIA, *Le procedure secondo le Sezioni Unite*.

[6] G. D'ATTORE, *La concorsualità "liquida" nella composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2022, 301 ss.

Si è dibattuto in ordine alla natura della nuova procedura. Si è affermato che essa si collocherebbe a mezza strada tra il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa[7]. Se le possibilità di deroga alla *par condicio* ed al rispetto dell'ordine delle cause di prelazione che negli accordi ad efficacia estesa può essere imposta anche ai creditori dissenzienti consente di ravvisare tratti comuni con questo istituto, pare più convincente la tesi che afferma invece una maggior vicinanza della nuova procedura al concordato preventivo[8], tenendo conto dei molteplici rinvii a questa disciplina, della presenza del giudice delegato, della necessità, ridotta, ma tuttavia esistente, di autorizzazioni del tribunale, ad esempio per i finanziamenti prededucibili, della previsione della votazione dei creditori e dell'effetto esdebitatorio che si determina anche nei confronti dei creditori dissenzienti. Inoltre sarebbe arduo ravvisare nel piano soggetto ad omologazione una volontà negoziale che non si riduca all'approvazione della proposta tramite il voto, mentre non vi sono creditori estranei da soddisfare integralmente.

Il legislatore ha chiaramente indicato, come vedremo più avanti, nel comma 9 dell'art. 64 *bis* le norme della disciplina del concordato preventivo che sono applicabili "in quanto compatibili", ed altre norme ancora ha richiamato in altre parti degli articoli dedicati al nuovo istituto. La necessità di invocare pertanto le norme del concordato preventivo non richiamate in forza di un'interpretazione analogica è dunque limitata, ma può tuttavia porsi in alcuni casi.

## 2. La Direttiva e la deroga agli artt. 2740 e 2741 c.c.

Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione è riservato all'imprenditore commerciale che si trova in stato di crisi o di insolvenza, escluse le imprese minori[9].

---

[7] Così M. FABIANI, *L'avvio del codice della crisi*, in *dirittodellacrisi.it*, 5 maggio 2022, 10 ss.; S. PACCHI, *op. cit*.

[8] G. BOZZA, *Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in dirittodellacrisi.it, 7 giugno 2022, 7; nello stesso senso L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della Direttiva europea in materia di quadri di ristrutturazione preventiva*", in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 21 luglio 2022, p. 11; S. BONFATTI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in *dirittodellacrisi.it*, 15 agosto 2022, par. 17; S. AMBROSINI, *Piano di ristrutturazione omologato, cit.*, p. 2.

[9] L'art. 64 *bis* fa riferimento allo "imprenditore commerciale che non dimostra il possesso congiunto dei requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d)". Tale formula farebbe pensare ad una sorta di onere probatorio in capo all'imprenditore, con la conseguenza che in difetto il tribunale dovrebbe ritenere integrato il requisito soggettivo purché si tratti di imprenditore commerciale. Sarebbe stato altrimenti sufficiente impiegare la nozione di impresa minore, secondo la definizione contenuta nella norma citata. È peraltro evidente che si tratta di una

Il legislatore non ha considerato l'imprenditore agricolo, che può invece accedere agli accordi di ristrutturazione, e gli imprenditori minori, per i quali peraltro ha provveduto con il concordato minore. Verosimilmente si è ritenuto che si tratti di istituto che si attaglia alle sole imprese commerciali di rilevanti dimensioni.

Nella disciplina delle procedure di gruppo l'art. 284 considera il concordato di gruppo e gli accordi di ristrutturazione di gruppo. Nessun riferimento è fatto al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione che sembra quindi estraneo alla disciplina della regolazione della crisi o dell'insolvenza di gruppo, che si applica invece alla composizione negoziata, istituto che, come vedremo, ha sensibilmente influenzato la nostra procedura. Tuttavia, posto che l'art. 285, comma 1, dispone che il piano o i piani concordatari di gruppo possono prevedere la liquidazione di alcune imprese e la continuazione dell'attività di altre imprese del gruppo, si potrebbe pensare che, fermo restando che la prosecuzione dell'attività deve rientrare nell'ambito della disciplina concordataria, nel caso di liquidazione sia possibile far riferimento anche al piano soggetto ad omologazione.

La domanda è presentata ai sensi dell'art. 40, nelle forme del procedimento unitario, e, come si esprime l'art. 64 *bis*, co. 1, deve prevedere il soddisfacimento dei creditori sulla base di una proposta e di un piano, che prevedano la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei. Il ricavato del piano va distribuito anche in deroga agli artt. 2740 e 2741 c.c. purché la proposta sia approvata all'unanimità dalle classi. Va sottolineato che il legislatore non pone espressamente come requisito la continuità aziendale, diretta o indiretta. Il piano soggetto ad omologazione è compreso tra gli strumenti di regolazione della crisi, cui è dedicato il Titolo IV del codice (e non tra gli strumenti di regolazione dell'insolvenza cui è del pari dedicata la definizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. m *bis*). Tale circostanza non esclude che il piano possa avere anche natura liquidatoria, posto che tra gli strumenti di regolazione della crisi rientra anche il concordato preventivo liquidatorio e che tra gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa sono previsti anche accordi a carattere liquidatorio (art. 61, comma 5), mentre l'art. 64 *bis* non si esprime sul contenuto del piano.

Si potrebbe obiettare che l'istituto in esame rappresenta certamente uno degli strumenti di attuazione della Direttiva *Insolvency* e che i quadri di ristrutturazione preventiva previsti dalla Direttiva stessa debbono consentire la

formulazione infelice, mutuata dal tenore dell'art. 121, che non tiene conto che l'onere probatorio a carico dell'imprenditore riguarda soltanto i casi in cui egli sia soggetto passivo di una domanda di liquidazione giudiziale.

ristrutturazione, al fine di impedire l'insolvenza e di assicurare la sostenibilità economica delle imprese interessate, come prevede l'art. 3, par. 1, della Direttiva. Tuttavia va ricordato che, secondo l'art. 4, par. 5, della Direttiva, i quadri di ristrutturazione preventiva, possono "*consistere in una o più procedure, misure o disposizioni, alcune delle quali possono realizzarsi in sede extragiudiziale, fatti salvi altri eventuali quadri di ristrutturazione previsti dal diritto nazionale*". In altri termini l'ordinamento nazionale può prevedere una o più procedure di ristrutturazione. Ciò che conta è che vi sia almeno un'opzione conforme alla disciplina unionale. Può tradursi in una o più procedure od anche soltanto in idonee misure o disposizioni. Non ha carattere esclusivo perché gli Stati membri possono prevedere altre soluzioni volte ad evitare l'insolvenza e, ai sensi del par. 5 dell'art. 4, sono fatti salvi altri eventuali quadri di ristrutturazione previsti dal diritto nazionale.

Di conseguenza il piano soggetto ad omologazione può costituire attuazione della Direttiva quando si riferisce ad imprese che si trovino in stato di crisi o di insolvenza reversibile e consente la ristrutturazione, cioè il riequilibrio della situazione economico-finanziaria. Può invece rappresentare uno strumento che non rientra nelle finalità della Direttiva quando rappresenti il mezzo per l'attuazione di un piano liquidatorio.

La dottrina ha dibattuto la questione dell'ammissibilità del piano liquidatorio senza giungere a soluzioni definitive[10]. A nostro avviso gli argomenti che porterebbero ad escludere la possibilità di un piano soggetto ad omologazione a

[10] Nel senso che il piano soggetto ad omologazione potrebbe prevedere soltanto la continuità aziendale, diretta o indiretta, G. BOZZA, *Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in *dirittodellacrisi.it*, cit., 6-7. In senso contrario, sia pur con qualche dubbio, S. AMBROSINI, *Piano di ristrutturazione omologato (parte prima): presupposti, requisiti, ambito di applicazione, gestione dell'impresa. e una (non lieve) criticità*, *cit.*, 6, che sottolinea che l'art. 64 *bis*, richiama, in quanto compatibile, l'art. 84, comma 8, che si riferisce al "piano che prevede la liquidazione del patrimonio". Anche il richiamo al primo comma dell'art. 87 che parla espressamente di ""modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni", con riferimento al contenuto del piano, depone nel senso ora visto. Il comma 9 dell'art. 64 *bis*, osserva l'A., rinvia a disposizioni applicabili soltanto al concordato in continuità, ma tale circostanza non è decisiva, perché il rinvio, come si vedrà più avanti nel commento alla disposizione in parola, è alle norme in quanto compatibili. La compatibilità sussisterà nei soli casi in cui il piano abbia carattere di continuità.

Va tuttavia osservato che l'art. 64 *bis*, comma 4, prevede che in fase di apertura il tribunale valuta la *mera ritualità della proposta*. Tale previsione corrisponde al disposto dell'art. 47, comma 1, lett. b) che nel concordato in continuità dispone che il tribunale valuta la ritualità della proposta. Nel concordato liquidatorio il tribunale invece, ai sensi dell'art. 47, comma 1, lett. a) valuta l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano. Dai limiti del sindacato del tribunale in sede di apertura del procedimento si potrebbe argomentare che il piano soggetto ad omologazione può prevedere soltanto la continuità aziendale. La questione in sostanza è aperta.

carattere liquidatorio sono forse prevalenti, ma la questione è aperta. Di qui la scelta di chi scrive di valutare caso per caso, con riferimento ai rinvii alle norme del concordato preventivo "in quanto compatibili", se la compatibilità sussista nel solo caso della continuità aziendale.

Come già si è accennato la nuova procedura costituisce uno degli strumenti con cui il legislatore dà attuazione all'art. 9, par. 6, della Direttiva, che prevede che il piano di ristrutturazione è adottato dalle parti interessate purché in ciascuna classe sia ottenuta la maggioranza dell'importo dei crediti o degli interessi.

Va sottolineato che la Direttiva non impone in modo assoluto l'omologazione del piano da parte del giudice o dell'autorità amministrativa, nei casi e negli Stati membri dove quest'ultima si sostituisce al giudice.

L'art. 10 della Direttiva stabilisce che l'omologazione è comunque richiesta se: a) vi sono parti interessate dissenzienti (creditori e soci) sui cui diritti incide il piano; b) il piano prevede nuovi finanziamenti perché il nuovo debito grava sull'attivo dell'impresa in ristrutturazione; c) il piano prevede la perdita di oltre il 25% della forza lavoro.

Nelle ipotesi in cui è richiesto l'intervento del giudice (o, come detto, dell'autorità amministrativa) l'art. 10, comma 2, prevede che gli Stati membri provvedano affinché le condizioni per l'omologazione del piano di ristrutturazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa siano specificate chiaramente. Inoltre l'omologazione deve riguardare almeno le seguenti circostanze:

a) che il piano di ristrutturazione sia stato adottato in conformità dell'articolo 9, nel nostro caso da tutte le classi di creditori;

b) che i creditori con una sufficiente comunanza di interessi nella stessa classe ricevano pari trattamento, proporzionalmente al credito rispettivo;

c) che la notificazione del piano di ristrutturazione sia stata consegnata, conformemente al diritto nazionale, a tutte le parti interessate;

d) che nel caso vi siano creditori dissenzienti, il piano di ristrutturazione superi la verifica del migliore soddisfacimento dei creditori, ma solo se vi sia stata contestazione in tal senso;

e) che, se del caso, qualsiasi nuovo finanziamento sia necessario per attuare il piano di ristrutturazione e non pregiudichi ingiustamente gli interessi dei creditori.

Il nostro legislatore, tanto nella disciplina del piano soggetto ad omologazione che nel concordato preventivo non ha preso in considerazione l'ipotesi, ammessa dalla Direttiva, che il piano possa essere adottato con

l'approvazione di tutte le classi senza ulteriore controllo da parte del giudice ed ha previsto il giudizio di omologazione.

Tale scelta non può dirsi in contrasto con la Direttiva perché il consenso di tutte le classi non esclude che vi siano parti interessate dissenzienti, nel qual caso l'omologazione è comunque necessaria, e perché l'art. 9, par. 5, richiede comunque il controllo dei criteri di formazione delle classi da parte del giudice, controllo che è facoltà, ma non obbligo di ogni Stato membro anticipare ad una fase anteriore al giudizio di omologazione.

Richiamando molte delle norme in tema di concordato preventivo, in particolare sul contenuto del ricorso e sulla documentazione da depositare, sugli effetti del deposito della domanda (art. 64 *bis*, comma 2) e sulla necessità del deposito dell'attestazione sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano (art. 64 *bis*, comma 3), il legislatore ha ridotto all'osso la fase di apertura della procedura. Il tribunale infatti verifica la sola ritualità della proposta e la corretta formazione delle classi prima di far luogo alle operazioni di voto (art. 64 *bis*, comma 4).

Va sottolineato che la Direttiva prevede in generale per i quadri di ristrutturazione che, quando vi è l'omologazione del piano da parte del giudice, è sufficiente l'approvazione della maggioranza delle classi interessate, purché almeno una sia una classe di creditori garantiti o abbia rango superiore alla classe di creditori garantiti (art. 11, par. 1, lett. b., i, Direttiva 1023/2019/UE). In alternativa il piano deve essere stato approvato "da almeno una delle classi di voto di parti interessate o, se previsto dal diritto nazionale, di parti che subiscono un pregiudizio" (art. 11, par. 1, lett. b, ii) purché non si tratti di classi di creditori o portatori di strumenti di capitale che non riceverebbero nessun pagamento o manterrebbero alcun interesse, se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale.

È questa la ristrutturazione trasversale dei debiti o *cross class cram down*[11].

Il nostro legislatore ha dato attuazione anche a questa parte della Direttiva, ma nell'ambito della disciplina del concordato preventivo in continuità con l'art. 112, commi 2 e ss.

[11] L'art. 112 CCII nella versione originaria del d.lgs. 14.1.2019, n. 14, confermata dal decreto correttivo 147/2020, non prevedeva il *cross class cram down*, quale metodo di approvazione del piano, ma il *cram down* semplice, vale a dire il potere del giudice di omologare il concordato in caso di opposizione di un creditore appartenente ad una classe dissenziente (o dei creditori dissenzienti che rappresentassero il 20% dei crediti ammessi) che contestasse la convenienza della proposta quando ritenesse che il credito potesse risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Sia nel concordato preventivo che nell'istituto in commento il piano può essere approvato da tutte le classi. Vi sono però notevoli differenze tra le due procedure. Nel caso del concordato preventivo in continuità, il piano può essere approvato dalle classi anche a maggioranza o con il voto favorevole anche di una sola classe nell'ipotesi della ristrutturazione trasversale. Nel caso del piano soggetto ad omologazione l'approvazione richiede necessariamente il consenso di tutte le classi.

Il motivo di questa diversa disciplina sta, come si è accennato, nel diverso regime della deroga ai criteri dettati dagli artt. 2740 e 2741 c.c. consentita dal piano di ristrutturazione soggetto ad omologa e la diversa deroga, di minor portata, consentita dall'art. 112 nel caso del concordato preventivo in continuità.

Nel primo caso l'art. 64 *bis* non prevede limiti alla possibilità di deroga salvo il limite della convenienza della proposta per i creditori, precisando l'ottavo comma della norma che se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa quando dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore a quanto riceverebbe con la liquidazione giudiziale. Nel caso invece del concordato in continuità il legislatore ha applicato, in parte, il principio della *relative priority rule* previsto dall'art. 11, par. 1, lett. c) della Direttiva. Come osservava già la Relazione illustrativa allo schema di d.lgs. approvato dal CdM il 17.3.2022 , "… la regola di distribuzione contenuta nel comma 6 dell'articolo 84 detta due principi distinti da osservare nella ripartizione dell'attivo concordatario e che dipendono dalla natura delle risorse distribuite. Essa prevede, in particolare, che il valore di liquidazione dell'impresa sia distribuito nel pieno rispetto delle cause legittime di prelazione e cioè secondo la regola della priorità assoluta (che impedisce la soddisfazione del creditore di rango inferiore se non vi è stata la piena soddisfazione del credito di grado superiore) mentre il valore ricavato dalla prosecuzione dell'impresa, il c.d. plusvalore da continuità, può essere distribuito osservando il criterio della priorità relativa (secondo il quale è sufficiente che i crediti di una classe siano pagati in ugual misura rispetto alle classi di pari grado e in misura maggiore rispetto alla classe di rango inferiore)".[12]

Al contrario l'art. 64 *bis*, comma 1, dispone che il valore generato dal piano può essere distribuito anche in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione. La deroga all'art. 2740 comporta che non sia necessario rispettare il

[12] Sul tema si veda G. LENER, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla "distribuzione" del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, in *Dirittodellacrisi.it*, 25 febbraio 2022.

principio per cui il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i propri beni, presenti e futuri.

Nel caso del concordato preventivo in continuità il legislatore richiede che, come nel piano soggetto ad omologazione, ai creditori venga riconosciuto almeno quanto essi riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale[13]. E tale parte dell'attivo va distribuita nel rispetto dell'*absolute priority rule*. Soltanto per la differenza, il c.d. plusvalore da continuità, ciò che è ricavato dalla prosecuzione diretta o indiretta dell'attività d'impresa, vi può essere una deroga ai criteri di ripartizione legali, nel rispetto della *relative priority rule*, per cui i creditori di grado poziore non possono ricevere un trattamento meno favorevole di quelli di una classe inferiore, anche se questo trattamento può non corrispondere a tutto quello che avrebbero altrimenti diritto di ricevere se venisse applicato rigorosamente l'ordine delle cause di prelazione[14].

[13] Il principio del *creditor no worse off* o del miglior soddisfacimento dei creditori, espresso dall'art. 2, par. 1, n. 6 della Direttiva comporta che "nessun creditore dissenziente uscirà dal piano di ristrutturazione svantaggiato rispetto a come uscirebbe in caso di liquidazione se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale, sia essa una liquidazione per settori o una vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, oppure nel caso del migliore scenario alternativo possibile se il piano di ristrutturazione non fosse omologato". Il codice non ha seguito alla lettera la Direttiva in base alla considerazione che il confronto non può aver ad oggetto un'alternativa astratta, perché è soltanto il debitore in Italia che può proporre il piano di ristrutturazione, ma l'unica alternativa seriamente prospettabile che è la liquidazione giudiziale.

[14] La Direttiva, in deroga al principio seguito normalmente dagli ordinamenti europei dell'*absolute priority rule* per cui non è possibile effettuare pagamenti in favore dei creditori di rango inferiore nell'ambito delle cause di prelazione fino a quando i creditori di rango poziore non sono stati interamente soddisfatti, consente come soluzione alternativa, rimessa alla scelta discrezionale degli Stati membri, la *relative priority rule* (RPR). Tale regola prevede che i creditori di rango superiore ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango, ma comporta che, una volta soddisfatto tale vincolo, le ulteriori risorse possano essere devolute ai creditori di rango inferiore o addirittura ai soci, visti come creditori postergati che non partecipano di regola al concorso. Secondo la Direttiva la scelta dell'*absolute priority rule* (APR) è rimessa alla valutazione discrezionale degli Stati membri, ma occorre un'opzione esplicita in tal senso perché la soluzione di default è la RPR (art. 11, par. 2).

Il dibattito sull'opportunità di inserire la relative priority rule è vivace. La legge tedesca (art. 28, comma 2, *Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz - StaRUG*) in vigore dal 1 gennaio 2021 ha optato (art. 27, Direttiva 1023/2019/UE) per il rispetto della *absolute priority rule* sia pure temperata. Quanto alla legge olandese (art. 384, comma 4, lett. b) CERP) anch'essa applica l'*absolute priority rule* con qualche temperamento: il giudice può approvare il piano anche se una classe di creditori ne risulta svantaggiata a condizione che la deroga sia ragionevole e che gli interessi della relativa classe di creditori o azionisti non siano danneggiati. Infine per la Francia, l'art. l. 626.32, comma 2, *Code de commerce*, stabilisce che « le tribunal peut décider de déroger au 3° du I, lorsque ces dérogations sont nécessaires afin d'atteindre les

L'attivo distribuibile, tuttavia, deve andare ai creditori, e può essere altrimenti distribuito soltanto entro limiti rigorosi, come si ricava dagli artt. 120 e ss. che regolano i diritti dei soci, che anch'essi possono essere organizzati in classi e possono partecipare alla distribuzione. L'art. 120 *ter* prevede che i soci, in presenza di classi dissenzienti di creditori, non possano ricevere nulla se non a condizione che il trattamento a queste ultime proposto sia almeno altrettanto favorevole rispetto a quello proposto alle classi del medesimo rango e più favorevole di quello proposto alle classi di rango inferiore, anche se a tali classi venisse destinato il valore complessivamente riservato ai soci. Nel caso in cui vi sia una sola classe di creditori dissenziente il valore destinato al soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe dissenziente deve essere superiore a quello complessivamente riservato ai soci.

In altri termini il legislatore tiene conto che i soci sono postergati rispetto ai creditori ed esclude che essi possano ricevere un trattamento più favorevole dei creditori, pur ammettendo che essi possano concorrere nella distribuzione dell'attivo.

La ragione della maggior latitudine della deroga al principio della priorità assoluta contenuto invece nell'art. 64 *bis* per il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione sta nel fatto che qui vi è il consenso di tutte le classi e che gli eventuali creditori dissenzienti sono tutelati dal principio del miglior soddisfacimento dei creditori, previsto dall'art. 9, par. 2, lett. d) della Direttiva, ripreso dall'art. 64 *bis*, comma 8, secondo il quale il tribunale omologa, in caso di opposizione di un creditore dissenziente che fa valere il difetto di convenienza

objectifs du plan et si le plan ne porte pas une atteinte excessive aux droits ou intérêts de parties affectées. Les créances des fournisseurs de biens ou de services du débiteur, les détenteurs de capital et les créances nées de la responsabilité délictuelle du débiteur, notamment, peuvent bénéficier d'un traitement particulier ».

A favore della *relative priority rule* si osserva che essa consente di predisporre piani con maggior flessibilità, che possono lasciare spazio ad una parziale tutela degli interessi dei soci o di talune categorie di creditori strategici altrimenti destinati a nulla ricevere, come possono essere certi fornitori (cfr. Considerando 56). Sarebbe quindi più facile raggiungere un accordo ed anche convincere i soci di riferimento ad investire ulteriormente nella società oggetto della ristrutturazione o mantenere fornitori strategici. In senso contrario si obietta che questi vantaggi sono compensati dal fatto che la regola dell'*absolute priority rule* permette di evitare un numero eccessivo di controversie legate alla valutazione del valore degli asset, cui è legata la previsione di soddisfacimento dei creditori. Quando i creditori della classe inferiore non possono ricevere soddisfacimento fino al pagamento integrale della classe senior, l'interesse a sollevare questo tipo di contestazioni è minore. Ne derivano tempi di definizione delle procedure più rapidi e maggiore certezza nei rapporti giuridici.

della proposta, quando "dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale".[15]

Come si è detto, il vincolo di indisponibilità di quanto spetterebbe ai creditori in caso di liquidazione giudiziale è previsto anche nel concordato preventivo (cfr. art. 112, commi 3 e 5 rispettivamente per il concordato in continuità e liquidatorio o in altra forma).

Ancora va sottolineato che l'art. 2740 presidia l'attribuzione dell'attivo in favore dei creditori rispetto alle altre destinazioni che il debitore può darvi, nella misura in cui ne risulti lesa la garanzia patrimoniale. La distribuzione di tale attivo tra i creditori deve poi seguire la regola della *par condicio,* salve le cause di prelazione. Quando si deroghi all'ordine di distribuzione tra i creditori non viene in considerazione l'art. 2740, ma i principi stabiliti dall'art. 2741. Quando invece l'attivo venga sottratto alla garanzia patrimoniale dei creditori, la deroga riguarda la regola dettata dall'art. 2740.

Non è chiarissimo quale sia il significato dell'espressione "valore generato dal piano" utilizzata nell'art. 64 *bis*. Non è chiaro se essa sia riferita all'intero attivo disponibile, al netto del valore di liquidazione, ovvero ad una sorta di plusvalore da ristrutturazione. Va sottolineato a tale proposito che l'art. 112, comma 2, lett. b) con riferimento al concordato in continuità impiega la diversa espressione "valore eccedente quello di liquidazione", che è di immediata comprensione.

Parrebbe peraltro irrazionale un'interpretazione che dovesse concludere che il "valore generato dal piano" in una procedura che è più libera nella distribuzione dell'attivo rispetto al concordato preventivo, abbia una portata più restrittiva della nozione impiegata dall'art. 112.

L'espressa indicazione contenuta nell'art. 64 *bis* secondo la quale il valore generato dal piano può essere distribuito anche in deroga all'art. 2740, porta a ritenere che nel piano soggetto ad omologazione, fermo restando il vincolo rappresentato in concreto dalla necessità di salvaguardare in favore dei creditori dissenzienti quanto essi potrebbero ricevere in caso di liquidazione giudiziale, vi siano spazi per l'attribuzione al debitore di una quota di attivo, quota invece che nel concordato preventivo deve comunque esser devoluta ai creditori, al netto delle risorse destinate alla ristrutturazione dell'impresa, secondo l'indicazione contenuta nell'art. 84, comma 3, in forza del quale nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta.

[15] In questo senso L. STANGHELLINI, *op.cit.*, 6.

Va infine sottolineato che è controverso se la deroga al principio dettato dall'art. 2740 c.c. derivi dalla Direttiva ( che si riferisce alle sole procedure di ristrutturazione) perché il legislatore europeo, fatto salvo il principio del miglior soddisfacimento dei creditori, che non debbono ricevere di meno di quanto potrebbero ottenere in sede di liquidazione o con le alternative praticabili, non pone ulteriori limiti alla distribuzione dell'attivo tra i creditori ed il debitore, anche se non impone alcun vincolo in un senso o nell'altro[16].

Veniamo ora alle differenze tra il piano soggetto ad omologazione ed il concordato preventivo con riguardo alla deroga all'art. 2741 e alla graduazione delle cause legittime di prelazione.

Nel concordato in continuità aziendale gli artt. 84, comma 6 e 112, comma 2, lett. b) consentono che il valore eccedente quello di liquidazione sia distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore. Già si è detto come questa regola viene diversamente applicata per quanto riguarda le attribuzioni in favore dei soci (art. 120 *quater*). Nel concordato liquidatorio e nelle altre forme di concordato non in continuità deve essere rispettato rigorosamente l'ordine delle cause di prelazione ( art. 85, comma 4).

L'art. 64 *bis* per il piano soggetto ad omologazione consente di derogare all'art. 2741 c.c. e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione. Non sono previsti limiti se non il rispetto del diritto di ogni creditore ad ottenere almeno quanto gli sarebbe attribuito nel caso di liquidazione giudiziale.

Inoltre la disciplina del piano soggetto ad omologazione non richiede che ad ogni creditore venga riconosciuta un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, come prevede invece l'art. 84, comma 3, per il concordato in continuità.

Ciò apre la strada a piani che non attribuiscano quasi nulla ai creditori incapienti o che deroghino all'ordine delle cause di prelazione in misura più rilevante di quanto previsto dalla disciplina del concordato in continuità. Non dovrebbe essere necessario rispettare il principio per cui ai creditori di grado poziore deve essere comunque assicurato un trattamento più favorevole dei creditori che appartengono alla classe di grado inferiore. Ciò naturalmente nei

[16] In senso affermativo L. STANGHELLINI, *op.cit.*, 6. In senso contrario si veda il parere del Consiglio di Stato del 13 maggio 2022 sullo schema di decreto legislativo approvato in via preliminare dal CdM, pubblicato su *ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*.

limiti del rispetto del trattamento minimo non inferiore a quello ottenibile in caso di liquidazione giudiziale.

Va sottolineato che non si tratta di una possibilità soltanto teorica. Non si dica che la necessità che la proposta di piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione debba essere approvata da tutte le classi rende inverosimile che si possano formare classi in favore delle quali non viene previsto alcun vantaggio, perché non essendovi il vincolo di attribuire un'utilità economicamente valutabile ad ogni creditore, è possibile formulare un piano che attribuisca ad alcune classi vantaggi soltanto eventuali. Le maggioranze previste per l'approvazione del piano in ogni classe possono agevolare questo risultato perché, come vedremo, in concreto è sufficiente il consenso del 33% degli aventi diritto al voto.

Resta da chiedersi se la deroga alle regole sull'ordine delle cause di prelazione previste dall'art. 2741 c.c. rientri nell'ambito delle modifiche al codice rese indispensabili dalla Direttiva. Va ricordato a questo proposito che le modifiche alla prima versione del codice della crisi, quella approvata dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e modificata dal decreto correttivo 147/2020, trovano fondamento nella necessità di adeguare il testo alla Direttiva *Insolvency*, in conformità alla legge di delegazione europea[17].

La deroga alla regola dell'*absolute priority rule* contenuta nell'art. 11, comma 1, lett. c) della Direttiva consente di prevedere che le classi di voto dissenzienti di creditori interessati ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori. Non sono previste ulteriori eccezioni. Ne deriva che la deroga al 2741 e all'ordine delle cause legittime di prelazione consentita dall'art. 64 *bis*, ove si ritenga che abbia ampiezza maggiore di quella prevista dalla Direttiva, non trova in essa il suo fondamento e potrebbe pertanto essere considerata eccedere i limiti della delega al Governo[18] con conseguente vizio di legittimità costituzionale.

[17] Legge 22 aprile 2021, n. 53.

[18] Si veda in proposito il parere reso dal Consiglio di Stato il 13 maggio 2022 sullo schema di decreto legislativo approvato in via preliminare dal CdM, pubblicato su *ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*. Osserva il Consiglio di Stato che "per un verso, (...) appare frustrata la finalità di semplificazione normativa, per altro verso si introducono profilo di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla direttiva, senza peraltro adeguata motivazione". Ancora si osserva che "sarebbe stato sufficiente l'adattamento realizzato mediante le suddette innovazioni agli accordi di ristrutturazione dei debiti e al concordato preventivo in continuità aziendale", costituendo "un dato oggettivo la moltiplicazione degli strumenti regolatori della crisi, con parziali possibili sovrapposizioni e difficoltà di individuazione dei presupposti per l'accesso all'uno o all'altro". Di qui la conclusione che l'istituto in esame ha generato "una disciplina

Tale rilievo non riguarda la mancata previsione nel piano soggetto ad omologazione

dell'attribuzione ad ogni creditore di un'utilità determinata ed economicamente valutabile. Al contrario qui la Direttiva non prevede vincoli, come si ricava dalla disciplina della ristrutturazione trasversale ove risultano sterilizzati i voti delle classi di creditori per le quali "si possa ragionevolmente presumere che non riceva alcun pagamento né mantenga alcun interesse se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale" (art. 11, par. 1, lett. b) ii).

Prima di concludere questa parte, occorre ricordare che l'adeguamento del codice alla Direttiva ha ampliato la sfera degli aventi diritto di voto perché la Direttiva prevede che abbiano diritto di voto le parti interessate, vale a dire secondo la Definizione di cui all'art. 2, par. 1, n. 2: i creditori, compresi, se applicabile ai sensi del diritto nazionale, i lavoratori, o le classi di creditori, e, se applicabile ai sensi del diritto nazionale, i detentori di strumenti di capitale, sui cui rispettivi crediti o interessi incide direttamente il piano di ristrutturazione.

Dovrebbe pertanto ritenersi che rientrino nella nozione di parti interessate non soltanto i creditori o i soci che non sono soddisfatti integralmente per il loro credito, ma anche coloro che secondo il piano ricevono un pagamento in tempi diversi da quelli che erano stati originariamente previsti. In questa categoria sono compresi i creditori privilegiati che vengano soddisfatti integralmente, ma in tempi diversi da quelli originariamente pattuiti.

In realtà il legislatore italiano ha introdotto una regola in parte diversa. L'art. 64 *bis*, comma 7, prevede che i creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, entro centottanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Tale principio, accolto anche per il concordato preventivo, è stato ritenuto conforme alla Direttiva nei contatti informali con la Commissione UE che hanno accompagnato la redazione del testo. Non è peraltro detto che la norma superi un eventuale

complessivamente poco intellegibile e comunque non in linea con gli obiettivi di semplificazione perseguiti dalla direttiva". La Relazione illustrativa sottolinea invece che gli artt. 64-bis e ter regolano "il contenuto del piano quando il debitore sia convinto (...) di poter ottenere l'unanimità delle classi e non già di dover contare sulla ristrutturazione trasversale. In assenza di una norma ad hoc - si sostiene - non ci sarebbe risposta all'interrogativo di quale debba essere il contenuto del piano che il debitore propone ai creditori quando ipotizza di poter ottenere l'unanimità delle classi". Sul punto si vedano i rilievi di S.AMBROSINI, *op.ult.cit.*, 4.

sindacato della Corte di Giustizia europea. Anche per i crediti di lavoro è stata prevista una deroga al principio generale. L'art. 64 *bis*, comma 7, prevede infatti che per i crediti assistiti dal privilegio di cui all'art. 2751 *bis* il termine non sia di 180 giorni, ma di trenta, con ciò rispettando il *favor lavoratoris* sistematicamente espresso dalla Direttiva.

Come si è detto, l'introduzione nel nostro ordinamento dei principi della Direttiva comporta che anche i creditori privilegiati, se incisi dal piano, debbano votare. A questo proposito va sottolineato che l'art. 84, comma 5, prevede per il concordato preventivo che i creditori privilegiati possono essere soddisfatti anche non integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Per la parte non capiente il credito è considerato chirografario. La norma non è richiamata dall'art. 64 *bis*, con la conseguenza che potrebbe non applicarsi il principio previsto proprio dall'art. 84, comma 5, nella determinazione dell'ammontare del credito per cui il creditore privilegiato è ammesso al voto, vale a dire per il valore realizzabile in caso di liquidazione dei beni oggetto di prelazione, calcolato al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti a tali beni e della quota parte delle spese generali[19]. Non vi sono però ragioni per ritenere che il principio espresso dall'art. 84, comma 5, non possa trovare applicazione, pur se la norma non è richiamata. Si tratta infatti di un principio di carattere generale che risponde ad esigenze ragionevoli, mentre sfuggirebbe completamente il motivo per valutare il credito diversamente[20].

### 3. Le classi di creditori

Come si è accennato il piano deve prevedere necessariamente la suddivisione dei creditori in classi. Tale requisito è condiviso dalla disciplina del concordato preventivo in continuità.

Secondo la Direttiva la formazione delle classi è obbligatoria. L'art. 9, par. 4, stabilisce che le parti interessate debbono essere trattate in classi distinte che rispecchino una sufficiente comunanza di interessi, basata su criteri verificabili, a norma del diritto nazionale. Come minimo, i creditori che vantano crediti garantiti e non garantiti sono trattati in classi distinte ai fini dell'adozione del

[19] S. AMBROSINI, *op.ult.cit* ., 5.

[20] In senso contrario S. AMBROSINI, *op.ult.cit.*, 6. Sul tema si veda anche F. PLATANIA, *Piano di ristrutturazione soggetto ad omologa*, in *ilfallimentarista.it*, 12 aprile 2022, che però si riferisce alla prima bozza del testo dove l'art. 84, comma 5, era richiamato.

piano di ristrutturazione. Non è dunque obbligatorio articolare le classi secondo il modello italiano.

Si può inoltre prevedere che i diritti dei lavoratori siano trattati in una specifica classe distinta. Ed è possibile escludere dall'obbligo di formazione delle classi le PMI. Dovrebbero ancora essere adottate misure appropriate per assicurare che la formazione delle classi sia effettuata con particolare attenzione alla protezione dei creditori vulnerabili, come i piccoli fornitori ( cfr. art. 9, par. 4).

Ad esempio la Francia ha deciso di limitare le classi alle imprese medie e grandi con delle soglie piuttosto elevate: 250 dipendenti e 20 milioni di euro di fatturato ovvero 40 milioni di euro di fatturato o ancora le società capogruppo quando il gruppo raggiunge questi limiti[21]. Nessuna di queste opzioni è stata fatta propria dal legislatore. Il codice prevede che la formazione delle classi sia sempre obbligatoria nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione e nel concordato preventivo in continuità, mentre rimane facoltativa nel concordato liquidatorio cui non si applica la Direttiva e nel concordato minore.

E' prevedibile che la necessità che le classi corrispondano alla definizione prevista dall'art. 2, comma 1, lett. r), secondo la quale la classe è l'insieme di creditori che hanno posizione giuridica e interessi economici omogenei ( ma il legislatore ha comunque trascurato nella definizione che ai sensi dell'art. 120 *ter* le classi possono corrispondere anche ai soci), comporterà un aumento rilevante del numero delle classi di creditori privilegiati legato all'esigenza di rispettare il principio di omogeneità dei crediti, con conseguente maggior difficoltà di prevedere il risultato della votazione dei creditori e di ottenere il voto favorevole di tutte le classi.

Gli accordi di ristrutturazione non prevedono la formazione di classi ( anche se negli accordi ad efficacia estesa è prevista la formazione di categorie di crediti omogenei cui può essere estesa l'efficacia dell'accordo), ma non vi è contrasto con la Direttiva perché l'art. 9, par. 7, prevede che in deroga alla disciplina sul voto ed all'obbligo di formazione delle classi, gli Stati membri possono prevedere che la votazione formale per l'adozione del piano di ristrutturazione possa essere sostituita da un accordo con la maggioranza richiesta.

[21]Art. R. 626-52 del codice di commercio, come modificato dal decreto 23 settembre 2021, in applicazione dell'ordonnance del 15 settembre 2021.

**4. La gestione dell'impresa ed il compimento di atti di straordinaria amministrazione**

L'art. 64 *bis*, comma 5, esclude che il debitore subisca forme di spossessamento attenuato, come invece è norma nel concordato preventivo in continuità. Secondo il comma 5, infatti, dalla data di presentazione della domanda e fino all'omologazione l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. Si aggiunge che l'imprenditore gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori secondo quanto stabilisce in generale l'art. 4, comma 2, lett. c).

Tale norma prevede che il debitore nel corso dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza ha il dovere di gestire il patrimonio e l'impresa nell'interesse prioritario dei creditori. Tale obbligo non copre le trattative che procedono l'accesso, nel corso delle quali ai sensi del primo comma della norma, l'obbligo è soltanto di comportarsi secondo buona fede e correttezza. Il richiamo dell'art. 4 ai *procedimenti* per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza comporta che tanto nel caso del concordato preventivo, del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione e della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, il debitore debba gestire l'impresa nell'interesse prioritario dei creditori. La regola è quindi diversa rispetto a quanto stabilisce l'art. 21 che, con riferimento alla composizione negoziata, dispone che nel corso delle trattative l'imprenditore in stato di crisi gestisce in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività, mentre se vi è insolvenza, ma esistono concrete prospettive di risanamento, gestisce nel prevalente interesse dei creditori. Gli obblighi di controllo ed informazione che fanno capo al commissario giudiziale, la cui nomina è sempre obbligatoria nel concordato preventivo e nel piano soggetto ad omologazione, assicurano che l'interesse dei creditori venga tutelato.

Pertanto in caso di accesso ad una procedura, vi sia già insolvenza o ci si trovi ancora in stato di crisi, la gestione deve rispettare l'interesse prioritario dei creditori, mentre tale interesse, definito come "prevalente", va tutelato durante le trattative, vi sia stato o meno accesso alla composizione negoziata, soltanto ove vi sia già lo stato di insolvenza[22]. L'art. 21 richiede che l'insolvenza sia reversibile, in armonia con il requisito fondamentale per l'accesso alla composizione negoziata stabilito dall'art. 12 che risulti ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

[22] In questo senso S. AMBROSINI, *op.ult.cit.*, 7.

Vediamo ora in che cosa consistono i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione dell'imprenditore in pendenza della domanda di piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione.

L'imprenditore che accede al piano rimane *in bonis*, ma è comunque soggetto alla vigilanza del commissario giudiziale. Ai sensi del comma 6 dell'art. 64 *bis* l'imprenditore informa preventivamente il commissario per iscritto del compimento di atti di straordinaria amministrazione e dell'esecuzione di pagamenti che non siano coerenti rispetto al piano di ristrutturazione. Il commissario quando ritiene che l'atto possa essere di pregiudizio per i creditori o che non sia coerente rispetto al piano, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo. Se ugualmente l'atto viene compiuto, il commissario ne informa il tribunale ai fini di cui all'art. 106.

Non è del tutto chiaro a quale delle disposizioni dettate dall'art. 106 che regola le conseguenze dell'accertamento di atti di frode da parte del debitore e di altre situazioni che possono comportare la revoca del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, il legislatore abbia inteso far riferimento. Tuttavia guardando non alla lettera, ma alla *ratio* della norma, pare evidente che si sia voluto richiamare anzitutto il disposto del primo comma che prevede che sulla comunicazione del commissario giudiziale il tribunale provvede ai sensi dell'art. 44, comma 2, e quindi con decreto non soggetto a reclamo, sentiti il debitore ed i creditori che abbiano presentato istanza di liquidazione giudiziale, nel contraddittorio delle parti, omessa ogni formalità non indispensabile al contraddittorio. L'art. 106, comma 1, fa riferimento alla revoca del decreto di concessione dei termini per la presentazione della proposta e del piano nelle procedure di ristrutturazione, ma pare evidente che qui si sia voluto far riferimento non a questa fattispecie, ma al procedimento previsto dalla norma. Dopo aver proceduto all'audizione delle parti ed all'eventuale istruttoria il tribunale provvederà ai sensi del comma 3 dell'art. 106. La norma riguarda la revoca del decreto ex art. 47 di apertura del concordato preventivo, ma in questo caso il tribunale dovrà procedere alla revoca del decreto previsto dall'art. 64 *bis*, comma 4, di apertura della procedura di omologazione del piano di ristrutturazione, decreto che deve contenere i provvedimenti previsti dall'art. 47, comma 2, lett. c) e d). Potrà inoltre far luogo all'apertura della liquidazione giudiziale se vi sono istanze in tal senso.

È del tutto evidente l'analogia tra il regime previsto per l'imprenditore che ha presentato domanda di omologazione del piano di ristrutturazione e quello stabilito nel caso della composizione negoziata dall'art. 21 del codice. Le conseguenze della mancata ottemperanza alle indicazioni del commissario sono però molto più gravi di quelle previste in caso di composizione negoziata perché l'esperto può annotare il proprio dissenso sul registro delle imprese con

conseguenze soltanto reputazionali per l'imprenditore, mentre l'informativa del commissario giudiziale al tribunale può determinare la revoca dell'ammissione alla procedura e, come detto, ove siano pendenti istanze in tal senso, l'apertura della liquidazione giudiziale. Va sottolineato che, come nella composizione negoziata, gli atti compiuti dall'imprenditore non sono né nulli né inefficaci perché l'imprenditore è *in bonis* ed ha pieni poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Va poi aggiunto che, come si vedrà più avanti, l'analogia tra la posizione del debitore nella composizione negoziata e il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione è fondata soltanto fino ad un certo punto, perché in alcuni casi l'imprenditore è soggetto al potere di autorizzazione del tribunale, con la possibilità che il compimento dell'atto senza autorizzazione possa portare alla revoca dell'ammissione alla procedura ai sensi dell'art. 106, comma 2.

Coerentemente con il regime giuridico cui è sottoposto l'imprenditore l'art. 166, comma 3, lett. e) ricomprende tra le esenzioni da revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del piano di ristrutturazione omologato, così come del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione omologati, purché indicati nel piano. Viceversa non sono ricompresi tra le esenzioni gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dal debitore dopo il deposito della domanda di accesso al piano di ristrutturazione, a differenza di quanto previsto invece per i medesimi atti dopo il deposito della domanda di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione. La ragione sta nel fatto che in questo caso il commissario giudiziale non ha il potere di impedire che l'atto venga posto in essere anche dopo aver manifestato il suo dissenso.

Come si è accennato il richiamo dell'art. 46, commi 4 e 5, comporta che i crediti di terzi sorti per effetto di atti legalmente compiuti, che in questo caso comprendono in sostanza tutta l'attività dell'imprenditore posto che questi può compiere anche gli atti di straordinaria amministrazione, sono prededucibili senza che a tal fine occorra un provvedimento autorizzativo del tribunale. In forza del richiamo dell'art. 98 da parte dell'art. 64 *bis*, ultimo comma, i crediti prededucibili sono soddisfatti durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto.

L'art. 46, comma 4, fa riferimento agli atti *legalmente* compiuti. Si tratta di un'applicazione specifica del principio affermato dall'art. 6, comma 1, lett. d) del codice, che ha ad oggetto i crediti legalmente sorti per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa e che precisa poi, al secondo comma, che la prededucibilità permane anche nelle successive procedure esecutive e concorsuali.

Ci si può domandare se gli atti di straordinaria amministrazione compiuti dal debitore senza comunicarli al commissario giudiziale ovvero nonostante il suo dissenso, possano beneficiare di tale regime. Il legislatore non offre chiare indicazioni in proposito. A nostro avviso la circostanza che gli atti in parola si discostino dal modello legislativo comporta che essi, pur validi in ragione del fatto che l'imprenditore non incontra limiti nella sua capacità gestoria, non possano beneficiare della prededuzione[23], che implica pur sempre che si possa predicare l'utilità dell'atto per la massa.

Va poi sottolineato che il richiamo da parte dell'art. 64 *bis*, ultimo comma, degli artt. 99, 101 e 102 comporta che la disciplina dei finanziamenti interinali e dei finanziamenti per la presentazione della domanda di omologazione della procedura e dei finanziamenti in esecuzione del piano, anche se erogati da soci, si applica anche al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione. Tali finanziamenti pertanto beneficiano della prededuzione nei limiti stabiliti dalle norme richiamate. I finanziamenti interinali e per la presentazione della domanda di accesso alla procedura debbono pertanto essere autorizzati dal tribunale. Ne deriva che in difetto di autorizzazione il credito relativo non sarà assistito da prededuzione. Poiché però, come si è detto, l'imprenditore è *in bonis* e può compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, i contratti relativi a questi finanziamenti non saranno inefficaci né, salvo nel caso di mancata informazione del commissario giudiziale o di dissenso del medesimo, daranno luogo a provvedimenti del tribunale ai sensi dell'art. 106, comma 2, previsti per l'ipotesi che il debitore compia atti non autorizzati[24].

Vi è in sostanza una situazione analoga a quella regolata dall'art. 22, comma 1, lett. a) per la composizione negoziata. La mancata autorizzazione del tribunale comporta che il credito non sia prededucibile, ma non determina nullità o inefficacia del negozio eventualmente stipulato dal debitore senza autorizzazione.

Il legislatore non ha richiamato nell'ultimo comma dell'art. 64 *bis* l'art. 100 che regola l'autorizzazione al pagamento dei debiti pregressi nel concordato

[23] Si pone il medesimo quesito, senza arrivare ad una conclusione certa, anche S. BONFATTI, *op.cit.*, par. 10.

[24] In questo senso cfr. S. BONFATTI, *op.cit.*, par. 10, che osserva peraltro che, in ragione del mancato richiamo dell'art. 100 CCII che conferma per il concordato preventivo il principio dell'immediata esigibilità dei crediti aventi scadenza successiva all'apertura della procedura, i contratti di finanziamento pendenti al momento dell'apertura del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione : (i) proseguono secondo la disciplina originaria, anche se aventi scadenza successiva (come sarebbe l'ipotesi del mutuo in corso di ammortamento); (ii) possono trovare esecuzione senza necessità di autorizzazioni "esterne" anche se comportanti il compimento di atti di straordinaria amministrazione.

preventivo. Il mancato richiamo dipende dal fatto che non vi è un divieto di tali pagamenti nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione. Essi, infatti, rientrano nei poteri dell'imprenditore, che è *in bonis*, pur se soggetto al controllo del commissario giudiziale, nei termini ora visti. Va peraltro ricordato che il divieto di clausole *ipso facto*, previsto dall'art. 94 *bis*, richiamato dall'art. 64 *bis*, sul quale torneremo in prosieguo, comporta che il debitore ha facoltà di provvedere al pagamento di debiti pregressi, se ciò è coerente con il piano di ristrutturazione, ma i creditori non possono pretendere l'adempimento né agire esecutivamente a tal fine.

Il richiamo dell'art. 46, comma 5, da parte dell'art. 64 *bis*, norma che a sua volta richiama il primo comma dell'art. 46, porta a concludere che il riconoscimento di diritti di prelazione a favore dei creditori possa avvenire soltanto previa autorizzazione del tribunale, come avviene nel caso del concordato preventivo[25]. Poiché l'ultimo comma dell'art. 46 richiama i primi tre commi della norma, ne deriva che l'autorizzazione sarà di competenza del tribunale prima della pronuncia del decreto di apertura della procedura e del GD dopo tale momento. Il compimento di tali atti senza autorizzazione comporta, se posta in essere dopo la pronuncia del decreto che apre il procedimento con riserva, con la concessione del termine per la presentazione della domanda e del piano, la revoca del decreto stesso. Sarà inoltre applicabile l'art. 106, comma 2, per l'ipotesi del compimento di atti senza autorizzazione.

Il confronto con la disciplina delle autorizzazioni nella composizione negoziata porta a rilevare che nel piano soggetto ad omologazione il legislatore ha previsto un regime di autorizzazioni per il riconoscimento della prededuzione, ma non ha ripreso la disciplina autorizzatoria della cessione dell'azienda in deroga al disposto dell'art. 2560, comma 2, c.c. sulla responsabilità dell'acquirente per i debiti pregressi risultanti dalle scritture contabili obbligatorie.

L'art. 22, comma 1, prevede che il tribunale possa autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all'articolo 2560, secondo comma, del codice civile, dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti. La mancata autorizzazione non impedisce

[25] S. BONFATTI, *op.cit.*, sostiene invece che "il richiamo del principio dettato dall'art. 46, co. 5, CCII vieta la costituzione di ipoteche "giudiziali", non già di ipoteche volontarie ovvero di altre garanzie condivise dall'imprenditore". Ci pare invece che il primo periodo del comma 5 dell'art. 46 comporti l'applicazione del regime autorizzativo per la concessione di ipoteche volontarie previsto nel caso di concordato preventivo. Del resto lo stesso A. nel successivo par. 7 del suo scritto sembra condividere quanto qui sostenuto.

all'imprenditore di effettuare la cessione, ma non sarà possibile derogare alla responsabilità dell'acquirente per i debiti pregressi regolata appunto dall'art. 2560, comma 2.

La ragione per cui la norma non è richiamata è che il legislatore ha preferito regolare la cessione dell'azienda o la liquidazione del patrimonio in maniera conforme a quanto stabilito per il concordato preventivo. E' quindi richiamato l'art. 84, comma 8, in forza del quale, quando il piano prevede la liquidazione del patrimonio o la cessione dell'azienda e l'offerente non sia già individuato, il tribunale nomina un liquidatore che, anche avvalendosi di soggetti specializzati, compie le operazioni di liquidazione assicurandone l'efficienza e la celerità nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza. Si applicano gli articoli da 2919 a 2929 del codice civile. Non è richiamato il comma 9 dell'art. 84 che rinvia, nel caso di offerta da parte di un soggetto determinato avente ad oggetto l'affitto o la cessione di azienda in suo favore, alla disciplina delle offerte concorrenti prevista dall'art. 91. L'art. 64 bis, ultimo comma, richiama però direttamente l'art. 91, che, va ricordato, si applica non soltanto in caso di offerta irrevocabile contenuta nel piano di concordato, ma anche al contratto stipulato dal debitore prima dell'apertura della procedura con le medesime finalità, ma non all'offerta pervenuta in pendenza di procedura da perfezionarsi prima dell'omologazione del piano.

Per tale ipotesi l'art. 25 *septies*, comma 3, nel concordato semplificato liquidatorio prevede che il tribunale nomini un ausiliario che provvederà, previa autorizzazione del tribunale, svolgendo in sostanza le funzioni del liquidatore.

La fattispecie era dunque ben nota al legislatore e, di conseguenza, il mancato richiamo dell'art. 84, comma 9, è intenzionale. Come si è detto, l'imprenditore può compiere anche gli atti di straordinaria amministrazione e quindi è in grado di procedere alla cessione d'azienda, informandone ovviamente il commissario giudiziale. In questo caso però si tratterà di una vendita ordinaria, senza possibilità di derogare alla responsabilità dell'acquirente ai sensi dell'art. 2560, comma 2, sì che è improbabile che il potenziale acquirente sia disposto a perfezionare il contratto a tali condizioni. E per altro verso in questo modo non è possibile disporre cautele a tutela dei creditori, eccezion fatta per le indicazioni che potranno pervenire dal commissario giudiziale.

Va sottolineato d'altra parte che il legislatore non ha richiamato nell'ultimo comma dell'art. 64 *bis* l'art. 94 e in particolare i commi 5 e 6. Di conseguenza non vi può essere autorizzazione del tribunale alla vendita o all'affitto dell'azienda in pendenza di procedura e l'alienazione potrà avvenire soltanto nei termini che si sono precedentemente indicati.

È probabile peraltro che il legislatore abbia confidato sul fatto che i tempi di approvazione ed omologazione del piano di ristrutturazione dovrebbero essere necessariamente brevi, sì che sarebbe possibile attendere l'approvazione ed omologazione del piano per poi procedere nel rispetto dell'art. 91.

Nell'ultimo comma dell'art. 64 *bis* il legislatore richiama in quanto compatibili anche gli artt. 94 *bis*, 95, e 97. In virtù del richiamo dell'art. 94 *bis*, si applica nel solo caso in cui il piano preveda la continuità aziendale il divieto delle clausole c.d. *ipso facto*, in attuazione dell'art. 7, par. 5, della Direttiva. Pertanto i creditori non possono rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del deposito della domanda di accesso al piano soggetto ad omologazione, dell'emissione del decreto di apertura di cui all'articolo 47 e della concessione delle misure protettive o cautelari.

Ad essi è inoltre vietato sciogliersi dai contratti essenziali per effetto del mancato pagamento dei loro crediti conseguente alla sospensione delle azioni esecutive, sempre nel solo caso in cui il piano preveda la prosecuzione dell'impresa.

Il regime dei contratti pendenti è quello previsto dall'art. 97 in caso di concordato preventivo secondo la regola generale per cui i contratti pendenti, intesi come i contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti alla data del deposito della domanda, proseguono. Sono inefficaci i patti contrari. Il debitore può chiedere di essere autorizzato a sciogliersi o a sospendere il contratto se l'esecuzione non è coerente con le previsioni del piano né funzionale alla sua esecuzione. Nel caso di domanda con riserva può esser chiesta soltanto la sospensione. La sospensione o lo scioglimento sono disposti dal tribunale o dal G.D., da quest'ultimo dopo la pronuncia del decreto di apertura della procedura, nel contraddittorio del contraente *in bonis*, con determinazione di un indennizzo a favore di quest'ultimo che costituisce credito chirografario, ferma restando la prededuzione per il corrispettivo delle prestazioni eseguite tra la presentazione della domanda e la richiesta di scioglimento o sospensione. Il GD determina l'indennizzo ai soli fini della partecipazione del creditore al voto e del calcolo delle maggioranze. Altrimenti la determinazione dell'indennizzo è rimessa al giudice ordinariamente competente.

Oltre alla disciplina dettata dall'art. 97, il cui disposto abbiamo sommariamente riassunto, il legislatore nell'art. 64 *bis* richiama anche l'art. 95 e quindi le disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche amministrazioni. Il principio generale dettato dal primo comma dell'art. 95 è che i contratti in

corso di esecuzione, stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto del deposito della domanda di omologazione. Sono inefficaci eventuali patti contrari. Va peraltro sottolineato che dal tenore del secondo comma la regola si applica alla procedura che abbia carattere liquidatorio nel solo caso in cui il professionista indipendente attesti che la continuazione del contratto è necessaria per la miglior liquidazione dell'azienda in esercizio. Diversamente il piano deve prevedere la prosecuzione dell'attività d'impresa.

L'ultimo comma dell'art. 64 *bis* richiama l'art. 96 che a sua volta richiama gli articoli 145 e da 153 a 162 dettati dal legislatore in tema di liquidazione giudiziale.

L'art. 96 svolge la medesima funzione dell'art. 169 nella legge fallimentare, che richiamava gli artt. 45 e da 55 a 63. Le formalità necessarie per rendere gli atti opponibili ai terzi, di conseguenza, sono prive di effetto nei confronti dei creditori se compiute dopo l'apertura della procedura. Quanto agli effetti sui crediti, si applicano al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, come al concordato preventivo, quelle disposizioni, rimaste in gran parte immutate, che già sotto il vigore del R.D. 267/1942 regolavano il concorso dei crediti nel concordato preventivo.

Va ricordato che, rispetto al regime previgente, il comma 2 dell'art. 155 stabilisce che la compensazione non operi se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo il deposito della domanda o nell'anno anteriore e ciò a prescindere dalla circostanza, precedentemente stabilita dall'art. 56, l. fall., che il credito a tale data non fosse scaduto. Va poi ricordato che l'art. 96 stabilisce che trovi applicazione anche l'art. 153 (già art. 54, l. fall.) che regola il concorso dei crediti garantiti da ipoteca, pegno o privilegio.

L'art. 64 *bis* non richiama l'art. 100 che consente nel concordato preventivo, a determinate condizioni, il pagamento dei debiti pregressi. Il mancato richiamo non sta a significare divieto di effettuare tali pagamenti, ma al contrario, come nella composizione negoziata e diversamente da quanto previsto nel caso del concordato in continuità, che non vi è divieto per l'imprenditore, purché si tratti di pagamenti coerenti con il piano di ristrutturazione e che non arrechino pregiudizio ai creditori.

## 5. La domanda ed il procedimento

Come si è detto, la domanda di apertura del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione va presentata nelle forme previste dall'art. 40 del codice. Si applica quindi anche in questo caso il procedimento unitario. L'art. 40 precisa che la competenza è del tribunale in formazione collegiale. La competenza territoriale, ai sensi dell'art. 27, comma 2, è del tribunale nel cui circondario si

trova il COMI dell'imprenditore, secondo i criteri relativi a persone fisiche e società dettati dalla norma.

Alla presentazione della domanda seguono alcuni effetti. Da un lato l'art. 64 *bis*, ultimo comma, richiama l'art. 89 in tema di concordato preventivo e di conseguenza dalla data di presentazione della domanda sono sospesi gli effetti che il codice civile ricollega alla riduzione del capitale sociale o alla perdita del medesimo. Si tratta di un effetto automatico che segue alla proposizione della domanda. Dall'altro, se il debitore ne fa richiesta nella domanda, alla sua presentazione segue, ai sensi dell'art. 54, secondo comma, il divieto per i creditori di iniziare e proseguire azioni esecutive e cautelari, sospensione che deve però esser poi oggetto di conferma da parte del tribunale in composizione monocratica. La domanda può inoltre contenere la richiesta di provvedimenti cautelari, che ai sensi dell'art. 54, primo comma, può essere proposta nel corso dell'intero procedimento di apertura del piano soggetto ad omologazione. Sulle misure protettive e cautelari ci soffermeremo nel paragrafo successivo.

Ai sensi del terzo comma dell'art. 40 la domanda entro il giorno successivo al deposito è comunicata dal cancelliere al registro delle imprese. L'iscrizione è eseguita entro il giorno successivo e quando contiene la richiesta di misure protettive il Conservatore del registro ne fa espressa menzione. La domanda, unitamente ai documenti allegati, deve anche esser trasmessa al P.M.

L'art. 64 *bis*, comma 2, precisa che con il ricorso il debitore deposita la proposta ed il piano e la documentazione indicata dall'art. 39, commi 1 e 2. Alla domanda pertanto deve essere allegato il piano e l'attestazione del professionista indipendente. Quanto al piano l'art. 64 *bis* ultimo comma richiama i primi due commi dell'art. 87. Ne deriva che il piano deve avere gli stessi requisiti richiesti per il concordato preventivo.

Alcune delle indicazioni che debbono figurare nel piano, secondo la disciplina dell'art. 87, assumono particolare rilievo alla luce del fatto che nel piano soggetto ad omologazione è indispensabile il voto unanime delle classi e che pertanto i criteri di formazione delle classi medesime sono determinanti. Occorrerà pertanto soddisfare con attenzione la richiesta del legislatore che vengano indicate sia le parti interessate dal piano che quelle non interessate (art. 87, comma 1, lett. l e n), che potranno essere indicate individualmente o per categorie di debiti, descrivendo i motivi per i quali esse non sono interessate. Ed ancora dovranno essere indicate le classi in cui le parti interessate sono state suddivise ai fini del voto, con indicazione dei criteri di formazione utilizzati, del valore dei rispettivi crediti e degli interessi di ciascuna classe (art. 87, comma 1, lett. m).

Il debitore inoltre dovrà indicare le ragioni per cui la proposta è preferibile alla liquidazione giudiziale in modo da rispettare il principio del *creditor no worse off*.

Il legislatore non ha richiamato l'art. 87, comma 3, che prevede che la relazione del professionista indipendente attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano e, in caso di continuità aziendale, che il piano è atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale.

L'art. 64 *bis*, comma 3, prevede, molto più genericamente, che un professionista indipendente attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Dal confronto tra le due norme si potrebbe forse dedurre che nel caso del piano soggetto ad omologazione il legislatore non ritiene necessario che il piano consenta di superare l'insolvenza e garantisca la sostenibilità economica dell'impresa. Se così fosse si tratterebbe di un argomento a favore della possibilità di un piano soggetto ad omologazione a carattere liquidatorio.

L'art. 87, comma 3, fa anche riferimento all'idoneità del piano a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale, ma tale requisito è comunque affermato dall'art. 64 *bis*, comma 8, che impone al tribunale di verificarne la sussistenza in sede di omologazione nel caso di opposizione di un creditore dissenziente.

Dal comma 4 dell'art. 64 *bis* ricaviamo che, a seguito della presentazione del ricorso, il tribunale pronuncia decreto con il quale:

a) valutata la mera ritualità della proposta e verificata la correttezza dei criteri di formazione delle classi, nomina un giudice delegato al procedimento e nomina oppure conferma il commissario giudiziale;

b) adotta i provvedimenti di cui all'articolo 47, comma 2, lettere c) e d), cioè stabilisce, in relazione al numero dei creditori, alla entità del passivo e alla necessità di assicurare la tempestività e l'efficacia della procedura, la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione da soggetti terzi, e fissa il termine per la comunicazione del provvedimento ai creditori;

- fissa il termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il quale il debitore deve depositare nella cancelleria del tribunale la somma, ulteriore rispetto a quella versata ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lettera d), pari al 50 per cento delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura ovvero

la diversa minor somma, non inferiore al 20 per cento di tali spese, che sia determinata dal tribunale.

Il sindacato del tribunale nella fase di ammissione alla procedura è dunque ridotto alla verifica della correttezza dei criteri di formazione delle classi ed alla valutazione della *mera ritualità* della proposta.

Per il concordato preventivo liquidatorio, l'art. 47, norma inserita nell'ambito del procedimento unitario, stabilisce che a seguito del deposito del piano e della proposta il tribunale verifica per il concordato liquidatorio *l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati* ( art. 47, comma 1, lett. a). Il tribunale mantiene in questo caso i medesimi poteri di sindacato che già aveva vigente la legge fallimentare, ma è ridotto l'ambito del controllo che riguarda soltanto la non manifesta inattitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati. Nel caso del concordato in continuità il tribunale, sempre ai sensi dell'art. 47 (comma 1, lett. b) deve valutare la ritualità della proposta. La domanda, prosegue la norma, è tuttavia inammissibile se il piano è manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali.

Nell'art. 64 *bis* il legislatore ha rinviato all'art. 47 per quanto concerne la fissazione della data della votazione e per alcuni altri provvedimenti accessori, ma ha stabilito direttamente i limiti della cognizione del tribunale, precisando che, oltre alla verifica dei criteri di formazione delle classi, il controllo riguarda la mera ritualità della proposta. Anche nel caso del concordato preventivo in continuità il tribunale è chiamato a verificare la sola ritualità della proposta, ma il legislatore non ha usato l'aggettivo *mera*, a significare che nel nostro caso il controllo deve essere particolarmente limitato.

Nel limitare il controllo del tribunale, soprattutto nella fase di apertura della procedura, il legislatore ha preso atto che la Direttiva *Insolvency*, che si applica, occorre ricordarlo soltanto alle procedure di ristrutturazione e non a quelle liquidatorie, non prevede controlli del giudice prima che il piano sia stato adottato dai creditori. L'art. 9, par. 5, dispone che i diritti di voto e la formazione delle classi siano esaminati da un'autorità giudiziaria o amministrativa quando è presentata la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione. L'art. 10, par. 3, richiede che l'autorità giudiziaria o amministrativa abbia la facoltà di rifiutare di omologare il piano di ristrutturazione che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa. Tale verifica è prevista, tuttavia, non al momento dell'apertura della procedura, ma dell'omologa.

La diversa estensione del sindacato del giudice nella fase di apertura nel concordato preventivo liquidatorio e in continuità si spiega con il fatto che soltanto nel secondo caso il legislatore ha dovuto tener conto dei vincoli che gli derivavano dalla Direttiva. La limitazione del sindacato nel caso del piano soggetto ad omologazione alla mera ritualità della proposta, con un limite ulteriore anche rispetto alla disciplina del concordato in continuità, si spiega soltanto ammettendo che il piano soggetto a omologazione sia stato concepito dal legislatore come una procedura di ristrutturazione. Tuttavia, come abbiamo osservato, questo limite non risulta con chiarezza dalla disciplina dell'istituto. Se si ammette che il piano possa anche avere carattere liquidatorio, la diversità del sindacato nel giudizio di apertura del concordato preventivo liquidatorio e del piano soggetto ad omologazione che abbia identico contenuto è irragionevole.

## 6. Misure protettive e cautelari. Riduzione o perdita del capitale

Il deposito della domanda di apertura del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione consente, come si è detto, di richiedere le misure protettive ed anche le misure cautelari. A quest'ultimo proposito l'art. 54, comma 1, chiarisce espressamente che il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari anche nel caso del piano di ristrutturazione. In tale ipotesi, come prevede l'art. 54, comma 1, i provvedimenti cautelari che possono essere richiesti sono quelli, inclusi la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze di omologazione dello strumento di composizione della crisi o dell'insolvenza. La formula, molto ampia, ha un senso evidente quando si fa riferimento alla disciplina del concordato preventivo dove all'omologazione può seguire la nomina dei liquidatori e rimane ferma la vigilanza del commissario giudiziale sull'attuazione della proposta e del piano. Nel caso del piano soggetto ad omologazione va considerato che in pendenza di procedura l'imprenditore può compiere gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione e che, omologato il piano, non vi sono particolari vincoli a suo carico. Il legislatore ha inoltre escluso che l'art. 114 che regola la cessione dei beni in caso di concordato preventivo sia applicabile al piano soggetto ad omologazione.

Per quanto concerne invece le misure protettive l'art. 54, comma 2, prevede sia per il concordato preventivo che per il piano soggetto ad omologazione che i creditori non possano iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio e sui beni e diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa. Rispetto al testo dell'art. 168 l. fall., che originariamente si riferiva al solo

concordato preventivo, sono stati soppressi i riferimenti ai soli creditori per titolo o causa anteriore e la previsione che l'azione esecutiva iniziata o proseguita in violazione di legge sia sanzionata dalla nullità, dovendosi più ragionevolmente ritenere che l'atto in questione sia semplicemente inefficace. Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano. Non può essere pronunciata la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza o di apertura della liquidazione giudiziale.

Ulteriori misure temporanee possono essere richieste al tribunale da parte del debitore con successiva istanza (art. 54, comma 2, secondo periodo) per evitare che determinate azioni di uno o più creditori possano pregiudicare sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte. Va sottolineato che il riferimento della norma alle trattative presuppone comunque che sia stata presentata la domanda di apertura del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, eventualmente anche nelle forme della domanda con riserva di presentazione del piano. Il legislatore non precisa quale possa essere il contenuto di queste ulteriori misure temporanee, che sono destinate ad aggiungersi alle misure protettive che seguono automaticamente alla richiesta del debitore nella domanda di apertura del procedimento.

Va sottolineato che l'art. 54, quarto comma, con disposizione innovativa consente all'imprenditore di chiedere le misure protettive anche prima della presentazione della domanda di apertura del piano soggetto ad omologazione. La domanda può avere ad oggetto tanto le misure di cui al primo periodo dell'art. 54, che seguono automaticamente alla presentazione della proposta di piano soggetto ad omologazione, quanto quelle facoltative ed eventuali che l'art. 54, comma 2, consente di richiedere successivamente.

In tal caso la domanda sarà proposta ai sensi degli artt. 17 e 18. Occorre cioè che l'imprenditore chieda di accedere alla composizione negoziata e che ne ricorrano le condizioni. In questo caso le misure protettive potranno essere disposte dal tribunale secondo il regime proprio della composizione negoziata, ma al fine di poter successivamente presentare la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione. L'oggetto della domanda non ha apparentemente lo stesso contenuto rispetto a quanto previsto dall'art. 18 perché il legislatore fa riferimento alle misure previste dall'art. 54, comma 2, primo e secondo periodo, che hanno portata diversa rispetto a quanto stabilito dall'art. 18, comma 1. In particolare l'art. 54 non fa riferimento al divieto di acquisizione di diritti di prelazione senza il consenso dell'imprenditore che è invece ipotesi prevista dall'art. 18. Ciò però dipende dal fatto che l'art. 54 presuppone l'avvenuta presentazione della domanda di apertura del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, cui segue per il combinato disposto degli artt. 64 *bis*, comma 2, e dell'art. 46, comma 5, l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei

novanta giorni anteriori ed il divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo autorizzazione del tribunale. È quindi da ritenere che il divieto previsto dall'art. 18 trovi applicazione perché, in ipotesi, siamo in un momento anteriore alla presentazione della domanda di apertura della procedura.

La possibilità, prevista dall'art. 18, di effettuare pagamenti, non è richiamata dall'art. 54, ma si è visto che nel caso del piano soggetto ad omologazione non vi è un divieto di effettuare pagamenti di debiti pregressi.

L'art. 54, quarto comma, consente la presentazione della domanda di misure protettive anche nel caso di domanda con riserva ai sensi dell'art. 44, comma 1. L'art. 54, comma 2, come si è visto, non contiene il divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti. Tuttavia l'art. 64 *bis*, comma 2, che regola gli effetti della domanda si applica anche all'accesso ai sensi dell'art. 44, comma 1. Ne deriva che anche in questo caso è richiamato il comma 5 dell'art. 46 con il conseguente divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione senza l'autorizzazione del tribunale e con inefficacia delle ipoteche iscritte nei novanta giorni anteriori.

In virtù del richiamo dell'art. 94 *bis* da parte dell'art. 64 *bis*, ultimo comma, in caso di continuità aziendale si applica il divieto delle clausole c.d. *ipso facto*. Pertanto i creditori interessati dalle misure protettive concesse ai sensi dell'articolo 54, comma 2, sia da quelle conseguenti alla richiesta proposta con la domanda sia da quelle eventuali successivamente concesse ai sensi del secondo periodo della norma, non possono rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore in conseguenza della concessione delle misure protettive o cautelari. Essi inoltre non possono unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti essenziali in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla presentazione della domanda. Si intendono come essenziali i contratti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore.

Questa norma costituisce attuazione dell'art. 7, par. 4, della Direttiva. Va ricordato che il rinvio dell'art. 64 *bis* all'art. 94 *bis* è nei limiti della compatibilità della norma. Essa pertanto, anche in ragione della sua derivazione dalla Direttiva che riguarda soltanto le procedure di ristrutturazione, potrà trovare applicazione soltanto quando il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione preveda la prosecuzione dell'attività dell'impresa. L'art. 94 *bis*,

infatti, riguarda soltanto il concordato in continuità. La sua applicazione al piano soggetto ad omologazione presuppone che esso preveda la prosecuzione dell'impresa ai fini della sua ristrutturazione.

### 7. Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione con riserva

Il piano soggetto ad omologazione può essere proposto anche nelle forme proprie della domanda con riserva. L'art. 44 del codice prevede infatti che il tribunale fissi il termine compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile di ulteriori sessanta giorni su istanza del debitore in assenza di domande di liquidazione giudiziale ed in presenza di giustificati motivi, entro il quale il debitore deposita la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione accompagnato dalla documentazione prevista dall'art. 39, commi 1 e 2. In questo caso il tribunale nomina il commissario giudiziale, disponendo che questi riferisca immediatamente nel caso di atti in frode non dichiarati nella domanda o su circostanze o condotte tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi. Dispone inoltre gli obblighi informativi periodici ed il versamento della somma necessaria per le spese di procedura.

In forza del richiamo dell'art. 49, comma 3, lett. f) il tribunale autorizza il commissario giudiziale: 1) ad accedere alle banche dati dell'anagrafe tributaria e dell'archivio dei rapporti finanziari; 2) ad accedere alla banca dati degli atti assoggettati a imposta di registro e ad estrarre copia degli stessi; 3) ad acquisire l'elenco dei clienti e l'elenco dei fornitori di cui all'articolo 21 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 e successive modificazioni; 4) ad acquisire la documentazione contabile in possesso delle banche e degli altri intermediari finanziari relativa ai rapporti con l'impresa debitrice, anche se estinti; 5) ad acquisire le schede contabili dei fornitori e dei clienti relative ai rapporti con l'impresa debitrice. Il commissario giudiziale sarà pertanto in grado di riferire più compiutamente sulla condotta del debitore e sull'eventuale sussistenza di atti in frode.

Il provvedimento di concessione del termine è revocabile su segnalazione del commissario giudiziale, di un creditore o del PM, sentiti il debitore e i creditori che hanno chiesto l'apertura della liquidazione giudiziale ed omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio. La revoca segue all'accertamento di atti in frode non dichiarati nella domanda di accesso alla procedura ovvero di circostanze o condotte del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi. Segue inoltre alla grave violazione degli obblighi informativi ed ancora al mancato versamento della somma necessaria per le spese di procedura.

Questo procedimento si affianca a quello previsto dall'art. 64 *bis*, comma 6, nel caso di compimento di atti di straordinaria amministrazione senza l'avviso

al commissario o in caso di dissenso di quest'ultimo ove l'atto sia di pregiudizio ai creditori o non coerente con il piano.

In conclusione l'accesso al piano di ristrutturazione con riserva consente al debitore di beneficiare immediatamente della sospensione delle azioni esecutive e cautelari, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, ma mantenendo la piena autonomia gestionale sia per gli atti di ordinaria che di straordinaria amministrazione, salvi gli effetti dell'intervento del commissario quando ravvisi atti non coerenti con il piano o di pregiudizio dei creditori. E le misure protettive possono essere anticipate sin dall'accesso alla composizione negoziata. Non è così nel caso in cui la domanda con riserva si riferisca al concordato preventivo perché in tal caso si applica l'art. 46 con il conseguente regime autorizzativo del debitore per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione.

L' accesso, anche con riserva, al piano soggetto ad omologazione determina un regime molto simile a quello di cui beneficia l'imprenditore che accede alla composizione negoziata e che tuttavia se ne differenzia sia per la presenza del commissario giudiziale le cui segnalazioni al tribunale, a differenza del parere negativo dell'esperto sui singoli atti, conducono rapidamente alla revoca dell'ammissione alla procedura, sia per la presenza di atti che, come abbiamo visto, richiedono l'autorizzazione del tribunale.

Occorre però il consenso di tutte le classi interessate, che rende la soluzione meno praticabile, quantomeno in presenza di un vasto numero di creditori.

## 8. I provvedimenti immediati. Richiamo della sezione IV del capo III del titolo IV

La sezione IV del capo III del titolo IV del codice, che contiene la disciplina dei provvedimenti immediati che seguono alla pronuncia del decreto di apertura della procedura, è richiamata dall'art. 64 *bis* integralmente, sempre nei limiti della compatibilità.

In questo caso deve farsi riferimento al decreto previsto dal quarto comma dell'art. 64 *bis*, con il quale il tribunale designa il giudice delegato e nomina o conferma il commissario giudiziale e fissa la data iniziale e finale della votazione dei creditori oltre che il termine perentorio per il deposito della somma necessaria per le spese di procedura.

Gli articoli 103, 104 e 105, che compongono la sezione IV del capo III insieme all'art. 106, non presentano particolari problemi applicativi. Si tratta infatti dell'annotazione dell'apertura della procedura per mano del commissario sui libri contabili (norma peraltro rimasta immutata rispetto al vecchio art. 170 l. fall., quando un adeguamento alla tenuta elettronica delle scritture contabili

sarebbe stata opportuna), delle modalità con cui deve avvenire la convocazione dei creditori, degli adempimenti cui è tenuto il commissario. L'art. 105 prevede che il commissario debba redigere l'inventario del patrimonio del debitore. La norma potrebbe essere forse considerata non compatibile con il regime del piano soggetto ad omologazione dove non vi è spossessamento del debitore. In realtà l'inventario non è collegato soltanto allo spossessamento, ma alla necessità di verificare l'esatta consistenza del patrimonio in relazione all'idoneità del piano e all'assenza di atti in frode dei creditori.

Il commissario dovrà inoltre redigere una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto precisando se l'impresa si trovi in stato di crisi o di insolvenza, riferendo sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, e la dovrà depositare in cancelleria almeno quarantacinque giorni prima della data iniziale stabilita per il voto dei creditori. Copia della relazione deve essere trasmessa al pubblico ministero. Nella relazione il commissario è tenuto ad illustrare le utilità che, in caso di liquidazione giudiziale, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi, allo scopo di consentire al tribunale ed ai creditori di verificare che la proposta preveda un trattamento non deteriore rispetto a quanto ricavabile in caso di liquidazione giudiziale.

Il commissario giudiziale è inoltre tenuto alla redazione di una relazione integrativa sia nel caso di proposta concorrente sia nel caso in cui emergano informazioni che i creditori devono conoscere ai fini dell'espressione del voto. Gli specifici adempimenti previsti dall'art. 105, commi da 3 a 5, in caso di concordato sono certamente applicabili anche nel caso del piano soggetto ad omologazione.

Come si è visto, il commissario giudiziale svolge nel piano soggetto ad omologazione le funzioni previste dall'art. 92 per il concordato preventivo, norma che è espressamente richiamata dall'art. 64 *bis*, sempre nei limiti della compatibilità.

Sicuramente il commissario deve svolgere l'attività di vigilanza prevista dal comma 3 dell'art. 92. La norma prevede però, per il solo concordato preventivo in continuità aziendale con riserva di presentazione del piano, ai sensi dell'art. 44, lett. a), che il commissario, oltre ai tradizionali compiti di vigilanza sul debitore e di informazione ai creditori, prima della scadenza del termine per la presentazione del piano, se richiesto, affianchi il debitore ed i creditori nella negoziazione del piano stesso, formulando suggerimenti per la sua redazione. Nel caso di concessione delle misure protettive ai sensi dell'art. 54, comma 2,

sempre nell'ipotesi in cui la domanda sia stata presentata con riserva, il commissario svolgerà tale funzione anche senza richiesta del debitore.

Sorge il quesito se tale disciplina possa essere applicata anche al piano soggetto ad omologazione.

La Direttiva, all'art. 5, comma 3, ha previsto che la nomina del professionista nel campo della ristrutturazione, commissario giudiziale nel nostro linguaggio, con funzioni di assistenza al debitore ed ai creditori nel negoziare e redigere il piano, sia obbligatoria in almeno tre casi: a) quando una sospensione generale delle azioni esecutive individuali è concessa da un'autorità giudiziaria o amministrativa e detta autorità decide che il professionista è necessario per tutelare gli interessi delle parti; b) quando il piano di ristrutturazione deve essere omologato dall'autorità giudiziaria o amministrativa mediante ristrutturazione trasversale dei debiti ( *cross class cram down*); c) quando la nomina è richiesta dal debitore o dalla maggioranza dei creditori, purché, in quest'ultimo caso, i creditori si facciano carico del costo del professionista.

L'art. 92 ha dato attuazione alla prima ed alla terza delle ipotesi considerate dalla Direttiva. L'ipotesi che il piano debba essere omologato con il *cross class cram down* è stata ritenuta evidentemente assorbita nelle altre due. L'approvazione del piano con la ristrutturazione trasversale ed il voto favorevole di una sola classe di creditori non può infatti concretizzarsi prima del voto di questi ultimi ed ha pertanto senso che l'attribuzione al commissario delle funzioni di facilitatore delle trattative sul contenuto del piano avvenga prima che la proposta ed il piano siano presentati, quale che sia poi il risultato della votazione.

Non pare che vi siano difficoltà a ritenere applicabile la previsione dell'art. 92 anche al piano soggetto ad omologazione, dove peraltro la ristrutturazione trasversale dei debiti non può aver luogo perché è richiesta l'unanimità delle classi. La domanda infatti può essere presentata con riserva, come nel concordato preventivo, e la disciplina delle misure protettive è regolata dall'art. 54, comma 2, negli stessi termini. Sia nel concordato che nel piano soggetto ad omologazione vi è una domanda con riserva, cui ancora non è seguita la proposta ed il piano, e sono pendenti le trattative con i creditori. Inoltre il regime della domanda con riserva è flessibile e consente di passare da un tipo ad un altro di procedura. Ricorre dunque una *ratio* comune che giustifica l'attribuzione al commissario anche nel piano soggetto ad omologazione del compito di facilitatore, a condizione naturalmente che la domanda ipotizzi la prosecuzione dell'attività d'impresa.

Si è già illustrato in precedenza il particolare ruolo del commissario nel piano soggetto ad omologazione, di controllo sugli atti di amministrazione compiuti

dall'imprenditore e sulla necessità che tali atti incontrino il suo consenso, quando pregiudizievoli per i creditori o non coerenti con il piano di ristrutturazione.

Si è già osservato che il legislatore, nel prevedere questa nuova e diversa funzione del commissario giudiziale, ha tenuto presente il ruolo dell'esperto nella composizione negoziata ed ha ritenuto di attribuire al commissario una funzione di facilitatore dell'accordo sul contenuto del piano, con riferimento alla quale potranno venire utili le indicazioni che il decreto dirigenziale 28 settembre 2021 dà sullo svolgimento dell'attività dell'esperto nella composizione negoziata. Va però sottolineato che il commissario, a differenza dell'esperto, non ha un ruolo di totale indipendenza rispetto al giudice che l'ha nominato. Pertanto egli dovrà tener conto delle indicazioni che gli potranno pervenire dal tribunale in occasione, ad esempio, dell'emanazione di provvedimenti autorizzativi, ed in qualche misura anche in via informale. Va poi sottolineato che, a differenza dell'esperto, il commissario ai sensi dell'art. 92, ha obbligo di comunicare senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni. Questo ruolo del commissario può incidere sull'efficacia con cui potrà svolgere le funzioni di facilitatore nelle trattative per la redazione del piano.

La sezione IV del capo III si chiude con l'art. 106. Già si è visto che tale norma è espressamente richiamata dall'art. 64 *bis*. Non è qui il caso di soffermarsi ulteriormente.

## 9. Il voto dei creditori

Il voto dei creditori è disciplinato in gran parte con un rinvio alle disposizioni dettate dalla sezione V del capo III del titolo IV del codice relativamente al concordato preventivo. Ai sensi dell'art. 107 il voto è espresso con modalità telematiche ed è espresso a mezzo posta elettronica certificata inviata al commissario. Tutte le proposte presentate dal debitore e dai creditori nel caso di proposte concorrenti sono poste in votazione seguendo, per queste ultime, l'ordine temporale del deposito. L'ordine temporale e l'orario delle votazioni sono disciplinati da un decreto del G.D. Il voto può essere espresso tra una data iniziale ed una finale, già stabilite con il decreto del tribunale di apertura del procedimento. Almeno 15 giorni prima della data iniziale il commissario illustra la sua relazione e le proposte definitive del debitore e, eventualmente, dei creditori con comunicazione inviata ai creditori, al debitore e a tutti gli altri interessati, depositata nella cancelleria del G.D. Va allegato l'elenco dei legittimati al voto con indicazione dell'ammontare del credito per cui sono

ammessi a votare. Dieci giorni prima della data iniziale del voto il debitore, i creditori che hanno formulato proposte alternative, i coobbligati, i fideiussori del debitore, i coobbligati in via di regresso possono formulare osservazioni e contestazioni a mezzo PEC, indirizzate al commissario. Il debitore ha facoltà di rispondere e contestare a sua volta i crediti ed ha il dovere di fornire al giudice gli opportuni chiarimenti. Può inoltre esporre le ragioni per cui ritiene inammissibili o non fattibili le proposte concorrenti. Il commissario dà comunicazione ai creditori, al debitore e a tutti gli altri interessati delle contestazioni ed osservazioni e ne informa il GD. Il commissario deposita la propria relazione definitiva, di cui dà comunicazione ai creditori, al debitore e agli altri interessati, almeno sette giorni prima della data iniziale. Almeno due giorni prima sono comunicati a tutti questi soggetti i provvedimenti assunti dal GD. Tutti questi termini non sono soggetti a sospensione feriale.

Si tratta di un procedimento molto veloce, fondato sulla celerità ed efficienza del commissario e sull'utilizzo della PEC per tutte le comunicazioni.

L'art. 108 conferma il principio per cui il GD ammette provvisoriamente i crediti contestati ai fini del voto e del calcolo delle maggioranze, fatte salve le pronunce definitive sulla sussistenza del credito e sulla sua collocazione nell'ordine delle cause di prelazione e quindi anche nelle classi. In difetto di un provvedimento del GD i crediti sono ammessi sulla base dell'elenco dei creditori, fatto salvo il diritto di proporre opposizione all'omologazione. I creditori esclusi possono opporsi all'omologazione nel caso in cui il credito escluso superi la prova di resistenza e cioè possa avere influenza sulla formazione delle maggioranze.

Come si è detto, il piano soggetto ad omologazione è approvato se riporta il voto favorevole di tutte le classi. Come prevede l'art. 64 *bis*, comma 7, in ciascuna classe la proposta è approvata se è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure, in mancanza, se hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe. Quest'ultimo criterio rende meno difficile il raggiungimento della maggioranza in ogni classe, perché esso corrisponde al 33% degli aventi diritto al voto.

Resta comunque difficile raggiungere la maggioranza in tutte le classi. A tale proposito va considerato anche il particolare regime che il legislatore ha dettato per quanto concerne i creditori privilegiati. La Direttiva ha previsto che hanno diritto di voto tutte le parti interessate e dunque anche i creditori privilegiati, se il loro credito riceve per effetto del piano un trattamento diverso rispetto a quello altrimenti spettante. Il legislatore italiano, pur dando attuazione a tale principio che è fortemente innovativo rispetto alla disciplina previgente, ha però previsto

che i creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, entro centottanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Nel caso di crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751-*bis*, n. 1, del codice civile, il termine è di trenta giorni. Altrimenti, i creditori privilegiati votano e, per la parte incapiente, sono inseriti in una classe distinta. Tale regola è affermata dall'art. 109, comma 5, per il concordato preventivo, ma il legislatore ha preferito non richiamare tale comma dell'art. 109, a differenza di diversi altri commi della stessa norma, ed inserire lo stesso principio nei medesimi termini nel comma 7 dell'art. 64 *bis*. E' richiamato l'art. 109, comma 4, in virtù del quale per la parte incapiente il creditore privilegiato è equiparato ai creditori chirografari.

Come si è detto, la formazione delle classi richiede che i crediti corrispondano a posizione giuridica ed interessi economici omogenei, secondo la definizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. r). Ne deriva che un diverso privilegio o un diverso grado dell'ipoteca o del pegno comporta un diverso classamento perché i crediti hanno posizione giuridica non omogenea, con conseguente aumento del numero delle classi e maggior difficoltà a raggiungere il consenso di tutte le classi. Non è una regola imposta dalla Direttiva, che anzi all'art. 9, comma 4, ed al Considerando 44 indica che, come minimo, i creditori garantiti e non garantiti dovrebbero essere sempre trattati in classi distinte. In forza del sistema previsto dal codice, ed in questo caso anche dalla Direttiva, il numero delle classi aumenta anche in ragione della presenza di creditori privilegiati incapienti che per la parte degradata del loro credito debbono essere inseriti in una classe diversa.

L'art. 64 *bis* non richiama l'art. 109, comma 3, che prevede che i creditori privilegiati di cui la proposta prevede l'integrale pagamento non votano se non rinunciano alla prelazione ed in tal caso sono equiparati ai creditori chirografari, ma la rinuncia ha effetto soltanto ai fini della procedura. Ne deriva che nel piano soggetto ad omologazione non è ammessa la rinuncia ed i creditori privilegiati non sono comunque ammessi al voto. Si tratta di un regime differenziato diretto ad agevolare l'approvazione della proposta, che però rischia di creare una differenza di trattamento lesiva della posizione dei creditori privilegiati, verosimilmente censurabile ai sensi dell'art. 3 Cost.

In virtù del richiamo dei commi 6 e 7 dell'art. 109 sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge o il convivente di fatto del debitore, la parte dell'unione civile con il medesimo, i parenti e affini fino al quarto grado, la società che controlla la società debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo, nonché i cessionari o aggiudicatari dei

loro crediti da meno di un anno prima della domanda di concordato. Sono inoltre esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze i creditori in conflitto d'interessi.

Il creditore che propone il concordato ovvero le società da questo controllate, le società controllanti o sottoposte a comune controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile possono votare soltanto se la proposta ne prevede l'inserimento in apposita classe.

L'art. 64 *bis* richiama anche l'art. 109, comma 2, relativo al voto su proposte concorrenti stabilendo che quando sono poste al voto più proposte di concordato, si considera approvata la proposta che ha conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto; in caso di parità, prevale quella del debitore o, in caso di parità fra proposte di creditori, quella presentata per prima. Quando nessuna delle proposte concorrenti poste al voto sia stata approvata con le maggioranze ora dette, il giudice delegato, con decreto da adottare entro trenta giorni dal deposito in cancelleria della relazione del commissario sull'esito della votazione, rimette al voto la sola proposta che ha conseguito la maggioranza relativa dei crediti ammessi al voto, fissando il termine per la comunicazione ai creditori e il termine a partire dal quale i creditori, nei venti giorni successivi, possono far pervenire il proprio voto per posta elettronica certificata. La norma aggiunge che in ogni caso si applicano le disposizioni di cui al comma 1 dell'art. 109, che prevede tra l'altro che ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se la maggioranza dei crediti ammessi al voto è raggiunta anche nel maggior numero di classi.

Sembrerebbe quindi che, in virtù del richiamo di questa disciplina, nel caso di proposte concorrenti non si applichi la regola per cui la proposta deve essere approvata da tutte le classi. Prevarrebbe la proposta che ha conseguito la maggioranza più elevata tra i crediti ammessi al voto, indipendentemente dalla formazione delle classi. Tale maggioranza dovrebbe inoltre essere raggiunta nel maggior numero di classi. Il risultato della presenza di una proposta concorrente sarebbe quindi quello di rendere più facile per il debitore o per i creditori concorrenti conseguire l'approvazione della proposta perché non sarebbe necessario raggiungere la maggioranza in tutte le classi.

In alternativa a quest'interpretazione potrebbe invece ritenersi che una volta che, in base alle regole dettate dall'art. 109, comma 2, si è determinato quale è la proposta che prevale, il GD dovrebbe in ogni caso rimetterla al voto allo scopo di verificare se essa ottiene la maggioranza in tutte le classi.

In virtù del richiamo del primo comma dell'art. 109 da parte del comma 2 della norma, nel caso in cui un unico creditore sia titolare di crediti in misura superiore alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, la proposta sarebbe

approvata se, oltre alla maggioranza richiesta dal comma 2, riporta anche la maggioranza per teste dei voti espressi dai creditori ammessi al voto.

L'art. 64 *bis* richiama anche l'art. 110, sempre in tema di concordato preventivo. Ne deriva che all'esito della votazione è redatta dal commissario giudiziale apposita relazione in cui sono inseriti i voti favorevoli e contrari dei creditori con l'indicazione nominativa dei votanti e dell'ammontare dei rispettivi crediti. È altresì inserita l'indicazione nominativa dei creditori che non hanno esercitato il voto e dell'ammontare dei loro crediti. Alla relazione è allegata, su supporto informatico, la documentazione relativa all'espressione dei voti. La relazione è depositata in cancelleria il giorno successivo alla chiusura delle operazioni di voto. A ciò segue il giudizio di omologazione se sono state raggiunte le maggioranze richieste, cioè, salvo il caso delle proposte concorrenti, l'approvazione di tutte le classi. Tuttavia ai sensi dell'art. 110, comma 2, del pari richiamato, se il commissario rileva, dopo l'approvazione del piano soggetto ad omologazione, che sono mutate le condizioni di fattibilità, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza per modificare il voto.

## 10. Il giudizio di omologazione: limiti del sindacato del tribunale e procedimento.

L'art. 64 *bis*, comma 8, si limita a prevedere che il tribunale omologa con sentenza il piano di ristrutturazione nel caso di approvazione da parte di tutte le classi. Ai sensi del comma 9 dell'art. 64 *bis*, si applicano le norme della sezione VI del capo III del titolo IV che regolano l'omologazione e l'esecuzione del concordato preventivo, ad eccezione dell'art. 112. Ne deriva che il contenuto del controllo cui è chiamato il tribunale nel caso rispettivamente del concordato in continuità e del concordato preventivo liquidatorio non trova applicazione nel caso in esame.

Va ricordato che la Direttiva *Insolvency* per le procedure di ristrutturazione prevede, nel caso in cui la proposta del debitore sia approvata dalle classi dei creditori all'unanimità, che non vi sia necessariamente un controllo del giudice. L'art. 11, par. 1, è chiaro in tal senso prevedendo la necessità di approvazione soltanto nel caso in cui occorra l'approvazione del piano da parte della maggioranza delle classi o attraverso la ristrutturazione trasversale dei debiti. L'art. 10, par. 1, richiede la necessaria approvazione del giudice soltanto in alcuni casi espressamente indicati e limita il controllo giudiziale in sede di omologazione alla verifica di alcune condizioni espressamente indicate nel par.

2[26], tra le quali non risulta la fattibilità del piano, mentre il tribunale, in forza del già ricordato par. 2, deve verificare, ma solo se vi è contestazione in proposito da parte di creditori dissenzienti, che il piano garantisca il miglior soddisfacimento dei creditori e cioè che essi non percepiscano meno di quanto otterrebbero in caso di liquidazione giudiziale.

Il codice non richiede controlli stringenti del tribunale nel caso del piano soggetto a ristrutturazione perché la richiesta unanimità delle classi consente di distribuire il valore generato dal piano anche in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione, con il vincolo che ai creditori sia garantito un trattamento non inferiore a quanto previsto in caso di liquidazione giudiziale. E' peraltro onere dei creditori dissenzienti sollevare tale contestazione in sede di opposizione all'omologazione.

Per altro verso l'art. 64 *bis*, comma 4, dispone che a seguito della presentazione del ricorso (quando naturalmente non si tratti di domanda con riserva ai sensi dell'art. 44) il tribunale, valutata la mera ritualità della proposta e verificata la correttezza dei criteri di formazione delle classi, nomina il G.D. e nomina o conferma il commissario giudiziale.

Va tuttavia sottolineato che l'art. 64 *bis* prevede che un professionista indipendente deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

In realtà neanche il piano soggetto ad omologazione sfugge completamente al controllo del giudice. Al richiamo da parte dell'art. 64 *bis*, comma 9, della sezione IV del capo III del titolo IV del codice consegue che é applicabile l'art. 106. Il combinato disposto dei commi 2 e 3 della norma comporta che all'esito del procedimento il tribunale revochi il provvedimento di apertura del concordato anche nel caso in cui in qualunque momento risulti che mancano le condizioni prescritte dagli articoli da 84 a 88.

[26] Art. 10, par. 2 della Direttiva: "2. Gli Stati membri provvedono affinché le condizioni per l'omologazione del piano di ristrutturazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa siano specificate chiaramente e prevedano almeno che: a) il piano di ristrutturazione sia stato adottato in conformità dell'articolo 9; b) i creditori con una sufficiente comunanza di interessi nella stessa classe ricevano pari trattamento, proporzionalmente al credito rispettivo; c) la notificazione del piano di ristrutturazione sia stata consegnata, conformemente al diritto nazionale, a tutte le parti interessate; d) nel caso vi siano creditori dissenzienti, il piano di ristrutturazione superi la verifica del migliore soddisfacimento dei creditori; e) se del caso, qualsiasi nuovo finanziamento sia necessario per attuare il piano di ristrutturazione e non pregiudichi ingiustamente gli interessi dei creditori. Il rispetto del primo comma, lettera d), è esaminato da un'autorità giudiziaria o amministrativa solo se il piano di ristrutturazione è stato contestato per tale motivo.

L'applicazione dell'art. 106 alla fattispecie non è agevole sia perché il comma 2 si riferisce al procedimento nel concordato con riserva sia perché le condizioni di apertura sono quelle del concordato preventivo e, come già si è osservato, sono richiamate norme che disciplinano i requisiti sostanziali della disciplina di tale procedura. In ogni caso, anche intendendo il rinvio come riferito alle condizioni di apertura del piano soggetto ad omologazione, non è agevole sostenere che la norma possa legittimare un controllo sulla fattibilità che non è previsto né nella fase di apertura della procedura né in sede di omologazione.

Ai sensi, tuttavia, dell'art. 7 il tribunale nel caso di proposizione di più domande, di cui alcune dirette alla liquidazione giudiziale, esamina prioritariamente la domanda di piano soggetto ad omologazione soltanto se il piano non è manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati. In questo caso vi è dunque una delibazione della fattibilità del piano, nei termini della non manifesta inadeguatezza.

Il par. 3 dell'art. 10 della Direttiva *Insolvency* prevede che l'autorità giudiziaria abbia la facoltà di rifiutare di omologare il piano di ristrutturazione che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa. I principi affermati dal codice potranno pertanto essere interpretati alla luce della norma unionale[27].

Venendo ora al procedimento di omologazione va notato che il comma 9 dell'art. 64 *bis* rinvia, quanto alla disciplina del giudizio, ai primi tre commi dell'art. 48, in quanto compatibili ed alla sezione VI del capo III, esclusi però gli artt. 112 e 114.

In forza del primo comma dell'art. 48 se il concordato è stato approvato dai creditori ed è stata quindi raggiunta l'unanimità delle classi, il tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del

[27] R. BROGI, *Clausole generali e diritto concorsuale*, in questa *Rivista*, 2022, 881 osserva, con riferimento all'omologazione del concordato preventivo, che il mancato richiamo alla sostenibilità economica da parte dell'art. 112, comma 1, lett. f) potrebbe essere recuperato, al momento dell'omologazione, mediante il riferimento all'art. 87, comma 3, del codice dov'è previsto che il professionista indipendente deve rendere un'attestazione che in caso di continuità aziendale il piano è atto a garantire la sostenibilità economica dell'impresa. L'A. ricollega questa proposta interpretativa al già ricordato disposto dell'art. 10 della Direttiva che richiede che il piano non sia privo della prospettiva ragionevole di garantire la sostenibilità economica dell'impresa. Il ragionamento potrebbe essere ripetuto, *mutatis mutandis*, con riferimento all'attestazione del professionista indipendente ai sensi dell'art. 64 *bis*, comma 3, relativa alla veridicità dei dati aziendali ed alla fattibilità del piano.

commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento sia iscritto presso l'ufficio del registro delle imprese dove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso l'ufficio del luogo in cui la procedura è stata aperta nonché notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori che hanno espresso il loro dissenso. Ai sensi del secondo comma dell'art. 48 le opposizioni dei creditori dissenzienti e di qualsiasi interessato devono essere proposte con memoria depositata nel termine perentorio di almeno dieci giorni prima dell'udienza. Il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere almeno cinque giorni prima. Il debitore può depositare memorie fino a due giorni prima.

Ai sensi del terzo comma dell'art. 48 il tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio, omologa con sentenza il concordato.

In forza del comma 8 dell'art. 64 *bis* se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il piano di ristrutturazione quando dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. L'art. 48, comma 3, rinvia all'art. 112, comma 4, disponendo che in caso di opposizione di un creditore dissenziente, la stima del complesso aziendale del debitore è disposta dal tribunale solo se con l'opposizione è eccepita la violazione della convenienza.

L'ultimo comma dell'art. 64 *bis* esclude espressamente l'applicazione al giudizio di omologazione del piano di ristrutturazione dell'art. 112, ma tale esclusione è superata dal richiamo espresso contenuto nell'art. 48, comma 3, a sua volta richiamato dall'art. 64 *bis*, comma 9, in quanto compatibile. La regola dettata dall'art. 112, comma 3, in forza della quale se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il concordato quando, secondo la proposta e il piano, il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale, si applica certamente quando il piano soggetto ad omologazione prevede la ristrutturazione dell'impresa perché il principio espresso dalla norma deriva direttamente dall'art. 14, par. 1, lett. a) secondo il quale l'autorità giudiziaria o amministrativa adotta una decisione sulla valutazione dell'impresa del debitore solo qualora il piano di ristrutturazione sia contestato da una parte interessata dissenziente per una presunta violazione della verifica del migliore soddisfacimento dei creditori ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 6.

Nell'ipotesi che il piano non preveda la ristrutturazione ed abbia natura liquidatoria il limite previsto dall'art. 112, comma 3, alla possibilità di

valutazione dell'azienda in sede di giudizio di omologazione non ha invece motivo per essere applicato.

In forza dell'art. 64 *ter* se dalla relazione depositata dal commissario giudiziale all'esito delle operazioni di voto, risulta che il piano di ristrutturazione non è approvato da tutte le classi, il debitore ne può contestare il risultato, quando ritenga che invece l'approvazione di tutte le classi vi sia stata. La contestazione del debitore riguarderà verosimilmente il calcolo della maggioranze all'interno di una classe o del quorum dei creditori aventi diritto al voto, ma potrà avere ad oggetto qualunque altra circostanza, relativa ad esempio alle modalità con cui si è svolta la votazione, all'eventuale mancato computo di voti che il commissario ha ritenuto esser pervenuti oltre il termine di legge, alle modalità con le quali i creditori sono stati avvisati, alla ritualità del procedimento di voto[28].

Se vi è richiesta del debitore, pertanto, il giudizio di omologazione ha luogo ugualmente, pur in presenza della relazione negativa del commissario. La domanda va proposta entro quindici giorni dal deposito di tale relazione.

L'art. 64 *ter* non dice come si svolge in questo caso il giudizio di omologazione, ma è da ritenere, nella mancanza di richiami ad altre disposizioni, che trovi applicazione la disciplina dettata dai primi tre commi dell'art. 48 che, come abbiamo visto, sono richiamati dall'art. 64 *bis*, comma 9. Il tribunale fisserà pertanto l'udienza in camera di consiglio per la comparizione del debitore, dei creditori che ritengano di costituirsi in giudizio e del commissario giudiziale. Il provvedimento dovrà essere iscritto nel registro delle imprese. Poiché in questo caso l'opponente è il debitore, sarà questi che dovrà formulare la sua domanda con memoria depositata nel termine perentorio di almeno dieci giorni prima dell'udienza. Il commissario giudiziale depositerà il proprio motivato parere almeno cinque giorni prima dell'udienza. I creditori e gli altri interessati potranno depositare memorie fino a due giorni prima. Il tribunale, oltre a provvedere sulle istanze istruttorie ed a disporre eventualmente i mezzi istruttori d'ufficio, potrà eventualmente dare ulteriori disposizioni per garantire il pieno dispiegamento del contraddittorio.

Nel termine previsto dall'art. 64 *ter*, comma 1, il debitore, oltre che contestare il risultato della votazione secondo quanto risulta dalla relazione del

[28] La Relazione illustrativa allo "Schema di decreto legislativo", approvato nel giugno 2022, afferma che la norma si riferirebbe soltanto al caso in cui l'imprenditore crede che vi sia stato un errore nel computo dei voti e delle maggioranze ed è quindi convinto di avere ottenuto l'unanimità necessaria per l'omologazione del piano. Ci pare che la fattispecie possa avere contenuto più ampio e non si giustificano pertanto le perplessità sollevate dalla dottrina. Cfr. S. BONFATTI, *op.cit.*, par. 15.

commissario, può chiedere, ai sensi dell'art. 64 *quater*, la conversione del piano di ristrutturazione in procedura di concordato preventivo.

Se invece nel termine ora detto il debitore non richiede il giudizio di omologazione o la conversione della procedura, si applica l'articolo 111.

Di conseguenza il giudice delegato riferisce immediatamente al tribunale, che provvede a norma dell'articolo 49, comma 1. Il tribunale cioè definisce la domanda di accesso allo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, nella specie la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione, dando atto che non è stata raggiunta la maggioranza di legge. Dichiarerà inoltre con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale quando sia stato proposto ricorso in tal senso da uno dei soggetti legittimati nella sussistenza dei presupposti, qualità di imprenditore commerciale non minore e stato di insolvenza previsti dall'art. 121. Il requisito soggettivo è anche condizione di accesso al piano soggetto ad omologazione; difficilmente vi saranno questioni in proposito. Più delicata è la ricorrenza del presupposto oggettivo perché l'imprenditore potrebbe trovarsi in stato di crisi e non di insolvenza.

L'art. 49, comma 1, va letto congiuntamente con l'art. 7 del codice che prevede la trattazione unitaria delle domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alle procedure di insolvenza. L'ultimo comma dell'art. 7 enuncia in via generale la regola applicata anche nel caso in esame: in tutti i casi in cui la domanda diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale non è accolta ed è accertato lo stato di insolvenza, il tribunale procede, su istanza dei soggetti legittimati, all'apertura della liquidazione giudiziale.

Contro la sentenza che pronuncia sull'omologazione del piano o che dispone l'apertura della liquidazione giudiziale è ammesso reclamo alla corte di appello e contro la decisione della corte di appello è prevista la possibilità di proporre ricorso in cassazione. L'art. 64 *bis*, ultimo comma, richiama a tal proposito gli articoli 51, 52 e 53 del codice. L'art. 51, comma 1, indica espressamente tra i provvedimenti soggetti a reclamo quelli pronunciati relativamente al piano soggetto ad omologazione. Il reclamo va depositato nella cancelleria della corte di appello entro trenta giorni. Tale termine ai sensi del terzo comma decorre per le parti dalla data della notificazione telematica del provvedimento e per gli altri interessati dalla iscrizione nel registro delle imprese. In difetto di notificazione si applica il termine lungo previsto dall'art. 327, primo comma, c.p.c.

Il procedimento davanti alla corte di appello è regolato dai commi da 5 a 12 dell'art. 51. Il termine per proporre ricorso per cassazione è di trenta giorni dalla notificazione della sentenza.

Il comma 15 dell'art. 52 regola le conseguenze dell'aver la parte soccombente agito con mala fede o colpa grave, prevedendo che il giudice dell'impugnazione revochi l'eventuale ammissione al patrocinio a spese dello Stato, oltre alla responsabilità prevista dall'art. 96 c.p.c. Nel caso in cui la mala fede o la colpa grave siano imputabili al legale rappresentante di società o enti, il giudice lo condanna al pagamento delle spese dell'intero processo in solido con la società od ente e al pagamento del doppio del contributo unificato.

Ai sensi dell'art. 52, comma 1, la corte d'appello può sospendere l'esecuzione del piano quando sia intervenuta omologazione, ordinando l'inibitoria dell'attuazione del piano e dei pagamenti. Il provvedimento può essere adottato quando ricorrono gravi e fondati motivi richiamando il secondo periodo del comma 1 dell'art. 52 il primo periodo riferito alla liquidazione giudiziale con l'espressione *allo stesso modo*. Va sottolineato che la corte può disporre le opportune tutele per i creditori e per la continuità aziendale.

In concreto non sarà facile per la corte di appello salvaguardare la continuità aziendale, gli interessi del ceto creditorio e concedere contemporaneamente l'inibitoria all'esecuzione del piano. Sarà comunque necessario che il reclamo venga definito rapidamente.

La sospensione viene chiesta dal reclamante con il reclamo e dalle altre parti con l'atto di costituzione. La corte provvede con decreto in camera di consiglio dopo che il presidente ha disposto la comparizione delle parti disponendo che copia del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza siano notificati alle altre parti, al commissario giudiziale ed al P.M. Contro il decreto non è ammesso ricorso per cassazione.

L'art. 53 regola gli effetti della sentenza di revoca della liquidazione giudiziale e dell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione. Il comma 5 della norma dispone che la corte di appello, su domanda di uno dei soggetti legittimati ed accertati i presupposti di cui all'art. 121, dichiara aperta la liquidazione giudiziale e rimette gli atti al tribunale per la pronuncia degli ulteriori provvedimenti ordinatori previsti dall'art. 49, comma 3 (nomina del G.D., del curatore, fissazione dell'udienza di verifica dei crediti, ecc.). Tuttavia, ai sensi dell'art. 53, ultimo comma, la corte quando ricorrano gravi e giustificati motivi, può sospendere i termini per la proposizione delle impugnazioni dello stato passivo della liquidazione giudiziale così aperta e l'attività di liquidazione sino al passaggio in giudicato della sentenza di revoca dell'omologazione.

Il comma 5 non si riferisce espressamente al piano soggetto ad omologazione, a differenza dell'art. 51, primo comma. La norma non sarebbe quindi applicabile alla procedura in esame, se non fosse che l'art. 53 è

richiamato, in quanto applicabile, dall'art. 64 *bis*, ultimo comma, insieme agli articoli 51 e 52.

Non vi sono ragioni per ritenere che le regole che abbiano ora riassunto non possano trovare applicazione anche alla sentenza di revoca dell'omologazione del piano di ristrutturazione, anche in considerazione del fatto che lo stesso debitore ai sensi dell'art. 64 *quater* può chiedere la conversione della procedura in concordato preventivo e che quindi vi sono moltissime affinità tra i due procedimenti.

Così pure non vi sono ragioni per non ritenere applicabile al giudizio di omologazione del piano di ristrutturazione il comma 5 *bis* dell'art. 53 che prevede che nel solo concordato preventivo in continuità aziendale, la corte, su richiesta delle parti, possa confermare la sentenza di omologazione se l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante, riconoscendo a quest'ultimo il risarcimento del danno.

La norma, che ha certamente carattere fortemente innovativo, consente di non revocare l'omologazione pur in presenza della lesione dei diritti del creditore reclamante quando sia possibile riconoscere a quest'ultimo il risarcimento dei danni, a carico del debitore, senza naturalmente che l'erogazione del risarcimento renda impossibile l'esecuzione del piano. A tanto di conseguenza la corte potrà provvedere quando il piano di concordato preveda gli opportuni accantonamenti per porre rimedio a situazioni di questo tipo. La prevalenza dell'interesse generale dei creditori e dei lavoratori sul pregiudizio subito dal reclamante enunciata dalla norma suggerisce che in qualche misura il diritto al risarcimento del danno possa non essere equivalente alla tutela diretta che deriverebbe dall'accoglimento del reclamo. Tale valutazione e la determinazione del risarcimento, che tuttavia dovrà essere pieno perché il legislatore parla di risarcimento del danno e non di equo indennizzo, è rimessa al prudente apprezzamento della corte di appello.

Come si è detto, l'art. 53 non richiama il piano soggetto ad omologazione e neppure gli accordi di ristrutturazione, ma soltanto il concordato preventivo in continuità. Si tratta peraltro di un principio che il legislatore italiano ha mutuato dall'art. 16, par. 4, della Direttiva e che quindi va applicato a tutte le procedure che prevedano un piano di ristrutturazione.

Il rinvio dell'art. 64 *bis*, ultimo comma, agli articoli da 51 a 53 è nei limiti della compatibilità. Ne deriva che la norma potrà essere applicata nel giudizio di reclamo avverso la sentenza di omologazione del piano di ristrutturazione soltanto quando il piano preveda la prosecuzione dell'impresa e quindi un regime di continuità aziendale che possa consentire di valutare la prevalenza dell'interesse generale dei creditori e dei lavoratori, come richiesto.

**11. Gli ulteriori richiami della sezione VI del capo III**

L'art. 64 *bis*, comma 9, richiama gli articoli da 113 a 120 della sezione, escluso il 114. Ne deriva che se non sono applicabili le norme in tema di cessione dei beni dettate dalla norma da ultimo citata, dovrebbe trovare applicazione la disciplina dell'art. 115 sulla legittimazione del liquidatore ad esperire le azioni di recupero dei beni o finalizzate ad acquisirne la disponibilità. Del pari il liquidatore esperirà l'azione sociale di responsabilità, ferma la legittimazione dei creditori per quanto concerne l'azione spettante ai creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c.

Si è già visto che, in forza del richiamo dell'art. 84, comma 8, da parte dell'art. 64 *bis*, quando il piano prevede la liquidazione del patrimonio o la cessione dell'azienda e l'offerente non sia già individuato, il tribunale nomina un liquidatore che, anche avvalendosi di soggetti specializzati, compie le operazioni di liquidazione assicurandone l'efficienza e la celerità nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza.

Sono inoltre richiamate le disposizioni dell'art. 117 nel caso in cui il piano preveda, durante la procedura oppure dopo l'omologazione, il compimento di operazioni di fusione, scissione e trasformazione della società debitrice.

Ai sensi dell'art. 117 il piano omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso. Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso. Salvo patto contrario, il piano omologato di una società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

L'esecuzione del piano omologato segue le regole dettate dall'art. 118.

Le azioni di risoluzione e annullamento sono regolate rispettivamente dagli artt. 119 e 120.

**12. L'applicabilità della disciplina degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società (artt. 120 bis e ss.)**

Accanto alla tutela della posizione del debitore costituito in forma societaria gli artt. 120 *bis* e ss. si occupano anche degli interessi di un'altra categoria di soggetti, che sono i soci della società debitrice.

Perché il potere effettivo degli amministratori non possa essere contrastato da manovre ostruzionistiche dei soci, il secondo comma dell'art. 120 *bis* dispone che gli amministratori possano prevedere nel piano qualsiasi modifica statutaria ivi inclusi aumenti e riduzioni di capitale anche con limitazione o esclusione del diritto di opzione e altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di

partecipazione dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni. L'art. 120 *quinquies*, dedicato all'esecuzione del piano stabilisce che il provvedimento di omologa del tribunale determina la riduzione o l'aumento del capitale o la modifica dello statuto. Le regole statutarie sono quindi modificate a prescindere dalla volontà di chi è in atto socio e con eventuale compressione dei suoi diritti.

La modifica della *governance* della società va vista quindi come parte del piano di ristrutturazione ed è soggetta all'approvazione del tribunale con gli stessi limiti e poteri che il tribunale ha con riferimento al piano nel suo complesso. Ne deriva che i soci potranno opporsi all'omologazione. A tale proposito va ricordato che l'art. 48, comma 2, nel regolare il giudizio di omologazione precisa che l'opposizione può essere proposta dai creditori dissenzienti e da qualsiasi interessato.

La modifica statutaria non è soggetta al controllo omologatorio del notaio rogante. Ne deriva che il controllo è devoluto al tribunale, sì che esso va compiuto anche in difetto di opposizioni.

Tale controllo riguarderà l'eventuale lesione dei diritti dei soci nel caso in cui la partecipazione di cui sono ancora titolari abbia un residuo valore, ad esempio nei casi in cui la società non sia insolvente, ma illiquida e sia prospettabile una ristrutturazione da cui possa conseguire l'integrale pagamento dei creditori e un residuo attivo distribuibile ai soci all'esito della liquidazione giudiziale[29]. Si tratta di ipotesi non frequenti, ma non impossibili a verificarsi. Ovvero può trattarsi di casi in cui gli amministratori, espressione della maggioranza dei soci, abbiano predisposto un piano che lede indebitamente gli interessi della minoranza e si possa configurare l'ipotesi dell'abuso del diritto[30].

Il legislatore ha peraltro configurato un diverso potere di *voice* in capo ai soci prevedendo nell'art. 120 *bis*, comma 5, che i soci che rappresentano almeno il dieci per cento del capitale sono legittimati alla presentazione di proposte concorrenti ai sensi dell'art. 90 come i creditori titolari del 10% dei crediti. E' peraltro certamente improbabile che tale facoltà, di fatto raramente utilizzata dai creditori, venga esercitata da una minoranza dei soci.

---

[29] Va ricordato che nel concordato di gruppo l'art. 285, ult. comma, prevede che i soci possono proporre opposizione all'omologazione nel caso di pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale dal piano o dai piani di gruppo, nel caso di trasferimenti infragruppo o di decisione di liquidare alcune imprese del gruppo. L'apertura del concordato in linea di principio non è incompatibile con la tutela della partecipazione.

[30] Su queste problematiche si veda E. LA MARCA L. PANZANI, *Impresa vs. soci nella regolazione della crisi. Osservazioni su alcune principali novità introdotte con l'attuazione della Direttiva Insolvency*, in corso di pubblicazione.

Senza affrontare *funditus* la tematica della tutela dei soci vanno ricordate altre disposizioni che sono dirette a tutelare nei limiti del possibile la posizione dei soci della società in concordato nella loro veste di *residual claimant*, vale a dire di titolari di un diritto di credito alla restituzione del capitale investito. L'art. 120 *quater* prevede infatti che i soci, organizzati in classe[31], possano partecipare alla distribuzione del valore risultante dalla ristrutturazione, e quindi nel concordato in continuità, non soltanto nel caso in cui i creditori sociali siano stati integralmente soddisfatti, ma anche quando ciò non avvenga. Il comma 2 della norma qualifica come valore riservato ai soci il valore effettivo, conseguente all'omologazione della proposta, delle loro partecipazioni e degli strumenti che attribuiscono il diritto di acquisirle, dedotto il valore da essi eventualmente apportato ai fini della ristrutturazione in forma di conferimenti o di versamenti a fondo perduto oppure, per le imprese minori, anche in altra forma. Può trovare applicazione la regola della *relative priority rule*, ma a condizione che ove vi siano classi dissenzienti di creditori, esse ricevano un trattamento più favorevole di quello riservato alle classi di rango inferiore, pur conteggiando il valore assegnato ai soci in capo a tali ultime classi. Nel caso in cui non vi siano classi di rango inferiore, il valore assegnato alla classe dissenziente deve essere superiore a quanto riservato ai soci. Il legislatore, come si è già osservato, non trascura il fatto che i soci sono creditori postergati e che quindi il loro soddisfacimento non può avvenire a danno dei creditori dissenzienti.

Nella sostanza, tuttavia, il trattamento previsto a favore dei soci consente di attribuire loro un ritorno dalla ristrutturazione dell'impresa costituita in forma societaria, coinvolgendoli nella ristrutturazione e nella prospettiva di futuri rendimenti ad impresa risanata. Va tenuto conto che in quanto titolari della partecipazione i soci hanno un orizzonte temporale più ampio rispetto ai creditori, che va oltre l'esecuzione del piano e s'incentra soprattutto sulla riconquistata redditività della partecipazione.

La rubrica della sezione VI- bis del capo III del titolo IV del codice, che comprende le norme ora citate, si riferisce genericamente, come i primi quattro commi dell'art. 120 *bis*, agli strumenti di regolazione della crisi e

[31] Si veda in proposito l'art. 120 *ter* che regola il classamento dei soci. Il classamento è obbligatorio se il piano prevede modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci e, in ogni caso, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

Va ricordato che l'art. 12 della Direttiva attribuisce agli Stati membri la facoltà di privare i soci del diritto di voto sul piano di ristrutturazione. Gli Stati membri ai sensi del par. 2 della norma provvedono affinché ai detentori di strumenti di capitale non sia consentito di impedire od ostacolare irragionevolmente l'attuazione del piano di ristrutturazione.

dell'insolvenza delle società. Il quinto comma dell'art. 120 *bis* fa riferimento alle proposte concorrenti che riguardano la disciplina del concordato preventivo e del piano soggetto ad omologazione. L'art. 120 *quinquies*, che regola l'esecuzione delle modificazioni statutarie deliberate dagli amministratori, prevede che gli effetti delle modificazioni statutarie conseguano al provvedimento di omologazione della procedura. Ne deriva che le norme di cui stiamo discorrendo si applicano soltanto al concordato preventivo, agli accordi di ristrutturazione ed all'istituto in esame. L'art. 120 *ter* regola il classamento dei soci e dei titolari di strumenti finanziari che è facoltativa, ma diviene obbligatoria se il piano prevede modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci e per le società c.d. aperte. La formazione delle classi è certamente compatibile con il concordato preventivo e con il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, anche se in forza dell'art. 9, par. 7, della Direttiva il voto può essere sostituito da un accordo con la maggioranza richiesta, come avviene negli accordi di ristrutturazione. L'art. 120 *quater* prevede che nel concordato preventivo i soci possono opporsi all'omologazione ai fini di far valere il pregiudizio rispetto all'alternativa liquidatoria. Probabilmente il legislatore *minus dixit quam voluit* perché non vi sono ragioni per ritenere che tale diritto di proporre opposizione all'omologazione non possa essere invocato anche nel piano soggetto ad omologazione, dato che la diversa disciplina dei due istituti non giustifica la disparità di trattamento. Dall'art. 12 della Direttiva e dal Considerando 57 si ricava infatti che l'esclusione dei soci dall'esercizio del diritto di voto ai sensi degli articoli da 9 a 11 è facoltativa e l'Italia non si è avvalsa di tale facoltà. Il socio è dunque parte interessata e la sua tutela non può che essere piena e comprendere anche il giudizio di opposizione all'omologazione.

## 13. La conversione in concordato preventivo

Come si è accennato, in forza dell'art. 64 *quater*, se il piano di ristrutturazione non è approvato da tutte le classi, secondo quanto risulta dalla relazione depositata dal commissario giudiziale ai sensi dell'art. 110, il debitore, in luogo della richiesta che il tribunale pronunci ugualmente sulla domanda di omologazione ai sensi dell'art. 64-*ter* comma 1, può modificare la domanda formulando una proposta di concordato e chiedendo che il tribunale pronunci il decreto di apertura del concordato preventivo ai sensi dell'art. 47.

Il debitore può formulare la medesima istanza quando un creditore ha formulato osservazioni ai sensi dell'art. 107, prima che si proceda al voto, contestando il difetto di convenienza della proposta.

Più in generale l'art. 64 *quater*, comma 2, consente al debitore di modificare la domanda in ogni momento della procedura, formulando la proposta di concordato preventivo.

Alla modifica della domanda con conseguente conversione della procedura segue l'applicazione delle norme che regolano il procedimento di concordato. Di conseguenza l'art. 64 *quater*, comma 4, prevede che la memoria contenente la modifica della domanda sia pubblicata nel registro delle imprese. Dal giorno della pubblicazione si applicano il regime di autorizzazione al compimento degli atti di straordinaria amministrazione previsto dall'art. 46, commi 1, 2 e 3. Viene quindi meno la libertà di gestione di cui beneficia l'imprenditore in pendenza del piano soggetto ad omologazione. Si applica inoltre l'art. 47, comma 2, lett. c), con la conseguenza che il tribunale deve dare i provvedimenti per la votazione dei creditori, fissando la data iniziale e quella finale per l'espressione del voto. Trovano inoltre applicazione tutte le norme del capo III del titolo IV del codice che regolano lo svolgimento della procedura di concordato.

Ai sensi dell'art. 64 *quater*, comma 3, dopo la domanda di conversione i termini per l'approvazione della proposta sono ridotti alla metà perché la conversione determina normalmente un appesantimento della procedura.

La procedura di conversione è diretta ad ovviare ad una situazione in cui appare chiaro che non sarà possibile raggiungere la maggioranza in tutte le classi. In tale ipotesi con la conversione in concordato in continuità il debitore può cercare di ottenere l'approvazione della proposta da parte della maggioranza delle classi oppure attraverso la ristrutturazione trasversale, il *cross class cram down*, dove può essere sufficiente anche il voto favorevole di una sola classe purché siano rispettate le condizioni previste dall'art. 112. Nel caso in cui la domanda di conversione abbia ad oggetto una proposta a contenuto liquidatorio le maggioranze sono invece quelle previste dall'art. 109, comma 1, dove alla maggioranza dei crediti ammessi al voto si aggiunge, se viene mantenuta la previsione delle classi, la maggioranza delle classi.

La difficoltà più rilevante è data dal fatto che nel concordato preventivo non sono consentite le ampie deroghe alla disciplina degli artt. 2740 e 2741 c.c. previste nel caso di piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione. E' possibile la ripartizione del plusvalore da continuità in favore dei creditori secondo la regola della priorità relativa, nel solo concordato in continuità. Diversamente deve essere seguita la ripartizione secondo il principio della priorità assoluta.

Si tratta quindi di una prospettiva molto diversa ed il passaggio da un tipo di procedura all'altro non è certo agevole.

Riproduzione riservata

Va ancora sottolineato che la contestazione di uno o più creditori sulla convenienza del piano di ristrutturazione, cui può seguire la domanda di conversione, può comportare che la proposta non sia idonea ad assicurare ai creditori o ad una parte di essi un trattamento non deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale. In tale ipotesi il debitore dovrà tenerne conto nel chiedere la conversione della procedura modificando di conseguenza la proposta.

Così come si può passare da una domanda di omologazione di un piano di ristrutturazione ad una domanda di omologazione di una proposta di concordato preventivo, è lecito praticare il percorso inverso e trasformare quindi la domanda di concordato preventivo in una domanda di omologazione di piano di ristrutturazione, finché non sono iniziate le operazioni di voto.

La conversione da un procedimento all'altro riguarda i casi in cui il debitore ha presentato la proposta ed il piano. Nelle ipotesi di domanda con riserva, dove il debitore ha chiesto al tribunale il termine per la presentazione della proposta e del piano, la facoltà di formulare indifferentemente una proposta di concordato, di omologazione degli accordi di ristrutturazione o del piano soggetto ad omologazione è espressamente prevista dal legislatore, come stabilisce l'art. 44, comma 1, lett. a).

# IL PIANO ATTESTATO DI RISANAMENTO NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI♣

DANIELA CARLONI E TOMMASO IANNACCONE

**Sommario**: 1 - Introduzione; 2 - Legittimazione e presupposti; 3 - Forma e contenuto; 4 - L'attestazione; 5 - La pubblicazione del piano attestato; 6 - La nuova esenzione da revocatoria per gli atti posti in essere in esecuzione del piano attestato; 7 - (Segue): l'eventuale sindacato giudiziale sul piano; 8 - Le "*esenzioni dai reati di bancarotta*"; 9 - Il piano divenuto inattuabile; 10 - Conclusioni.

**Abstract**: il saggio affronta l'istituto del riscritto piano attestato di risanamento nel CCII e, individuandone profili, presupposti e regole, ne delinea le prospettive d'applicazione dello strumento e ne scioglie in anticipo i probabili nodi critici.

**Parole chiave**: piano attestato di risanamento, attestazione, codice della crisi, sindacato giudiziale.

**Abstract**: the essay deals with the institution of the "rewritten" certified recovery plan in the Italian Insolvency Code (Codice della Crisi d'impresa) and, identifying its profiles, requirements and rules, outlines the application perspectives of that instrument and solves in advance probable critical issues.

**Keywords**: certified recovery plan, recovery certificate, Italian Insolvency Code (Codice della Crisi d'impresa), judicial review.

♣ Lo scritto è destinato, con qualche minima variazione, a un volume collettaneo a cura di Stefano Ambrosini, di prossima pubblicazione per i tipi della Zanichelli.

Riproduzione riservata 

## 1. Introduzione.

È noto che i piani attestati di risanamento sono stati introdotti nel nostro ordinamento nel 2005[1], con la previsione, al terzo comma [lett. d)] dell'art. 67 l. fall., di un'esenzione da revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse in esecuzione, per l'appunto, di un piano attestato di risanamento. Norma, questa, poi ulteriormente modificata dal c.d. "Decreto Sviluppo"[2] del 2012.

Nel Codice della Crisi, i piani attestati di risanamento sono disciplinati dall'art. 56 del CCII, rubricato "*Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento*".

Tale norma offre una disciplina "in positivo" dei piani attestati di risanamento, non più limitata quindi ad un comma dedicato alla esenzione da revocatoria fallimentare.

A ben vedere, tuttavia, anche l'attuale disposizione normativa è piuttosto concisa, limitata in particolare alla finalità dei piani di risanamento e ai conseguenti effetti. Del resto, come è stato giustamente osservato, la scelta del Legislatore è coerente con la finalità di non irrigidire entro schermi prefissati uno strumento destinato a non essere soggetto a un controllo giurisdizionale[3].

Come si vedrà, le novità del codice della crisi in materia di piano attestato di risanamento non sono particolarmente rilevanti, se non con riferimento all'esenzione da revocatoria.

In particolare e tra l'altro, il piano attestato di risanamento rimane una procedura negoziale priva di controllo giurisdizionale, salvo un controllo *ex post* in caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale (si pensi soprattutto al giudizio di revocatoria).

Il piano attestato di risanamento rimane, inoltre, una procedura negoziale di natura prettamente privatistica, che quindi pacificamente non rientra tra le procedure concorsuali[4] ma semplicemente tra le procedure di risoluzione della

---

[1] Dal D.L. 14 marzo 2015 n. 35, convertito dalla legge 14 marzo 2005 n. 80.

[2] D.L. 22 giugno 2012 n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012, n. 134.

[3] Il condivisibile rilievo è di A. Solidoro, *Piani di risanamento nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, Crisi e risanamento n. 39/2020, pag. 25.

[4] Cass. 25 gennaio 2018, n. 1895. È noto invece che la giurisprudenza ha, di recente, ritenuto che l'accordo di ristrutturazione di debiti sia una procedura concorsuale. In questo senso, si vedano: Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182; Cass. 25 gennaio 2018, n. 1896; Tribunale Milano 4 dicembre 2019.

Per un approfondimento, si veda S. Ambrosini, *I piani attestati di risanamento*, in *Diritto dell'impresa in crisi* di S. Ambrosini, 2022, 199-200.

crisi di impresa. Ciò implica che, in caso di eventuale successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale, non si avrà un fenomeno di consecuzione di procedure concorsuali e quindi "*la data da cui calcolare a ritroso il cosiddetto periodo sospetto sarà quella in cui è stata presentata la domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale, non potendosi ricollegare alcun effetto, a tal fine, alla stipula del piano od anche alla sua eventuale iscrizione nel registro delle imprese*"[5].

Svolta questa premessa, occorre ora esaminare i principali profili del piano di risanamento così come disciplinato nel Codice della Crisi.

## 2. Legittimazione e presupposti.

L'art. 56 del Codice della Crisi prevede che l'istituto in esame è riservato all'"*imprenditore*" in stato di crisi o di insolvenza.

Non è chiaro se per "*imprenditore*" si intende solo gli imprenditori assoggettabili alla liquidazione giudiziale o anche gli imprenditori agricoli e gli imprenditori c.d. "minori".

In merito, l'articolo seguente (art. 57 del CCII), che disciplina l'accordo di ristrutturazione, prevede invece che quest'ultimo possa essere concluso anche dall'imprenditore "non commerciale" (e quindi dall'imprenditore agricolo), purché non "imprenditore minore". Anche in ragione della differente formulazione delle due norme, la relazione illustrativa del CCII giunge a concludere che, "*poiché il beneficio arrecato dal piano* [di risanamento] *è l'esenzione dall'azione revocatoria disciplinata dalla sezione IV del capo I del titolo V*", il piano di risanamento sarebbe "*riservato ai soli imprenditori assoggettabili alla liquidazione giudiziale*".

Tale conclusione non è tuttavia unanimemente condivisa.

È stato infatti correttamente osservato che l'art. 56 del CCII, individuando quale unico requisito soggettivo la qualifica di imprenditore, estende astrattamente la legittimazione all'adozione del piano attestato anche all'imprenditore agricolo e all'imprenditore c.d. minore[6].

Un ulteriore argomento a conferma di tale impostazione muove dal presupposto che la *ratio* del Codice della Crisi è quella di tentare il risanamento

[5] Così G. B. Nardecchia, *Il piano attestato di risanamento nel codice*, in Fallimento 2020, 12.

[6] Tra gli altri: G. B. Nardecchia, *op. cit.*, 6; S. Pacchi, *Il piano di risanamento*, in *Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, AA. VV., *Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, 2021, 310 e 312; F. Santangeli, *Il piano attestato di risanamento ex art. 56 D.lgs. n. 14/2019 a seguito del correttivo*, in www.iudicium.it, pag. 5.

delle imprese in crisi per reinserire nel mercato l'imprenditore, garantendone la continuità, con la conseguenza che "*l'esegesi normativa deve consentire un'applicazione ampia dell'istituto*"[7].

Del resto, l'art. 166, comma 3, lett. D) precisa che l'esenzione da revocatoria - per gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato di risanamento - vale anche per l'azione revocatoria ordinaria, con la conseguenza che anche l'imprenditore agricolo potrebbe avere l'interesse a stipulare un piano di risanamento. Lo stesso è a dirsi per l'imprenditore minore, il quale ha a disposizione apposite procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento in sostituzione delle omologhe procedure "maggiori", ma non ha a disposizione un equivalente del piano di risanamento.

È, dunque, legittimo, a giudizio di chi scrive, ritenere che il piano di risanamento sia utilizzabile anche dagli imprenditori agricoli e dagli imprenditori minori.

## 3. Forma e contenuto.

Quanto agli aspetti formali del piano attestato, l'art. 56 del Codice della Crisi prevede che questo debba avere data certa. L'ultimo comma dell'articolo in esame prevede poi che gli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano devono essere provati per iscritto e devono avere data certa.

Per vero, tale pur opportuna precisazione non introduce nulla di sostanzialmente nuovo, in quanto anche nella pregressa normativa era pressoché pacifico che il piano, l'attestazione dell'esperto e gli atti posti in esecuzione del piano attestato dovessero essere minuti di data certa. Ed infatti, nell'eventualità di un successivo fallimento (oggi, liquidazione giudiziale), era ed è necessario dimostrare la consequenzialità logica e cronologica tra il piano e l'attestazione, da un lato, e degli atti esecutivi del piano medesimo, dall'altro. Ciò, come era stato correttamente osservato, "*al fine di attribuire al piano medesimo l'efficacia sostanziale di sottrarre alla revocatoria gli atti eseguiti per la sua attuazione, garantendo l'anteriorità del piano, dell'attestazione e degli atti esecutivi rispetto alla dichiarazione di fallimento*"[8].

Su un piano contenutistico, il piano attestato di risanamento deve illustrare le condizioni in base alle quali si impegna a superare la situazione di crisi di

[7] F. Santangeli, *op. cit*, pag. 4.

[8] S. Ambrosini e M. Aiello, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, in www.ilcaso.it, 14 e 15.

impresa. Nel dettaglio, ai sensi dell'art. 56 del Codice della Crisi, quale contenuto minimo obbligatorio il piano deve indicare:

a) la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa;

b) le principali cause della crisi;

c) le strategie d'intervento e i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria;

d) i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative, nonché' l'elenco dei creditori estranei, con l'indicazione delle risorse destinate all'integrale soddisfacimento dei loro crediti alla data di scadenza[9];

e) gli apporti di finanza nuova;

f) i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto;

g) il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario[10].

A riguardo, è stato correttamente osservato che i predetti elementi, pur non esplicitati nella pregressa normativa, erano già richiesti dalle *best practice* e dalle linee guida precedentemente emanate[11].

Di regola, il piano di risanamento è propedeutico ad accordi con i creditori[12], volti ad una rinegoziazione del debito. In questo senso, autorevole dottrina[13] ha

---

[9] La previsione secondo cui il piano debba contenere l'"*elenco dei creditori estranei, con l'indicazione delle risorse destinate all'integrale soddisfacimento dei loro crediti alla data di scadenza*" è stata introdotta dal c.d. decreto correttivo D.lgs 147/2020.

[10] Trattasi anch'essa di disposizione introdotta dal c.d. decreto correttivo D.lgs 147/2020.

A riguardo, è stato accuratamente osservato che tale previsione è piuttosto superflua, in quanto "*non esiste previsione senza un piano industriale e ciascun piano industriale è redatto con lo scopo di prevedere i flussi economici e quelli finanziari. In assenza della cui determinazione è impossibile avanzare alcuna proposta che possa essere presa minimamente in considerazione dei creditori*" (A. Solidoro, *op. cit.*, pag. 31).

[11] R. Ranalli, *I piani negli accordi di ristrutturazione e nei concordati preventivi in continuità tra il regime attuale e la loro evoluzione*, in Il Fallimento 2018, 1477 e ss.

[12] È stato osservato che il piano è sempre caratterizzato da una "*completa stragiudizialità*", in quanto "*gli accordi tra debitore e creditori, pur indispensabili, stanno dietro le quinte …*", restando invece centrale la proposta del piano predisposta dall'imprenditore (S. Pacchi, *op. cit.*, 309, la quale osserva altresì che "*la minor invasività va però di pari passo con l'assenza di supporti per la continuità predisposti, invece, per gli strumenti più strutturati come gli accordi e i concordati*").

[13] G. B. Nardecchia, *op. cit.*, pag. 10.

osservato come ormai l'istituto sia bifasico: "*accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento*" (così testualmente la rubrica della norma).

Se questa è senza dubbio la regola, occorre tuttavia svolgere una duplice precisazione:

- in primo luogo, è senz'altro ipotizzabile anche un piano che prescinda da pattuizioni con i creditori ed i terzi (si pensi ad un piano di ristrutturazione unilaterale della struttura finanziaria); del resto, nella normativa anteriore all'entrata in vigore del Codice della Crisi, era consolidato il principio secondo cui "*il piano attestato è atto di formazione unilaterale del debitore che prescinde per il suo perfezionamento dall'accordo dei creditori*"[14];
- in secondo luogo, in esecuzione di un piano attestato non è necessaria la stipulazione di un contratto bilaterale o plurilaterale, essendo sufficiente anche un impegno unilaterale (ad esempio, un impegno del creditore a rinunciare o a ridurre la sua pretesa creditoria). Del resto, la norma all'ultimo comma prevede che "***gli atti unilaterali*** *e i contratti posti in essere in esecuzione del piano devono essere provati per iscritto e devono avere data certa*" (enfasi aggiunta).

L'art. 56 del Codice della Crisi non precisa, invece, la durata del piano di risanamento.

A lato pratico, si è osservato che la durata tipica di un piano di risanamento è di regola individuata tra i 3 e i 5 anni. Trattasi, infatti, di durata "*massima compatibile con un orizzonte di previsione concretamente verificabile da parte dell'attestatore. Infatti, è irragionevole pensare che oltre i 5 anni non vengano a crearsi fenomeni di discontinuità tali da rendere le previsioni di piano non più concretamente realizzabili*"[15].

Sempre sotto il profilo del contenuto del piano di risanamento, occorre chiedersi se questo sia riservato alle ipotesi di continuità aziendale o se sia configurabile anche un piano di risanamento liquidatorio.

La norma espressamente prevede che il piano debba apparire "*idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria*", dal che pare logico ritenere che il piano sia riservato alle ipotesi di continuità aziendale. In questo

[14] Trib. Catania 11 gennaio 2019, in www.ilcaso.it.

[15] A. Solidoro, *op. cit.*, pag. 29, il quale precisa altresì che "*Sempre il dato esperienziale dice che non va confuso l'orizzonte temporale di piano con il tempo di esecuzione di tutti i pagamenti previsti in esito agli accordi conclusi con i creditori in attuazione del piano stesso. Ben può residuare il pagamento oltre l'orizzonte di piano di creditori che abbiano accettato un termine di dilazione più lungo. Occorrerà verificare e dimostrare che l'equilibrio patrimoniale esistente al termine del periodo di piano sia idoneo a sostenere, con il permanere della continuità aziendale, l'indebitamento atteso per allora*".

senso, del resto, si esprime chiaramente la relazione accompagnatoria del Codice della Crisi, la quale precisa che "*il piano mira al risanamento dell'esposizione debitoria e al riequilibrio della situazione finanziaria ed è riservato quindi alle ipotesi di continuità aziendale*".

Quanto, invece, alla nozione di continuità aziendale, l'art. 56 del Codice della Crisi non chiarisce se questa debba permanere in capo all'imprenditore (continuità diretta) o sia ammissibile un piano con continuità indiretta. Ciò, a differenza (ad esempio) di quanto avviene in tema di concordato preventivo, laddove l'art. 84 ben precisa che la "*continuità può essere diretta, in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta* ...". Alla luce del dato testuale, è stato sostenuto che la continuità indiretta sarebbe incompatibile con il piano di risanamento, fermo restando in ogni caso la possibilità che "*il riequilibrio della situazione finanziaria sia propedeutico ad una successiva migliore allocazione sul mercato dell'azienda risanata a seguito del puntuale adempimento del piano*"[16].

Tale impostazione non sembra condivisibile, in quanto la norma si limita a prevedere che il piano di risanamento deve essere idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'"*impresa*", intesa da un punto di vista oggettivo non soggettivo. Il che autorizza a ritenere che il piano di risanamento possa prevedere la gestione dell'azienda in esercizio da parte di soggetto *diverso* dal debitore. Peraltro, è vero che la nozione di continuità aziendale è riportata all'art. 84 del Codice della Crisi, ma tale previsione pare avere una portata più generale. È stato infatti condivisibilmente osservato che la logica legislativa sottostante all'art. 84 sembra essere "*quella di consentire l'applicazione di istituti alternativi alla liquidazione giudiziale con uno schema variegato che sia volto a limitare al minimo l'intervento della procedura che sostituirà il fallimento*"[17].

A livello invece documentale, l'art. 56 del Codice della Crisi, nella versione iniziale, prevedeva che la documentazione da allegare al piano fosse quella prescritta per il debitore che chiede l'accesso ad una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza all'art. 39[18].

---

[16] G. B. Nardecchia, *op. cit.*, pag. 9.

[17] F. Santangeli, *op.cit.*, pag. 7.

[18] Si tratta in particolare di:

- scritture contabili e fiscali obbligatorie;

- dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti (ovvero l'intera esistenza dell'impresa o dell'attività economica o professionale, se questa ha avuto una minore durata);

Tuttavia, il rinvio contenuto all'art. 56 alla documentazione prevista dall'art. 39 è venuto meno in occasione del c.d. decreto correttivo D.lgs 147/2020.

Dunque, la predetta documentazione non è più necessaria.

Va osservato che l'eliminazione del rinvio all'art. 39 non appare condivisibile, in quanto la predetta documentazione è rilevante ai fini della corretta informazione dei creditori in trattativa con il debitore in vista dell'eventuale stipulazione degli accordi collegati al piano di risanamento.

In questo senso, è stato correttamente messo in luce che "*l'attuale versione dell'art. 56 non assicura, quindi, la medesima* disclosure *originariamente prevista dal precedente testo della disposizione*"[19].

**4. L'attestazione.**

L'art. 56 del Codice della Crisi prevede che un professionista indipendente dovrà attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano.

Tale disposizione va letta in relazione all'art. 2 comma 1, lett. o) del Codice della Crisi, a mente del quale, per "*professionista indipendente*", si intende "*il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti*":

1) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali;

2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile;

3) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro

- le dichiarazioni IRAP e le dichiarazioni annuali IVA relative ai medesimi periodi;

- i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi;

- una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata;

- uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività;

- un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi;

- l'elenco nominativo dei creditori e l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione nonché l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali e personali su cose in suo possesso e l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto;

- una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore, anche in formato digitale.

[19] In questo senso, F. Santangeli, *op. cit.*, pag. 9.

subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa.

Soffermandoci sul contenuto della attestazione, non costituisce una novità l'attestazione sulla veridicità dei dati aziendali.

È noto infatti che, nella pregressa normativa, tale obbligo era espressamente previsto, ancorché solo a seguito del c.d. "Decreto Sviluppo" del 2012[20], che aveva riformulato l'art. 67 l. fall. statuendo che la verifica sulla veridicità dei dati aziendali era un requisito della relazione di attestazione.

Tornando al testo del Codice della Crisi, va evidenziato che anche l'attestazione circa la fattibilità economica del piano (intesa come "*realizzabilità nei fatti*"[21] del piano medesimo), non costituisce una novità.

Con riferimento, invece, all'attestazione sulla "fattibilità giuridica" del piano (intesa come "*verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili*"[22]), questa era inizialmente richiesta dall'art. 56 del Codice della Crisi, con una disposizione ritenuta innovativa[23] rispetto alla pregressa normativa, in cui il generico riferimento -contenuto nell'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall.- alla fattibilità del piano era generalmente inteso quale obbligo di attestazione sulla sola fattibilità economica[24].

Tuttavia, il c.d. decreto correttivo (D.lgs 147/2020) ha eliminato tale ulteriore attestazione.

---

[20] Il testo ante 2012, invece, faceva riferimento ad "*un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista iscritto nel registro dei revisori legali e in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lett. a) e b), ai sensi dell'art. 2501 bis c.c., comma 4*". Sul punto e con riferimento alle attestazioni rese prima del 2012, un (maggioritario e preferibile) orientamento della Cassazione ha ritenuto che l'art. 67 l. fall., nel testo ante 2012, fosse da leggersi come limitato "*alla verifica dei dati per una valutazione in chiave prospettica e non già ad una attestazione di veridicità dei dati aziendali, divenuto preciso dovere del professionista solo dopo il 2012*" (così: Cass. civ. 5 luglio 2016, n. 13721; così anche Cass. civ. 13 giugno 2016, n. 13719; Cass. civ. 5 luglio 2016, n. 13720).

Di contrario avviso la pronuncia della Cass. 10 febbraio 2020 n. 3018, secondo cui la modifica apportata all'art. 67 l. fall. dal Decreto Sviluppo del 2012 "*non*" avrebbe "*portata innovativa, ma meramente esplicativa*".

[21] Cass. 5 luglio 2016 n. 13719.

[22] Cass. 5 luglio 2016 n. 13719.

[23] G. B. Nardecchia, *op. cit.*, pag. 12.

[24] *Contra*, tuttavia, S. Ambrosini, *I principi di attestazione dei piani di risanamento approvati dal CNDCEC e il ruolo del professionista*, di S. Ambrosini e Alberto Tron, in www.ilcaso.it, 25 e 26.

In questo modo, è stato osservato che l'attestatore è stato liberato "*da una attività da un lato lontana dal proprio bagaglio di competenze certamente concorsuali ma di matrice aziendalistica e dall'altro che può essere utilmente demandata alla libertà negoziale delle parti e alle specifiche competenze dei professionisti di area legale che li assistono in dette operazioni di risanamento*"[25].

Pur essendo non più richiesta una attestazione sulla fattibilità giuridica del piano di risanamento, è comunque opportuno che l'attestatore esamini gli aspetti giuridici del piano di maggior rilievo, mediante ovviamente un necessario confronto con i legali che assistono l'imprenditore[26].

Tenuto conto infine che il piano è propedeutico agli accordi con i creditori, aventi ad oggetto la ridefinizione negoziale del debito e le conseguenti modalità di estinzione, ai fini dell'attestazione occorre distinguere il caso in cui le trattative per la ristrutturazione del debito siano già concluse o siano invece ancora in essere.

Nel primo caso, l'attestatore si dovrà limitare ad esaminare il contenuto degli accordi intervenuti con i creditori.

Nel secondo caso, invece, la fattibilità del piano dipenderà anche un evento futuro (la conclusione positiva delle trattative e la firma da parte dei creditori degli accordi esaminati dall'attestatore in bozza). Nel qual caso, se l'attestatore attesta che sussiste una elevata probabilità che tali eventi futuri (ma circoscritti nel tempo) si verifichino, l'attestazione sarà immediatamente efficace; se invece l'attestazione non formula alcun giudizio sulla probabilità che quell'evento possa verificarsi, allora fino a che quell'evento non si sia verificato la condizione non produrrà effetti (l'attestazione sarà quindi sospensivamente condizionata[27]).

In questo senso, è stato ineccepibilmente osservato che, più alto sarà il numero di trattative di ristrutturazione del debito ancora pendenti, maggiori difficoltà incornerà il professionista ai fini di una attendibile attestazione[28].

---

[25] A. Solidoro, *op. cit.*, pag. 29.

[26] S. Ambrosini, *I principi di attestazione dei piani di risanamento approvati dal CNDCEC e il ruolo del professionista*, di S. Ambrosini e Alberto Tron, in www.ilcaso.it, 26.

[27] Principi di attestazione dei piani di risanamento approvati dal CNDCEC con delibera del 16 dicembre 2020, art. 8.4.8.Trib. Milano, 8 aprile 2021 (Est. Luisa Vasile), *inedita*, ancorché in tema di concordato preventivo.

[28] G. B. Nardecchia, *op. cit.*, pag. 13.

**5. La pubblicazione del piano attestato.**

Il quarto comma dell'art. 56 CCII prevede che il piano, l'attestazione e gli accordi conclusi con i creditori possono essere pubblicati nel registro delle imprese su richiesta del debitore.

Così come avveniva nella pregressa normativa, la pubblicazione è finalizzata ad ottenere i benefici fiscali disciplinati nel Testo Unico delle imposte dirette di cui all'art. 88, comma 4-ter, ai sensi del quale non saranno soggetti a tassazione, per la parte che eccede le perdite pregresse di periodo, le sopravvenienze attive conseguenti alla riduzione dei debiti come previste nel piano attestato.

A riguardo, ci si limita a segnalare che, nella versione originale dell'art. 56 CCII, era previsto che il piano avrebbe potuto essere pubblicato su richiesta del debitore. L'attuale previsione della norma, risultante a seguito del c.d. decreto correttivo D.lgs 147/2020, estende la pubblicazione del registro delle imprese, non solo al piano, ma anche all'attestazione e agli accordi conclusi con i creditori.

**6. La nuova esenzione da revocatoria per gli atti posti in essere in esecuzione del piano attestato.**

Il principale effetto del piano attestato attiene all'esenzione da revocatoria, nel caso in cui il piano attestato abbia un esito infausto e sfoci nella liquidazione giudiziale.

A riguardo, ai sensi del terzo comma, lett. d), dell'art. 166 del Codice della Crisi, non sono soggetti all'azione revocatoria "*gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato di cui all'articolo 56 ... e in esso indicati. L'esclusione non opera in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o di dolo o colpa grave del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia. L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria*".

Lasciando al prossimo paragrafo il tema dell'abusivo utilizzo del piano di risanamento, va osservato che la previsione appena riportata contiene almeno due novità significative rispetto alla previgente normativa.

In primo luogo e partendo dalla parte finale della disposizione, va evidenziato che la norma prevede espressamente che l'esenzione da revocatoria si applica anche alla revocatoria ordinaria. Si tratta di una previsione di portata senz'altro

innovativa, in quanto, nella pregressa normativa, la Suprema Corte[29] aveva avuto modo di chiarire[30] che l'esenzione da revocatoria in esame si riferiva alla sola azione revocatoria fallimentare e non anche a quella ordinaria che, in base a quanto stabilito dal previgente art. 66 l. fall., era disciplinata integralmente secondo le norme del codice civile.

In secondo luogo, l'esenzione da revocatoria degli atti, dei pagamenti effettuati e delle garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato è concessa solo qualora tali atti siano "*in esso indicati*".

Previsione, quest'ultima, non presente nel pregresso art. 67, comma 3 lett. d), l. fall.

Ne consegue che non basta che il compimento degli atti appena menzionati sia qualificabile come esecuzione del piano attestato ma occorre che tali atti siano chiaramente riconducibili alle operazioni indicate nel piano per dare attuazione al relativo programma di risanamento.

È appena il caso di osservare che, in conseguenza di tale previsione, il piano di risanamento dovrà essere assai analitico, al fine di "*consentire un (successivo ed eventuale) adeguato giudizio in ordine alla riferibilità al piano medesimo degli atti posti in essere in sua esecuzione ai fini della loro esenzione dall'azione revocatoria*"[31].

Peraltro, con specifico riferimento alla revocatoria dei pagamenti, quand'anche il pagamento non fosse ritenuto (nel successivo giudizio di revocatoria) effettuato in esecuzione di un piano attestato di risanamento o comunque non specificamente indicato nel piano medesimo, il pagamento medesimo potrebbe comunque essere ritenuto esente da revocatoria se effettuato "*nell'esercizio dell'attività di impresa nei termini d'uso*" [art. 166, comma 3, lett. a) CCII].

### 7. (Segue): l'eventuale sindacato giudiziale sul piano.

Si è appena rilevato che l'esenzione da revocatoria presuppone che (**a**) l'atto in questione sia esecutivo di un piano di risanamento attestato (nei termini di

[29] Cass. 8 febbraio 2019 n. 3778. Per un approfondimento sul tema, comprensivo degli apprendimenti dottrinali, cfr. S. Marzo, *L'incerta delimitazione dell'ambito di operatività delle esenzioni da revocatoria*, il www.ilfallimentarista.it.

[30] Sia pur con riferimento alla analoga esenzione prevista per gli atti posti in essere in esecuzione di un accordo di ristrutturazione.

[31] G. B. Nardecchia, *op. cit.*, pag. 14.

cui si è detto in precedenza) e che (**b**) l'atto medesimo sia "indicato" nel piano attestato.

In assenza di tali condizioni, l'esenzione da revocatoria non può operare.

Occorre ora appurare se l'atto, pur esecutivo di un piano di risanamento attestato (ed ivi indicato), possa risultare comunque suscettibile di revocatoria per l'effetto di un riesame giudiziale del piano attestato e della sua idoneità a risolvere lo stato di crisi dell'imprenditore. In altri termini, la questione si incentra sulla sussistenza in capo al giudice del potere di disconoscerne l'effetto protettivo in virtù di una valutazione diversa rispetto a quella resa dal professionista circa l'idoneità del piano a realizzare gli obiettivi di risanamento in esso indicati.

Nella precedente normativa[32], la Cassazione era giunta a ritenere che vi fosse un penetrante potere di indagine in capo al giudice investito dell'azione revocatoria. In particolare, tenuto conto della natura del piano attestato – predisposto unilateralmente dal debitore e non soggetto ad omologa, né ad alcuna forma di pubblicità – il giudice investito dell'azione revocatoria dell'atto attuativo del piano di risanamento era tenuto ad effettuare, oltre ad una verifica mirata al rispetto dei requisiti legali del piano e dell'attestazione, una valutazione, necessariamente *ex ante*, circa l'idoneità del piano, del quale l'atto impugnato costituisce strumento attuativo, a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa[33].

Questa impostazione rischiava di costituire un disincentivo per i creditori (in particolare le banche) "*a concorrere nel salvataggio delle imprese, con una evidente ricaduta negativa per i soggetti economici e per il sistema nel suo complesso*"[34]

Il legislatore del Codice della Crisi è intervenuto a riguardo, limitando il sindacato giurisdizionale sul piano attestato.

Come si è anticipato, infatti, il terzo comma, lett. d), dell'art. 166 del Codice della Crisi prevede che l'esclusione da revocatoria "*non opera in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o di dolo o colpa grave del debitore, quando il*

[32] Per un approfondimento, si veda S. Ambrosini, *I piani attestati di risanamento*, in *Diritto dell'impresa in crisi* di S. Ambrosini, 2022, 214-216.

[33] Cass. 10 febbraio 2020, n. 3018.

In precedenza, cfr. Cass. 5 luglio 2016 n. 13719, la quale faceva riferimento al dovere del giudice di compiere, con un giudizio *ex ante*, una verifica mirata "*alla manifesta attitudine del piano di risanamento*".

[34] S. Ambrosini, *I piani attestati di risanamento*, in *Diritto dell'impresa in crisi* di S. Ambrosini, 2022, 215-216.

*creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia*".

Non basta, dunque, che il piano sia manifestamente inidoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa, ma occorre che "*tale inidoneità sia stata voluta dal debitore o dall'asseveratore, ovvero gravemente e negligentemente non ravvisata dagli stessi*"[35] (in questo senso, quindi, va intesa la norma laddove richiede che il debitore e/o l'attestatore abbiano agito con dolo o colpa grave).

Ma vi è di più.

Per escludere l'esenzione da revocatoria occorrerà dimostrare in giudizio anche che "*il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia*".

La norma, quindi, richiede la dimostrazione di uno stato di *scientia* dell'altrui dolo o colpa grave. Dal tenore letterale della norma, è dunque da escludere che basti la dimostrazione di una mera conoscibilità, in quanto il creditore potrebbe anche non aver letto il piano e/o l'attestazione, né d'altra parte la norma chiama a rispondere il creditore per una propria negligenza[36].

Da ultimo, va osservato che la norma si riferisce espressamente al solo creditore, "dimenticandosi" così i terzi "*che abbiano ad esempio acquisito beni dell'impresa in crisi all'interno di un programma di dismissione previsto nel piano attestato*"[37].

È, dunque, lecito ritenere che la disposizione vada, in via interpretativa, estesa anche ai terzi.

## 8. Le "*esenzioni dai reati di bancarotta*".

Con una previsione che riprende il previgente art. 217 *bis* l. fall., l'art. 324 del Codice della Crisi dispone che le disposizioni di cui agli articoli 322, comma

[35] F. Santangeli, *op. cit.*, 18.

[36] F. Lamanna, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Giuffrè, 2019, 82. *Contra* M. Sciuto, *I piani attestati di risanamento*, in *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e convenzioni di moratoria*, a cura di G. Ferri jr. e Daniele Vattermoli, Pacina Giuridica, 2021, 20, secondo cui occorrerebbe che, agli occhi del creditore, "*non potesse non risultare, secondo quel minimo di diligenza che può escludere la colpa grave, la* manifesta inattitudine *del piano, sulla base della evidente inattendibilità di quanto in esso, o su di esso, dichiarato (con dolo o colpa grave) da debitore o, rispettivamente, dall'attestatore*".

[37] F. Santangeli, *op. cit.*, 17.

3[38] e 323[39] non si applicano "*ai pagamenti e alle operazioni computi in esecuzione*", per ciò che qui rileva, "*degli accordi in esecuzione del piano attestato*".

Se nella previgente normativa l'art. 217 *bis* l. fall. era in sostanza in linea con la previsione civilistica di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall., l'attuale previsione del Codice della Crisi non è perfettamente in linea con l'analoga previsione, in tema di revocatoria, di cui al terzo comma, lett. d), dell'art. 166 del Codice della Crisi.

Ed infatti, l'art. 324 del Codice della Crisi si limita a prevedere l'esclusione dai reati di bancarotta ivi previsti soltanto relativamente agli atti e alle operazioni "*compiuti in esecuzione*" degli accordi in esecuzione del piano attestato, senza richiedere la necessità che tali atti ed operazioni siano "*in esso indicati*", come invece richiede il terzo comma, lett. d), dell'art. 166 del Codice della Crisi. Il sindacato del giudice penale non dovrà, quindi, essere focalizzato sul fatto che quello specifico atto posto in esecuzione del piano attestato fosse

[38] A mente del quale: "*È punito con la reclusione da uno a cinque anni l'imprenditore in liquidazione giudiziale che, prima o durante la procedura, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione*".

[39] Reato di bancarotta semplice.

Tale articolo prevede:

"*1. E' punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato in liquidazione giudiziale, l'imprenditore che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente:*

*a) ha sostenuto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica;*

*b) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti;*

*c) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare l'apertura della liquidazione giudiziale;*

*d) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione di apertura della propria liquidazione giudiziale o con altra grave colpa;*

*e) non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o liquidatorio giudiziale.*

*2. La stessa pena si applica all'imprenditore in liquidazione giudiziale che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di liquidazione giudiziale ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta.*

*3. Salve le altre pene accessorie di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a due anni*".

espressamente previsto e contemplato nel piano di risanamento, ma su aspetto più sostanziale: il giudice penale dovrà invece limitarsi a verificare l'esistenza di un collegamento causale tra il piano e l'atto esentato dai reati di bancarotta ivi previsti.

**9. Il piano divenuto inattuabile.**

Come noto, uno dei profili più delicati del piano di risanamento attiene alla possibilità che, nella fase esecutiva, si verifichino dei disallineamenti tra la realtà effettiva e le previsioni originarie del piano.

Sul punto, si è visto che il Codice della Crisi richiede che il piano debba precisare, tra l'altro, "*gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto*" [art. 56 CCII, comma 2, lett. f)].

Si badi, la norma non si riferisce ai c.d. *covenants*, ossia clausole di allarme che legittimano i creditori a porre in essere azioni volte alla salvaguardia dei propri interessi in presenza di scostamenti delle previsioni contrattuali originarie. Come è stato osservato, i *covenants* sono "*il limite, la misurazione, non gli strumenti/rimedi*"[40].

La norma, invece, richiede proprio di prevedere nel piano dei rimedi, dei sistemi correttivi interni, dei meccanismi di aggiustamento o dei percorsi alternativi che consentano comunque di raggiungere l'obiettivo finale.

Per esempio, il piano resta attuabile, senza bisogno di una nuova attestazione, quando il piano stesso preveda che – in caso di impossibilità di realizzazione dell'ipotesi principale (*e.g.* vendita di un certo bene ad un certo prezzo), scatti in automatico l'ipotesi subordinata (*e.g.* decurtazione di una percentuale dei crediti, già a priori accettata dai creditori, o conversione di questi crediti in capitale dell'impresa).

In questi casi, il piano sopravvive perché è *self –adjusting*.

Diversamente, in mancanza di una specifica previsione di un rimedio o, comunque, laddove anche il rimedio previsto nel piano non appaia più praticabile, sarà necessario formulare un nuovo piano che tenga conto degli eventi verificatisi e che hanno reso impossibile seguire il piano originario.

Soffermiamoci ora sulle conseguenze degli scostamenti del piano sull'esenzione da revocatoria. Ad avviso di chi scrive occorre distinguere le seguenti due ipotesi:

[40] L. Busini, G. Peracin, *Il piano attestato quale strumento per il risanamento delle imprese in crisi nella prospettiva del Codice della Crisi e della direttiva comunitaria 1023/2019*, in www.fallimentiesocietà.it, 23.

(a) il caso in cui, nell'esecuzione del piano, si sia verificato uno scostamento tale da rendere operante il rimedio previsto nel piano di risanamento;

(b) il caso in cui, nell'esecuzione del piano, si sia verificato uno scostamento di portata tale da rendere del tutto inattuabile il piano, ivi compresi i relativi rimedi ove previsti.

Per quanto riguarda l'ipotesi *sub* (a), si ritiene che anche gli atti successivi[41] allo scostamento del piano siano da ritenersi esenti da revocatoria, in quanto si tratta comunque di uno scenario previsto nel piano, senza che sia necessaria una nuova attestazione.

Più complessa appare l'ipotesi *sub* (b).

Se, in seguito allo scostamento che ha reso il piano non più attuabile interviene un nuovo piano (e una nuova attestazione), ovviamente gli atti posti in essere successivamente saranno esentati da revocatoria in quanto atti esecutivi del secondo piano attestato. Se, invece, in seguito allo scostamento che ha reso il piano non più attuabile non interviene un nuovo piano e una nuova attestazione, occorre chiedersi se eventuali atti posti in essere successivamente all'evento che ha reso il piano non più attuabile siano esentati da revocatoria.

A riguardo, si potrebbe sostenere una perdurante applicabilità dell'esenzione da revocatoria, sul presupposto che l'art. 166 CCII condiziona la revocabilità dell'atto alla *scientia* del creditore o del terzo circa il dolo o la colpa grave del debitore o dell'attestatore. In questo senso, non essendo prescritto un onere di diligenza dei creditori nel valutare il piano nella sua attuazione, non potrebbe configurarsi una colpa grave (e tanto più un dolo) in capo al creditore o al terzo.

Tale impostazione non appare convincente.

L'art. 166 CCII – laddove prevede che l'esenzione venga meno in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o del debitore ma solo quando il creditore ne fosse "*a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia*" – ha quale presupposto che l'atto sia stato posto in esecuzione del piano e che tale atto sia stato indicato nel piano. Nel caso ora in esame, manca questo presupposto fondamentale, in quanto si è verificato un evento che ha reso il piano non più attuabile. Dunque, l'atto non potrà certo essere considerato in esecuzione di un piano di risanamento attestato.

[41] Per quelli precedenti allo scostamento, il tema neppure si pone, in quanto essi sono da ritenere (purché ovviamente posti regolarmente in esecuzione del piano) pienamente sottratti alla revocatoria: cfr. A. Zorzi, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in Giurisprudenza Commerciale, 2009, 1236 e ss.

**10. Conclusioni.**

Nel Codice della Crisi, il piano attestato di risanamento viene integrato all'interno di una più complessa fattispecie che, nella sostanza, recepisce le *best practices* applicate dai professionisti che hanno operato su questo strumento.

L'art. 56 del Codice della Crisi, dunque, non contiene novità significative.

Come in precedenza, l'elemento caratterizzante del piano di risanamento è quello funzionale: tra l'altro, va ancora una volta messa in evidenza l'esenzione da revocatoria, utilità da apprezzare in ottica futura, in caso di successiva apertura della liquidazione giudiziale.

In questa ipotesi, il Codice della Crisi ha previsto, all'art. 166, una disciplina innovativa rispetto a prima, in alcuni aspetti più limitativa dell'esenzione da revocatoria (non basta più che gli atti, i pagamenti e le garanzie siano esecutivi di un piano attestato, dovendo essere anche "*in esso indicati*").

Più in generale, tuttavia, la nuova disciplina di cui all'art. 166 (cfr. la previsione secondo cui l'esenzione opera anche con riferimento alla revocatoria ordinaria, oppure la previsione sul limitato sindacato giudiziale sul piano) appare chiaramente diretta ad incentivare ulteriormente il ricorso a strumenti di regolamentazione della crisi, garantendo stabilità agli atti compiuti in presenza di una situazione di insolvenza o di rischio di insolvenza in caso di esito negativo della procedura.

Riproduzione riservata 

# LA PREDEDUZIONE PRIMA E DOPO IL CODICE DELLA CRISI*

FEDERICO PANI

**Sommario**: 1. Introduzione; 2. I debiti di massa nel fallimento e nelle procedure minori; 3. Le riforme degli anni 2000 e la crescita esponenziale della prededuzione; 4. Nuovi spazi per la prededuzione: le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento…; 5. … e la (nuova) composizione negoziata della crisi; 6. Le ipotesi più problematiche; *6.1. Premessa; 6.2. I crediti sorti «in funzione» della domanda di concordato; 6.3. I crediti sorti «in funzione» degli accordi di ristrutturazione dei debiti (e dei piani attestati di risanamento); 6.4. I crediti sorti «in occasione» della procedura di concordato preventivo; 6.5. I crediti sorti «in occasione» del concordato omologato;* 7. L'articolo 6: tra novità e discontinuità; *7.1. Inquadramento generale; 7.2. I crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (lettera a); 7.3. I crediti professionali sorti in funzione degli accordi di ristrutturazione e dei piani di ristrutturazione soggetti ad omologazione (lettera b); 7.4. I crediti professionali sorti in funzione delle domande di concordato preventivo (lettera c); 7.5. I crediti professionali sorti in funzione della richiesta di misure protettive; 7.6. La riduzione forfetaria del 75%: una misura davvero utile?;* 7.7. *I crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi* (lettera d); *7.8. Altre prededuzioni tipiche; 7.9. Le prededuzioni escluse;* 8. La consecuzione tra procedure.

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione in un volume collettaneo a cura di Stefano Ambrosini.

**Abstract**: il contributo esamina funditus i principi in tema di prededuzione sviluppando riflessioni alla luce dell'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

**Parole chiave**: codice della crisi, sovraindebitamento, domanda di concordato, prededuzione, crediti professionali.

**Abstract**: the contributes examines funditus the pre-deduction dimensions developing reflections in view of the entry into force of the Italian Insolvency Code (Codice della Crisi d'impresa).

**Keywords**: Italian Insolvency Code (Codice della Crisi d'impresa), over-indebtedness, arrangement request, pre-deduction, professional credits.

## 1. Introduzione

L'articolo 6 del Codice della crisi si colloca nel capo dedicato ai «principi generali» della nuova disciplina organica della crisi debitoria, attore protagonista della (micro)sezione dedicata alla «pubblicazione delle informazioni ed economicità delle procedure». Economicità che, per il legislatore, passa (unicamente) attraverso la disciplina della prededuzione; ciò a dimostrazione di quanto i crediti rientranti in siffatta categoria siano cresciuti di consistenza e rilevanza nell'arco degli ultimi anni, divenendo uno degli argomenti maggiormente controversi e forieri di problemi teorici e applicativi.

La centralità della tematica in questione nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale, unitamente alla trasversalità della prededuzione (che intercetta tutte le procedure riguardanti le crisi debitorie, che siano esse d'impresa o meno), rendono perfino ovvia la collocazione della disciplina in una posizione così prestigiosa del nuovo *corpus* normativo. Gettando però lo sguardo dietro le spalle, non può non rilevarsi come il termine «prededuzione», nell'originaria versione della legge fallimentare, non esisteva neppure, e che la situazione è rimasta immutata fino alla riforma del 2006-2007. Inoltre quest'ultima, in perfetta continuità con l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del fenomeno, non ha introdotto una disposizione *ad hoc*, tracciando la definizione di «prededuzione» all'interno dell'art. 111 della legge fallimentare, rubricato «ordine di distribuzione delle somme».

Pare doveroso, allora, dare conto in questa sede delle elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali che hanno preceduto l'avvento del Codice della crisi, poiché è solo tenendo bene a mente questo percorso che può correttamente inquadrarsi la meta.

## 2. I debiti di massa nel fallimento e nelle procedure minori

Come anticipato, nell'originario assetto della legge fallimentare il termine «prededuzione» era semplicemente sconosciuto. Il suo utilizzo, tuttavia, era tutt'altro che alieno alla pratica giurisprudenziale[1] e alle elucubrazioni dottrinarie, che anzi associavano tale concetto a quelli che, secondo la tassonomia dell'epoca, venivano chiamati «debiti di massa»[2]. La norma di riferimento era l'art. 111, disciplinante l'ordine di distribuzione delle somme ottenute dalla liquidazione dell'attivo fallimentare e che collocava, al primo posto, «spese» e «debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa». Ciò stava a dire che, prima di poter soddisfare i creditori concorrenti, il curatore avrebbe dovuto "dedurre" le uscite relative al funzionamento stesso della procedura concorsuale[3].

Nonostante che la disposizione in parola disciplinasse unitariamente le modalità di pagamento sia dei c.d. debiti di massa che dei debiti concorrenti, pacifica era ritenuta la differenza tra le due categorie sotto il profilo (non solo satisfattivo, ma anche) genetico: come si legge nella più ricca monografia sul tema, «in virtù della loro funzione i debiti di massa hanno natura processuale o meglio procedurale, perché nascono nell'ambito di una procedura concorsuale e per consentirne lo svolgimento, a differenza di quelli concorrenti, che generalmente hanno natura sostanziale, perché hanno origine prima della procedura concorsuale e fuori di essa»[4].

Questa distinzione trova ancora oggi riscontro in giurisprudenza, ed anzi giustifica la distinzione, comunemente affermata, tra prededuzione e prelazione[5]. Come ribadito recentemente dalla Suprema Corte, con efficace sintesi, «il privilegio infatti è una prelazione accordata in considerazione della causa del credito, ex artt. 2741, comma 2, e 2745 cod. civ., e consiste in una qualità del credito che, in caso di concorso con altri creditori nell'esecuzione forzata, consente una soddisfazione prioritaria; la prededuzione invece è

[1] L'utilizzo del termine "prededuzione" in ambito concorsuale è già ben evidente nella giurisprudenza degli anni '60: per uno dei tanti esempi si veda Cassazione civile, Sentenza n. 423 del 11/02/1966.

[2] Sulle correlazioni tra il concetto di "prededuzione" e la categoria dei "debiti di massa" basti il rinvio a G. Alessi, *Debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, Giuffré editore, 1987.

[3] Sull'incapacità del concetto di «prededuzione» di descrivere il fenomeno tratteggiato dall'art. 111, nella sua originaria versione, si veda S. Pacchi, *Le prededuzioni dei professionisti nel concordato preventivo*, in Diritto della crisi, 2021, f. 3, p. 21 e seguente.

[4] G. Alessi, *Debiti di massa nelle procedure concorsuali*, cit., p. 10.

[5] Si soffermano particolarmente su tale aspetto G. Bozza e G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, Giuffré, 1992, p. 470 e seguenti.

un'operazione di prelevamento che si realizza tramite la separazione delle somme necessarie per la copertura delle spese della procedura dal ricavato dell'espropriazione forzata dei beni del debitore. Dunque il primo, quale eccezione alla *par condicio creditorum*, riconosce una preferenza ad alcuni creditori e su certi beni, nasce fuori e prima del processo esecutivo, ha natura sostanziale e si trova in un rapporto di accessorietà con il credito garantito, poiché ne suppone l'esistenza e lo segue; la seconda, diversamente, attribuisce una precedenza rispetto a tutti i creditori sull'intero patrimonio del debitore, ha natura procedurale perché nasce e si realizza in tale ambito e assiste il credito di massa finché esiste la procedura concorsuale in cui lo stesso ha avuto origine, venendo meno con la sua cessazione»[6].

La categoria della prededuzione, pertanto, nasceva da un'elaborazione dottrinale a partire da una disposizione collocata nella disciplina del fallimento. Grazie alla sollecitazione di un'ampia fetta della dottrina, tuttavia, l'ambito applicativo veniva esteso anche alle procedure minori o, per meglio dire, venivano assimilati l'esercizio provvisorio dell'impresa fallita – pacificamente suscettibile di generare crediti prededucibili proprio in forza del dettato legislativo – con la gestione dell'impresa medesima nelle procedure concorsuali eventualmente antecedenti al fallimento. A tale assimilabilità si associava, poi, il fenomeno della consecuzione tra procedure aventi ad oggetto la medesima insolvenza[7]; e proprio la *consecutio* diveniva il veicolo attraverso il quale "scaricare" crediti sorti nella gestione d'impresa avvenuta nel corso delle procedure minori all'interno del fallimento, attribuendo loro la qualità prededucibile[8].

---

[6] Cassazione civile, Sentenza n. 15724 del 11/06/2019.

[7] Per ciò che strettamente interessa (almeno per il momento), il principio in questione veniva enunciato per la prima volta dalla Suprema Corte in una pronuncia nel 1956 (la n. 3981) al fine di retrodatare il periodo sospetto rilevante nell'ambito dell'azione revocatoria alla data di pronuncia del decreto di ammissione al concordato preventivo. Nel corso degli anni, tuttavia, il principio trovava fortuna anche in altri ambiti del diritto fallimentare, con particolare riferimento – per l'appunto – all'estensione applicativa della categoria della prededuzione, idonea ad accogliere anche crediti sorti in una procedura rispetto alla quale il fallimento si poneva in "consecuzione". In termini generali, per "consecuzione di procedure" può intendersi quel fenomeno di stabilizzazione di alcuni effetti derivanti dall'apertura del fallimento non già a questa data, ma a quella dell'ammissione alla prima procedura, con ciò creandosi «una *fictio* unificatoria fondata "sulla costanza di una correlazione logica tra le varie situazioni"» (così recentemente G. Carmellino, *Nuove questioni (ma non troppo) sull'applicazione del principio della consecuzione delle procedure: post hoc, ergo propter hoc (oppure no?)*, in *Il Fallimento*, 2022, f. 6, p. 806).

[8] Per un'efficace sintesi degli orientamenti favorevoli e contrari a tale estensione della prededuzione si veda V. Sicuracusa, *La prededucibilità nel successivo fallimento dei crediti*

Più in particolare, la prededuzione aveva trovato terreno fertile nella procedura dell'amministrazione controllata (oggi abrogata), che consentiva all'imprenditore in temporanea difficoltà, in presenza di comprovate probabilità di risanamento, di ottenere una sospensione al massimo per due anni dei pagamenti verso i creditori, e di proseguire la sua attività sotto il controllo dell'autorità giudiziaria. La dottrina maggioritaria[9] e la giurisprudenza[10] avevano sostenuto che gli oneri concernenti l'esercizio dell'impresa potevano qualificarsi come prededucibili nel successivo fallimento se assunti nell'ambito dell'amministrazione controllata e nell'interesse della massa dei creditori.

Tale conclusione aveva trovato anche l'avallo della Corte costituzionale che, con la pronuncia n. 32 del 1995, aveva ritenuto ragionevole che venissero considerati in prededuzione «i crediti di gestione maturati nel corso della procedura di pregressa amministrazione controllata» in quanto ciò rispondeva all'esigenza di «riequilibrare la condizioni di maggior rischio contrattuale in cui tali crediti sono concessi e ad incentivarne così l'erogazione in funzione del positivo esito della procedura, nell'interesse di tutti i creditori»[11].

Opposta, invece, era stata la conclusione cui si era giunti rispetto al concordato preventivo che, fino alla riforma degli anni 2000, aveva connotazioni puramente liquidatorie. Si era sostenuto infatti che la finalità esclusivamente liquidatoria fosse incompatibile con il riconoscimento della prededuzione, tantoché i contratti stipulati e i pagamenti effettuati risultavano suscettibili di revocatoria[12].

## 3. Le riforme degli anni 2000 e la crescita esponenziale della prededuzione

Nonostante il suo crescente utilizzo, il lemma «*prededuzione*» ha fatto il suo esordio nella legge fallimentare soltanto con la riforma del 2006-2007. Per la nozione generale è stato scomodato nuovamente l'articolo 111, essenzialmente

---

*sorti in amministrazione controllata e concordato preventivo*, in *Giustizia civile*, 1984, II, p. 153 e seguenti. Per una disamina più approfondita dell'argomento, anche con riferimenti comparatistici, cfr. V. Giorgi, *Consecuzione di procedure concorsuali e prededucibilità dei crediti*, Milano, Giuffré, 1996.

[9] Si veda, anche per altri riferimenti bibliografici, G. Alessi, *Debiti di massa nelle procedure concorsuali*, cit., p. 115 e seguenti.

[10] Tra le altre si veda Cassazione civile, Sezioni Unite, Sentenza n. 4370 del 14/10/1977.

[11] Per una disamina più approfondita si rimanda a G.B. Nardecchia, *La prededuzione dei professionisti nel concordato preventivo*, in *Il fallimento*, 2020, n. 2, p. 176 e seguenti, nonché a S. Pacchi, *La prededuzione dei professionisti nel concordato preventivo*, cit., p. 22 e seguente.

[12] Cassazione civile, Sentenza n. 3581 del 14/02/2011.

con la sostituzione del comma secondo che così recita: «*sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge […]*». Due, dunque, sono le categorie di prededuzione riconosciute dalla legge fallimentare: quella di natura tipica, associata ad espresse disposizioni di legge, e quella di natura atipica, associata al criterio cronologico («in occasione») e a quello teleologico («in funzione»).

La prima categoria, di per sé sola considerata, non può considerarsi un elemento di novità rispetto al passato, giacché anche nel precedente assetto alcune uscite della procedura concorsuale erano considerate «spese» in prededuzione senza la necessità di un espresso richiamo all'articolo 111 della legge fallimentare[13]. Deve tuttavia segnalarsi che le riforme degli anni 2000 hanno spostato progressivamente il baricentro della politica di gestione della crisi d'impresa dallo schema liquidatorio allo schema della ristrutturazione e della conservazione del valore aziendale. È in questo contesto che si sono inseriti, ad esempio, l'avvento dell'accordo di ristrutturazione (art. 182-bis l.f.), la nuova fisionomia del concordato preventivo (aperto all'ipotesi della continuità aziendale con l'introduzione dell'art. 186-bis l.f.) ed i piani attestati di risanamento (pur non organicamente disciplinati ma collocati in seno alla disciplina della revocatoria fallimentare all'art. 67 l.f.).

Il neonato assetto della concorsualità è divenuto così il terreno fertile per un «caleidoscopio»[14] di prededuzioni tipiche e intimamente connesse alle procedure minori, prima d'allora, invece, completamente trascurate dal legislatore. E così – solo per evocare qui le fattispecie più rilevanti – hanno potuto fregiarsi della qualità prededucibile: - i finanziamenti erogati in funzione della procedura di concordato preventivo (o dell'accordo di ristrutturazione), se previsti dal piano (o dall'accordo), purché la prededuzione sia disposta nel decreto di ammissione al concordato o l'accordo sia omologato (art. 182-quater, comma 2, l.f.); - i finanziamenti autorizzati dal tribunale, anche nel concordato con riserva, previa attestazione da parte di un professionista indipendente circa il fatto che tali finanziamenti siano funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori (art. 182-quinquies, comma 1, l.f.); - i finanziamenti erogati in via d'urgenza funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività

[13] Un esempio per tutti: dopo la riforma del 2006, il credito per l'indennizzo dovuto al locatore in caso di recesso da parte del curatore risulta espressamente «regolato dall' articolo 111, primo comma, n. 1)», mentre invece in passato l'art. 80 della legge fallimentare si limitava a sancire che il curatore dovesse corrispondere (ovviamente subito e indipendentemente, quindi, dalle logiche di riparto) l'indennizzo dovuto.

[14] Per riecheggiare l'espressione utilizzata da P. Vella, *Le nuove prededuzioni nelle procedure concorsuali*, in www.treccani.it.

aziendale, sempre previa autorizzazione del tribunale e in favore del debitore che avesse presentato una domanda di concordato con riserva o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o anche solo una proposta di accordo (art. 182-quinquies, comma 3, l.f.); - i crediti nascenti dagli atti di ordinaria amministrazione legalmente posti in essere dal debitore durante il concordato con riserva, nonché dagli atti urgenti di straordinaria amministrazione autorizzati dal tribunale nello stesso periodo (art. 161, co. 7, l.f.); - i crediti originanti dai medesimi atti (nel caso di quelli di straordinaria amministrazione, previa autorizzazione da parte del giudice delegato) posti in essere dall'impresa successivamente all'apertura della procedura e prima dell'omologazione (art. 167, commi 1 e 2, l.f.); - i finanziamenti erogati in esecuzione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione omologato (art. 182-quater, comma 1, l.f.)[15].

Si deve tuttavia alla seconda categoria di prededuzione, vale a dire al binomio occasionalità-funzionalità, un vero e proprio cambio di prospettiva da parte del nostro ordinamento, poiché l'atipicità della formulazione ha consentito l'ingresso nel mondo della prededuzione non già a crediti di nuovo conio (come quelli sopra elencati), bensì a crediti connessi a prestazioni già tipicamente collegate alla gestione della crisi di impresa, e principalmente quelli dei professionisti che, a vario titolo, assistono il debitore prima dell'accesso o durante una procedura concorsuale (sul punto si tornerà diffusamente).

Per il vero, nel binomio in esame ridonda, pur con qualche approssimazione, l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sviluppatasi nell'epoca dei "debiti di massa"[16]. Si erano infatti fatte strada tre diverse teorie definitorie dei crediti prededucibili: quella cronologica, che attribuiva rilievo al sol fatto che un'obbligazione fosse sorta dopo l'apertura del concorso; quella soggettiva, che faceva leva sulla riconducibilità del fatto genetico all'attività degli organi fallimentari; infine, quella strumentale, tesa a valorizzare la funzione procedurale del debito di massa, vale a dire la sua strumentalità rispetto all'attività liquidatoria fallimentare *lato sensu* intesa. Teorie che, singolarmente considerate, si rivelavano in realtà poco appaganti perché incapaci di racchiudere le numerose ipotesi di debiti di massa disseminate nella legge

[15] Sui finanziamenti bancari prededucibili si rimanda all'approfondimento di S. Ambrosini, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2012, p. 478 e seguenti.

[16] Dello stesso avviso G. Limitone, *Disciplina dei crediti prededucibili*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, Cedam, 2014, p. 1568.

fallimentare[17]. Da qui, per l'appunto, l'opzione da parte del legislatore per l'occasionalità (riecheggiante il primo criterio proposto in dottrina) e per la funzionalità (sintonica rispetto al terzo criterio sopra richiamato). E non pare certamente casuale il fatto che l'altro criterio (il secondo, quello soggettivo) sia stato sostanzialmente recuperato dalla giurisprudenza di legittimità come elemento «integrativo» dell'occasionalità (come presto si vedrà).

Siffatta continuità teorica parrebbe dunque sminuire il portato innovativo dell'introduzione della categoria atipica della prededuzione. Così non è, però, se si pone mente al fatto che, nella neonata nozione, i crediti prededucibili non sono connessi soltanto alla procedura fallimentare, ma a tutte le procedure concorsuali disciplinate dalla legge fallimentare. Ciò, unito al forte investimento da parte del legislatore sulle nuove formule di soluzione della crisi di impresa, ha contribuito alla crescita esponenziale del fenomeno della prededuzione, probabilmente ben oltre le intenzioni originarie dello stesso riformatore.

Il risultato è stato quello di gettare le basi per «nuove diseguaglianze funzionali»[18], con ciò intendendosi l'incentivo (più o meno voluto) a generare crediti prededucibili (specie di tipo professionale) destinati fatalmente a calamitare nel fallimento, e quindi a "scavalcare" nella catena di soddisfacimento dalla liquidazione dell'attivo i creditori concorsuali, assistiti soltanto dalle cause di prelazione ma non anche dal rango prededucibile[19].

## 4. Nuovi spazi per la prededuzione: le procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento…

Nel novero delle novità legislative foriere della crescita del fenomeno giuridico della prededuzione va iscritta anche la Legge n. 3 del 2012, recante «Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento». Trattasi di un *corpus* normativo tra i più frammentari e lacunosi nell'apparato normativo italiano, destinato anch'esso ad andare in pensione con l'avvento del Codice della crisi che, in maniera più organica (ma non troppo), ingloba le tre procedure oggi disciplinate dalla Legge

[17] Per un rilievo di questo tipo cfr. G. Bozza e G. Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, cit., p. 465 e seguenti.

[18] L'espressione è di R. D'Amora, *Le prededuzioni nell'anno di grazia 2013*, in www.osservatorio-oci.org, 2013, p. 5.

[19] Considerazioni simili si leggono in G. Minutoli, *La distribuzione dell'attivo e il rendiconto*, in A. Jorio (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, Torino, Utet, tomo II, 2016, p. 2353.

sopra citata ed essenzialmente destinate all'imprenditore non fallibile e al consumatore.

Per ciò che strettamente interessa in questa sede, pur non essendo impiegato dalla legge il lemma «prededuzione» (se non in un'occasione)[20], viene espressamente previsto che i crediti sorti «in occasione o in funzione» delle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento devono essere soddisfatti in via prioritaria (si vedano gli articoli 13, comma 4-bis, e 14-duodecies, comma 2)[21]. La nozione di prededuzione, quindi, viene data per scontata, con un implicito richiamo alla disciplina della legge fallimentare, essendo ormai un principio immanente alla disciplina della crisi debitoria che i crediti funzionali od occasionali rispetto a una procedura concorsuale debbano essere pagati prima di tutti gli altri creditori.

Tra questi crediti viene pacificamente annoverato il compenso spettante all'organismo di composizione della crisi, il quale recita un ruolo cruciale in svariate fasi delle procedure: dalla predisposizione della proposta o del ricorso alla redazione di una relazione particolareggiata da porre all'attenzione dell'organo giudicante; dalle comunicazioni da compiere ai soggetti istituzionali e ai creditori ai depositi presso il tribunale; dalla trascrizione del decreto di apertura della procedura presso gli uffici competenti ai compiti di vigilanza nella fase esecutiva. Maggiori dubbi, invece, si pongono in relazione

[20] La parola «prededucibili» compariva una sola volta, vale a dire all'art. 12. Ivi viene previsto che, in caso di dichiarazione di fallimento dell'imprenditore che abbia fatto accesso alla procedura di accordo di composizione della crisi, i finanziamenti effettuati in funzione o in esecuzione dell'accordo stesso debbano considerarsi prededucibili nella procedura fallimentare. Ciò, a ben vedere, in perfetta assonanza con quanto previsto per i finanziamenti nel concordato preventivo, procedura (maggiore) che con l'accordo di composizione (poi ridenominato non a caso «concordato minore») condivide struttura e funzione.

[21] Sebbene «con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti». Con questa puntualizzazione la Legge n. 3 del 2012 si allinea alla regola impressa dall'art. 111-bis della legge fallimentare, oggi replicata dall'art. 222, secondo comma, del Codice. Non è questa la sede per soffermarsi sul delicato rapporto tra creditori prededucibili e creditori muniti di garanzia reale in sede di riparto, peraltro non affrontato dal Codice che si è limitato a replicare, sotto altra veste normativa (articoli 222 e 223) le (incerte) regole oggi dettate dagli articoli 111-bis e 111-ter della legge fallimentare. Per uno sguardo sulla tematica in questione sia consentito il richiamo a F. Pani, *Prededuzioni e riparto: il rebus dei criteri di distribuzione in presenza di garanzie reali*, in www.ristrutturazioniaziendali.it, 17 febbraio 2022. Per un *focus* calibrato più specificamente sulle procedure di sovraindebitamento, invece, si vedano da ultimo A. Mancini, *Sovraindebitamento: ancora sul conflitto tra prededucibili e ipotecari nella liquidazione del patrimonio*, in www.ilcaso.it, 2 maggio 2022, e F.M. Cocco, *Conflitto tra crediti prededucibili e crediti ipotecari nella liquidazione dei beni e applicabilità per analogia dell'art. 111 ter L. fall.: giurisprudenza ancora divisa*, in www.dirittodellacrisi.it, 11 maggio 2022.

al professionista (normalmente un avvocato) che assista il debitore nella presentazione del ricorso giurisdizionale. Sul punto si tornerà meglio *infra*; per ora basti dire che, dopo la novella del 2020 (Legge n. 176 del 2020, che ha convertito il Decreto Legge n. 137 del 2020), l'articolo 13, comma 4-bis, ricomprende espressamente tra i crediti sorti «in occasione o in funzione» anche «quelli relativi all'assistenza dei professionisti», mentre analogo innesto non ha riguardato l'articolo 14-duodecies.

## 5. … e la (nuova) composizione negoziata della crisi

Nel lungo intermezzo tra l'approvazione del Codice della crisi (avvenuta a inizio 2019) e la sua effettiva entrata in vigore, il legislatore è intervenuto a vario titolo sulla disciplina della crisi d'impresa, talvolta anticipando alcuni istituti innovativi coniati proprio dal Codice, e altre volte plasmando nuovi modelli concorrenti con quelli codicistici e fatalmente destinati a soppiantarli. È annoverabile tra quest'ultimi la composizione negoziata dalla crisi, istituto già introdotto nella primigenia versione del Codice al Titolo II della Parte Prima (in congiunzione con la disciplina dei c.d. segnali d'allerta), reinventato dal Decreto Legge n. 118 del 2021, convertito in Legge 147 del 2021 e, quindi, impiantato nel Codice dal correttivo immediatamente antecedente alla sua entrata in vigore (Decreto Legislativo n. 82 del 2022).

Per meglio dire, quella emergenziale si presenta alla stregua di una disciplina-ponte tesa a fornire all'imprenditore «un percorso, guidato e protetto, sostitutivo non dell'allerta, ma della composizione assistita del Codice della crisi, per coprire quello spazio che oggi precede la domanda ex art. 161, sesto comma, legge fallimentare, istituzionalizzando la fase delle trattative e creando un raccordo tra le forme di mediazione già esistenti in materia di rapporti d'impresa (per esempio, la mediazione bancaria) e tavoli di facilitazione allargati contestualmente a tutti i creditori»[22]. Sennonché, come del resto da alcuni già immaginato[23], i contenuti del D.L. 118 – nonché del successivo D.L. 152 del 2021 – sono stati trasposti nel Codice sostituendo il vecchio Titolo II.

Per quanto strettamente d'interesse in questa sede, la (nuova) composizione negoziata vede come figura cardine quella dell'esperto, regista delle trattative da svolgere con il ceto creditorio e demiurgo dell'esito finale delle stesse, che può consistere o in un contratto di natura privatistica o in una delle tante

[22] Così si legge in un contributo esplicativo degli stessi ideatori del decreto: I. Pagni e M. Fabiani, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in www.dirittodellacrisi.it, 2 novembre 2021, pag. 5.

[23] Si veda, per tutti, G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in www.dirittodellacrisi.it, 5 ottobre 2021, pag. 8.

procedure disciplinate dalla legge ed oggi (in gran parte) dettate dal Codice (si vedano gli articoli 10 e 17 del D.L. 118). Il Decreto Legge attribuisce espressamente natura prededucibile al compenso dell'esperto (art. 16, comma 9).

Al fine di assicurare la continuità aziendale, e sempre se ciò risponde al miglior soddisfacimento dei creditori, il Decreto Legge contempla inoltre alcuni finanziamenti che assumono natura prededucibile, dietro autorizzazione disposta dal tribunale.

## 6. Le ipotesi più problematiche

### 6.1. Premessa

Le considerazioni sin qui compiute offrono uno spaccato sufficientemente chiaro dello "stato dell'arte" della prededuzione alle soglie dell'avvento del Codice della crisi. Per meglio dire, lasciano già chiaramente comprendere per quale ragione la prededuzione viene regolamentata tra i principi generali nella sezione dedicata alla «economicità delle procedure»: il legislatore, infatti, ha inteso in qualche misura porre un argine alla moltiplicazione delle prededuzioni tenuto conto del fenomeno messosi in moto nel corso degli ultimi quindici anni circa. È tuttavia solo analizzando le fattispecie più articolate o controverse che possono comprendersi appieno le ragioni che hanno portato all'esatta formulazione dell'articolo in commento[24].

### 6.2. I crediti sorti «in funzione» della domanda di concordato

Almeno fino all'inizio del 2022 la fattispecie più controversa e ricca di diatribe interpretative è stata rappresentata dal rango da attribuire al credito maturato dai professionisti che abbiano assistito l'imprenditore nella presentazione della domanda di concordato e nella redazione della proposta e del piano. Ciò, in particolare, nell'ambito del c.d. concordato in bianco o con riserva, che poi costituisce concretamente l'opzione largamente più ricorrente nella pratica.

Prima delle riforme degli anni 2000 questo genere di crediti non beneficiava di alcun trattamento preferenziale all'interno delle procedure concorsuali, fatto salvo, ovviamente, il privilegio disciplinato dall'articolo 2751-*bis* del codice civile, comunque pienamente rispettoso della regola del concorso sostanziale tra

[24] Per un'elencazione più analitica dei crediti potenzialmente prededucibili, ivi comprese le ipotesi assolutamente pacifiche e incontroverse, si rinvia a A. Coppola, *Commento all'art. 111*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, CEDAM, 2013, p. 774 e seguenti.

creditori[25]. È essenzialmente l'avvento del binomio occasionalità-funzionalità ad aver aperto la strada alla prededuzione ai crediti professionali; una strada, tuttavia, tortuosa e lastricata di interpretazioni non sempre coerenti che hanno serpeggiato non solo (come è fisiologico, soprattutto in ambito fallimentare) nella giurisprudenza di merito, ma anche in quella di legittimità.

Volendo sintetizzare al massimo, tre erano gli orientamenti affacciatisi in giurisprudenza prima del fondamentale arresto delle Sezioni Unite[26].

In fase di prima applicazione, la prevalente giurisprudenza di merito aveva ricondotto questa categoria di crediti al criterio della funzionalità, da intendersi però come utilità in concreto, attraverso una verifica a posteriori. In buona sostanza, veniva sovente sostenuto che in tanto i professionisti meritassero la prededuzione in quanto il loro lavoro si fosse rivelato effettivamente utile per il ceto creditorio e, in particolare, la procedura concordataria non fosse fatalmente sfociata nel fallimento.

Il secondo orientamento, sostanzialmente riconducibile alla posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità, aveva anch'esso fatto ricorso al criterio della funzionalità, tuttavia chiarendo fin da subito che la verifica del nesso di strumentalità avrebbe dovuto essere compiuta controllando se l'attività professionale prestata potesse essere ricondotta nell'alveo della procedura concorsuale minore e delle finalità dalla stessa perseguite secondo un giudizio *ex ante*, non potendo in particolare l'evoluzione fallimentare della vicenda concorsuale comportare di per sé sola la frustrazione dell'obiettivo della norma, escludendo il ricorso all'istituto[27]. Ciò significa che l'esclusione del rango prededucibile non avrebbe potuto fondarsi – quantomeno in via esclusiva – sulla non utilità in concreto della procedura stessa, attraverso una valutazione *ex post*, essendo piuttosto la funzionalità ravvisabile quando le prestazioni compiute dal terzo, per il momento ed il modo con cui erano state assunte in un rapporto obbligatorio con il debitore, confluivano nel disegno di risanamento da quest'ultimo predisposto in modo da rientrare in una complessiva causa economico-organizzativa almeno preparatoria di una procedura concorsuale, a meno che non ne fosse dimostrato il carattere sovrabbondante o superfluo

[25] Cfr. sul punto anche S. Pacchi, *La prededuzione dei professionisti nel concordato preventivo*, cit., p. 22 e seguente.

[26] Per una disamina più diffusa sia consentito il richiamo a F. Pani, *Il credito prededucibile del professionista tra novità normative e giurisprudenziali*, in wwww.ristrutturazioniaziendali.it, 15 novembre 2021.

[27] In questo senso, *ex plurimis*, Cassazione civile, Ordinanza n. 12017 del 16/05/2018.

rispetto all'iniziativa assunta[28] o finanche la conoscenza da parte del professionista del carattere fraudolento dell'iniziativa assunta dal debitore[29].

Un terzo orientamento (per il vero poco nutrito) aveva sostenuto, invece, che la natura prededucibile del credito fosse riconoscibile, da un lato, perché si sarebbe trattato di «atto legalmente compiuto» del corso della procedura di concordato, come tale costituente una prededuzione tipica ai sensi dell'art. 161, comma 7, della legge fallimentare; dall'altro lato, facendo leva sul criterio dell'occasionalità[30].

In questo scenario si è collocata la sentenza n. 42093 del 31 dicembre 2021 delle Sezioni Unite. La Suprema Corte, nel suo massimo consesso, ha anzitutto inteso superare il terzo degli orientamenti citati. Invero, secondo la sua lettura gli «atti legalmente compiuti» a cui fa riferimento l'art. 161, comma 7, della legge fallimentare sarebbero solo quelli che si inseriscono nel perimetro della gestione aziendale in senso stretto, rispondendo tale disposizione alla logica di salvaguardare i normali rapporti commerciali dell'impresa e di tutelare i terzi che, nonostante la proposizione della domanda di concordato, decidano di intessere relazioni commerciali in pendenza della procedura concordataria[31]. Del pari, per le Sezioni Unite non sarebbe pertinente il richiamo al criterio della «occasionalità» che, secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità (sul quale peraltro si avrà modo di tornare), non si esaurirebbe nel puro e semplice dato cronologico, dovendo essere ravvisata altresì una connessione tra la prestazione sorta «in occasione» della procedura e l'attività degli organi della stessa[32].

Ciò posto, le Sezioni Unite hanno sostanzialmente dato continuità all'orientamento tradizionale della giurisprudenza di legittimità, mostrandosi tuttavia maggiormente sensibili a quanti, da più parti, avevano focalizzato l'attenzione sull'esigenza con le prestazioni rese dai professionisti raggiungessero quantomeno il risultato minimo aspirato, vale a dire il superamento della fase "in bianco" e l'apertura della procedura concordataria

[28] Cassazione civile, Ordinanza n. 220 del 09/01/2020.

[29] Cassazione civile, Sentenza n. 13596 del 02/07/2020.

[30] In questi termini, Cassazione civile, Sentenza n. 25471 del 10/10/2019.

[31] Aspetto, per il vero, già sottolineato da convincente dottrina: si allude soprattutto ad A. Napolitano, *La prededuzione per funzionalità del credito del professionista*, in *Diritto della crisi*, 2021, f. 1, p. 53.

[32] Questa criticità era stata già sottolineata in F. Pani, *Il credito prededucibile del professionista tra novità normative e giurisprudenziali*, cit., p. 13.

vera e propria[33]. In buona sostanza, hanno fatto propria una nozione «relazionale» della funzionalità, strumentalizzata, cioè, non a qualsivoglia approdo concorsuale, ma esattamente a quello aspirato dall'imprenditore assistito dal professionista. E così – si legge nella pronuncia in esame – «la funzionalità può dirsi sussistente allora quando l'attività originante il credito sia ragionevolmente assunta, nella prospettazione delle circostanze ad essa coeve, proprio per assecondare, con l'instaurazione o lo svolgimento della specifica procedura concorsuale cui è volta, le utilità (patrimoniali, aziendali, negoziali) su cui può contare tipologicamente, cioè secondo le regole del modello implicato, l'intera massa dei creditori, destinati a prendere posizione sulla proposta del debitore; ciò ne permette l'assimilazione ad una nozione di costo esterno sostenibile al pari di quelli prodotti dalle attività interne degli organi concorsuali, se e quando potranno operare».

Detto in altre parole, secondo la Suprema Corte proprio l'apertura della procedura concordataria costituirebbe il prerequisito minimo affinché il professionista possa aspirare al rango prededucibile[34]. Minimo ma – si badi bene – non per forza di cose sufficiente. Ed infatti il provvedimento di ammissione da parte del tribunale non potrebbe determinare una sorta di automatismo che dischiude le porte della prededuzione a tutti i professionisti che, in varia guisa, abbiano assistito l'imprenditore. Invero, non potrebbe attribuirsi lo stesso peso alle prestazioni necessarie (come, ad esempio, quelle del legale e dell'attestatore) e a quelle meramente eventuali (come, ad esempio, il c.d. *advisor* finanziario), rispetto alle quali sarebbe imprescindibile un vaglio

[33] Così, ad esempio, si era espresso A. Napolitano, *La prededuzione per funzionalità del credito del professionista*, cit., p. 51: «dal momento che la prededuzione si attua all'interno della procedura concorsuale la cui apertura è lo scopo oggettivo della attività che genera il credito, la funzionalità di quest'ultima, e dunque del credito relativo, non può che essere apprezzata *ex post*, cioè dopo che la procedura, nella quale la prededuzione dovrebbe realizzarsi, sia stata aperta: il giudizio di funzionalità, in altre parole, implica che lo strumento impiegato abbia raggiunto il fine del suo impiego».

[34] Scrive la Corte: «la funzionalità, infatti, come parametro direttamente attributivo, appare per un verso antitetica al riconoscimento de plano di un credito solo perché afferente ad una prestazione che si sia inserita fenomenicamente nell'iter che ha condotto ad una procedura ovvero ne sia stata coeva, esigendo piuttosto – a necessario elemento integrativo - che il rapporto di inerenza alle finalità della procedura al cui vantaggio è stata rivolta trovi un apprezzamento anche nella transizione verso altra procedura che segua la prima, specie quando ne sia la conferma d'insuccesso del relativo progetto ristrutturativo; a tale requisito assolve la consecutività dei procedimenti, con l'avvertenza che il primo di essi, per quanto ad esito infausto, sia progredito oltre il mero accesso, raggiungendo almeno gli obiettivi minimali che lo caratterizzano tipologicamente, cioè possa dirsi, quanto al concordato, procedura concorsuale pervenuta alla fase di possibile coinvolgimento dei creditori».

giurisdizionale circa la "utilità prospettiva" di quella determinata attività, calibrata sulla specifica crisi aziendale concretamente affrontata[35].

6.3. I crediti sorti «in funzione» degli accordi di ristrutturazione dei debiti (e dei piani attestati di risanamento)

L'esondazione della prededuzione si è rivelata problematica anche con riguardo agli accordi di ristrutturazione disciplinati nella legge fallimentare dall'articolo 182-*bis*, e ciò a causa di un dubbio ermeneutico più profondo, afferente alla stessa riconducibilità di tale istituto nell'alveo delle procedure concorsuali (le uniche rispetto alle quali, in base al disposto dell'articolo 111 legge fallimentare, potrebbe predicarsi una funzionalità).

Invero, in un contesto nel quale la dottrina e la giurisprudenza di merito maggioritarie[36] si esprimevano in senso negativo, sono intervenute due decisioni della Suprema Corte che, dapprima in maniera (a dir poco) sintetica[37] e poi con un taglio decisamente più approfondito e sistematico[38], hanno ricondotto all'area della concorsualità gli accordi di ristrutturazione. In particolare, per superare le critiche mosse in maniera pressoché unanime da parte della dottrina alla prima delle due decisioni menzionate[39], la seconda sentenza ha affermato che «la cifra della moderna concorsualità, regolata dal

[35] La pronuncia in questione è stata favorevolmente commentata da G.B. Nardecchia, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*, in *Il Fallimento*, 2022, f. 3, pp. 365-375. Del pari positivo è il commento di F. Casa, *La "quadratura del cerchio"; note minime su una sentenza importante (Cass. Sez. Un., 31 dicembre 2021, n. 42093)*, in www.ristruttuazioniaziendali.it, 24 gennaio 2022. Per una lettura critica si veda, invece, M. Greggio, *La prededuzione dei compensi dei professionisti secondo le Sezioni Unite: per la certezza si rischia l'ingiustizia?*, in www.dirittodellacrisi.it, 18 gennaio 2022.

[36] Per una ricca raccolta di riferimenti bibliografici sia sufficiente il rinvio a C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, in *Il Fallimento*, 2018, f. 8-9, pp. 988-997, spec. pp. 990-991.

[37] Cassazione civile, Sentenza n. 1182 del 18/01/2018.

[38] Cassazione civile, Sentenza n. 9087 del 12/04/2018.

[39] Si vedano S. Ambrosini, *Nota a Cass. 18 gennaio 2018, n. 1182*, in www.osservatorio-oci.org; S. Bonfatti, *La natura giuridica dei "piani di risanamento attestati" e degli "accordi di ristrutturazione"*, in *Diritto della banca e del mercato finanziari*o, 2018, fasc. 1, pp. 175-184, pt. 1; M. Fabiani, *La nomenclatura delle procedure concorsuali e le operazioni di ristrutturazioni*, in *Il Fallimento*, 2013, f. 3, pp. 288-298. Pressoché tutti questi autori non ritenevano possibile parlare di «procedura» vera e propria in assenza di un provvedimento giudiziale di apertura con contestuale nomina (anche solo rimessa alla facoltà del tribunale) di un organo deputato al controllo e/o alla gestione della procedura, e dubitavano anche della ricorrenza del predicato della «concorsualità» in assenza dell'universalità degli effetti (tanto sul lato attivo che su quello passivo) e dell'obbligo di rispettare l'ordine delle cause di prelazione

diritto della crisi e dell'insolvenza, sembra essersi ridotta a tre profili minimali - i) una qualsivoglia forma di interlocuzione con l'autorità giudiziaria, con finalità quantomeno "protettive" (nella fase iniziale) e di controllo (nella fase conclusiva); ii) il coinvolgimento formale di tutti i creditori, quantomeno a livello informativo e fosse anche solo per attribuire ad alcuni di essi un ruolo di "estranei", da cui scaturiscono conseguenze giuridicamente predeterminate; iii) una qualche forma di pubblicità»[40]. Sebbene la giurisprudenza di legittimità abbia poi dato convintamente continuità a tali approdi[41], nella giurisprudenza di merito si rinvengono ancora pronunce di segno opposto[42], preoccupate soprattutto del rischio che una simile estensione determini una moltiplicazione incontrollata delle prededuzioni.

Perfetta concordia tra giurisprudenza[43] e dottrina, invece, si è da sempre registrata circa l'esclusione dal novero delle procedure concorsuali dei piani attestati di risanamento previsti nella legge fallimentare dall'art. 67, comma 3, lettera d), con l'ovvia ricaduta che il compenso del professionista che abbia assistito in varia guisa il debitore nella predisposizione dello stesso, così come dell'attestatore del piano, non possono avere natura prededucibile.

---

[40] Parla di «conclusione ideologica» M. Arato, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra la giurisprudenza della Cassazione e il Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *www.ilcaso.it*, 9 ottobre 2018. L'A. vuole con ciò sottolineare che, in assenza di una nozione di «procedura concorsuale» a livello legislativo, spetta all'interprete fornire una definizione, valorizzando ora l'una, ora l'altra caratteristica. E così, se venisse seguita l'impostazione della dottrina tradizionale, qualora «si dovesse invece ritenere che per entrare nel "catalogo" delle procedure concorsuali sia necessario (i) un provvedimento giudiziale di apertura, con la nomina di un organo deputato alla gestione della procedura; (ii) l'universalità degli effetti su tutto il patrimonio del debitore e sulla generalità dei creditori; (iii) l'apertura del concorso con il blocco di ogni azione e del decorso degli interessi per i chirografari; (iv) il rispetto del principio della (tendenziale) parità di trattamento, allora difficilmente l'accordo di ristrutturazione rientra tra le procedure concorsuali». In termini adesivi rispetto alla pronuncia richiamata si è espresso, invece, C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso*, cit.

[41] Si veda soprattutto Cassazione civile, Sentenza n. 15724 del 11/06/2019, in tema di consecuzione tra procedura ai fini del riconoscimento della prededuzione. La pronuncia più recente sulla natura degli accordi è però Cassazione civile, Sentenza n. 40913 del 21/12/2021.

[42] Si veda, ad esempio, Tribunale di Reggio Emilia, 19/07/2018, in www.ilcaso.it, con nota di S. Bonfatti, *Estraneità degli Accordi di Ristrutturazione alla "sfera della concorsualità", in materia di prededuzione*.

[43] Cfr. Cassazione civile, Sentenza n. 1895 del 25/01/2018, nonché, più di recente, Cassazione civile, Ordinanza n. 9026/2020 del 05/03/2020.

6.4. I crediti sorti «in occasione» della procedura di concordato preventivo

Per crediti sorti «in occasione» della procedura di concordato preventivo si intendono quelli contratti dall'imprenditore a partire dal deposito del ricorso (ivi compreso quello "in bianco" che prelude all'apertura "con riserva")[44] e fino al provvedimento di omologa da parte del tribunale. Nel tessuto della legge fallimentare, il fondamento di tali crediti si rinviene agli articoli 161, comma 7[45], e 167, commi 1 e 2[46]. Le regole che si desumono dalla congiunta lettura di tali disposizioni risultano piuttosto chiare: - l'impresa può contrarre nuovi debiti nel corso della procedura; - se gli atti conclusi sono di ordinaria amministrazione non è necessaria l'autorizzazione (del tribunale, prima dell'apertura, e del giudice delegato, dopo l'apertura); - viceversa, è necessaria la relativa autorizzazione; - i debiti regolarmente contratti assumono natura prededucibile. Come intuibile, però, inevitabili incertezze applicative sono generate dal binomio ordinaria/straordinaria amministrazione, trattandosi di formule necessariamente vaghe ed elastiche.

Sul punto deve registrarsi l'importante intervento chiarificatore della Suprema Corte di cassazione, sebbene solo a sezione semplice[47]. È stato affermato che «l'eccedenza in concreto dalla ordinaria amministrazione viene a dipendere dalla oggettiva idoneità dell'atto a incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone comunque la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori, alla cui tutela la

[44] Va a tal proposito osservato che una pronuncia recente della Suprema Corte, già altrove citata (Sentenza n. 639 del 15/01/2021), ha messo in dubbio la tesi (invero radicata) che la fase prenotativa del concordato possa già considerarsi una "procedura concorsuale" in termini tecnico-giuridici, al precipuo scopo di disinnescare il requisito dell'occasionalità. A tale argomento, tuttavia, non è stato dato seguito dalle Sezioni Unite.

[45] «Dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione. I crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111».

[46] «Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale.

I mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti la ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato».

[47] Cassazione civile, Sentenza n. 14713 del 29/05/2019.

misura della preventiva autorizzazione è predisposta», sicché «sono di ordinaria amministrazione gli atti di comune gestione dell'impresa strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del suo patrimonio e quelli che - ancorché comportanti una spesa - lo migliorino o anche solo lo conservino, ricadono invece nell'area della amministrazione straordinaria gli atti suscettibili di ridurlo o di gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali e prevalenti».

Nel particolare ambito del concordato con riserva, è stato ulteriormente puntualizzato che il giudizio sul carattere ordinario o straordinario dell'atto dipende molto anche dal tipo di piano al quale l'impresa ricorrente risulta orientata. Invero, «un medesimo atto può bensì considerarsi come di ordinaria amministrazione dinanzi a una situazione implicante, per esempio, la continuità aziendale, ma non dinanzi a una situazione del tutto diversa, come quella connotata dal mero fine liquidatorio», ragion per cui, peraltro, «ai fini della possibilità di ravvisare il fondamento della prededuzione del credito derivante da atti di amministrazione ordinaria "legalmente compiuti", secondo la specifica previsione dell'art. 161, settimo comma, la prospettiva del concordato non può essere completamente "in bianco". In vero è necessaria quella che taluni hanno definito una minima *discovery*, vale a dire una certa qual indicazione, finanche nel caso solo di massima, ma comunque idonea a segnalare il tipo di proposta che si intenda presentare, così da stabilire almeno verso quale forma di concordato l'imprenditore abbia inteso indirizzarsi, per modo da confrontare rispetto a essa la valutazione degli atti consentiti».

Si pone senz'altro in coerenza con tale visione l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale gli incarichi conferiti ai professionisti per l'assistenza dell'imprenditore durante la fase di concordato "con riserva", così come i pagamenti posti in essere in adempimento dei rapporti instaurati, debbano considerarsi alla stregua di atti di ordinaria amministrazione[48]. Sennonché tale impostazione andrebbe rivista alla luce della

[48] In questo senso si veda soprattutto Cassazione civile, Sentenza n. 280 del 10/01/2017, della quale si riporta un estratto significativo della motivazione: «Pertanto le prestazioni dell'attestatore, dello stimatore titolato, del professionista redattore o coadiutore del piano in preparazione, del legale redigente la domanda (con crediti nella fattispecie pagati) per un verso integrano attività almeno astrattamente collocabili in relazione alla procedura instauranda o pendente (già con il deposito della domanda giudiziale) e per altro verso interrogano un preliminare e parallelo quesito sulla ragione per la quale dovrebbero essere considerate eccedenti l'ordinaria amministrazione. Non basta invero né il loro costo assolto in modo diretto dal debitore (assai modesto nel caso, risultando pagamenti per crediti di 44 mila euro pari a circa lo 0.33% della massa debitoria, lo 0.54% del patrimonio stimato), né la datazione temporale del pagamento (a concordato pendente) per trasformare i relativi atti solutori in straordinaria amministrazione. Dovendo dunque incentrarsi la presente disamina su tale ultima tipologia, avendo la censura investito la pronuncia di inammissibilità ex art.173 1.f., si può sostenere che

pronuncia n. 42093 del 31 dicembre 2021 delle Sezioni Unite, sulla quale ci si è già lungamente soffermati. La Corte, infatti, ha da un lato circoscritto l'area degli «atti legalmente compiuti» a quelli strettamente connessi alla gestione dell'attività d'impresa e, dall'altro lato, ha tratteggiato una nozione di «funzionalità» ancorata all'apertura del concordato, di talché astrattamente i pagamenti in favore dei professionisti compiuti in pendenza del termine di cui all'articolo 161, comma 6, della legge fallimentare, in caso di mancata ammissione alla procedura, sarebbero suscettibili di revocatoria fallimentare. Non a caso pressoché tutti gli autori che hanno commentato la pronuncia in questione hanno concordato nel ritenere che, nella fase "in bianco" del concordato, qualsivoglia pagamento andrebbe considerato *de plano* un atto di straordinaria amministrazione, necessitante di apposita autorizzazione da parte del tribunale[49].

### 6.5. I crediti sorti «in occasione» del concordato omologato

Come noto, dopo l'omologa da parte del tribunale prende avvio la parte esecutiva del concordato preventivo. Fase nel corso della quale l'impresa ricorrente, perfettamente *in bonis*, può continuare a concludere atti giuridicamente rilevanti, soprattutto (ovviamente) qualora il concordato sia in continuità aziendale. In assenza di una disposizione legislativa al riguardo[50], si è posto l'interrogativo circa la sorte dei crediti nascenti da tali atti nell'ipotesi

vi rientrano le spese e gli impegni propri di una attività non corrente dell'impresa, né intrinsecamente coerenti con un complessivo allestimento degli atti necessari all'instaurazione o all'ordinata evoluzione della procedura concorsuale; vi fuoriescono invece, dunque non necessitando di alcuna autorizzazione giudiziale, le operazioni — come accaduto nella specie - enunciativamente richieste dalla legge stessa e ragionevolmente proprie di una prassi attinente all'obbligatorio complessivo corredo della domanda di apertura della procedura concorsuale, competendo all'organo concorsuale che ne invochi l'eccedentarietà rispetto a tale scopo dimostrarne (anche solo per una eventuale parte) superfluità ovvero casualità di assunzione quanto al profilo debitorio che ne sia scaturito oltre che l'intento frodatorio».

[49] Cfr. G.B. Nardecchia, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*, cit., p. 374; F. Casa, *La "quadratura del cerchio"; note minime su una sentenza importante (Cass. Sez. Un., 31 dicembre 2021, n. 42093)*, cit., p. 12; M. Greggio, *La prededuzione dei compensi dei professionisti secondo le Sezioni Unite: per la certezza si rischia l'ingiustizia?*, cit., pp. 15-17.

[50] Assenza che ha indotto autorevole dottrina a ritenere che, nella fase esecutiva del concordato, non vi sarebbe alcuno spazio possibile per la prededuzione: si veda L. Panzani, *Ancora sulla prededuzione dei crediti sorti in esecuzione del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2021, n. 7, p. 939. Sul tema si veda anche V. Zanichelli, *Prededuzione dei crediti tra interpretazioni attuali (incerte) e possibili soluzioni future*, in *Il Fallimento*, 2020, f. 4, p. 556 e seguente.

in cui, nel corso dell'esecuzione concordataria, l'impresa venga dichiarata fallita.

Si è *supra* accennato allo stato della giurisprudenza antecedentemente alla modifica dell'articolo 111 legge fallimentare, e si è visto che, in passato, era tendenzialmente escluso che un credito sorto nel corso di un concordato potesse assumere connotati prededucibili. Il quadro è poi sensibilmente mutato; non solo per l'introduzione del binomio occasionalità-funzionalità, ma anche perché il concordato preventivo non ha più una finalità essenzialmente liquidatoria, potendosi coniugare (in tutto o in parte) con la prosecuzione aziendale, nel rispetto del paradigma dettato dall'articolo 186-bis. E non a caso sono diversi i casi in cui la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto la prededuzione del credito sorto «in occasione» dell'esecuzione della procedura concorsuale minore.

In linea generale la Suprema Corte ha fatto proprio un concetto non eccessivamente esteso di occasionalità, negando che esso vada inteso come pura e semplice coincidenza tra sorgere del credito e pendenza della procedura concordataria. È stato infatti affermato che «il riferimento all'elemento cronologico («in occasione»), deve essere integrato, per avere un senso compiuto, con un implicito elemento soggettivo e cioè quello della riferibilità del credito all'attività degli organi della procedura; in difetto di una tale integrazione il criterio in questione sarebbe palesemente irragionevole, in quanto porterebbe a considerare come prededucibili, per il solo fatto di essere sorti in occasione della procedura, i crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della stessa»[51].

Se il concetto di «riferibilità» appare facilmente calabile nel contesto dei concordati liquidatori, più complesso risulta invece il quadro nel concordato con continuità aziendale poiché la giurisprudenza della Suprema Corte non pare essersi espressa in termini sempre perfettamente univoci.

Invero, alcune pronunce paiono assegnare particolare rilevanza al fatto che un certo credito sia espressamente contemplato all'interno del piano industriale oggetto dell'approvazione da parte dei creditori[52]. Un altro (probabilmente

[51] Cfr. Cassazione civile, Sentenza n. 1513 del 24/01/2014 e Cassazione civile, Ordinanza n. 20113 del 07/10/2016.

[52] È il caso di Cassazione civile, Ordinanza n. 17911 del 09/09/2016 che, occupandosi della fattispecie riguardante il credito di un fornitore di materie prime di un'impresa in concordato con continuità (e poi fallita), ha ritenuto di dover qualificare come prededucibile il credito sorto da rapporti instaurati «in conformità del piano industriale oggetto dell'approvazione da parte dei creditori e dell'omologazione da parte del Tribunale, in modo che si realizzi quella piena coerenza tra le obbligazioni assunte dall'impresa in concordato e il piano approvato». Nello stesso senso Cassazione civile, Ordinanza n. 18488 del 12/07/2018 con riferimento a un

minoritario) orientamento, viceversa, non si sofferma solamente sul dato formale e fa leva, oltreché sull'occasionalità, sulla funzionalità di un certo credito nell'economia complessiva del concordato[53].

In controluce possono intravedersi le ragioni sottese a ciascuno dei due indirizzi ermeneutici. Il primo è maggiormente teso a tutelare la genuina espressione del diritto di voto da parte dei creditori coinvolti dal concordato in base all'assunto che essi debbano avere chiaro l'ammontare delle prededuzioni che potrebbero sorgere nel corso delle continuità e, quindi, di quanto possa essere elevato il rischio che il loro soddisfacimento venga pregiudicato nel caso in cui la procedura concordataria dovesse sfociare in un fallimento. Il secondo, invece, pare voler, da un lato, evitare che si determinino trattamenti differenziati fondati su profili di carattere meramente formale e, dall'altro lato, non penalizzare i terzi che si rapportino con un'impresa in crisi[54].

---

contratto di leasing avente a oggetto un bene mobile aziendale, nella quale può leggersi: «in sostanza, non è sufficiente perché il credito sia ammesso al concorso in prededuzione, che lo stesso abbia a maturare durante la pendenza di una procedura concorsuale, essendo presupposto indefettibile per il riconoscimento del detto rango, che la genesi dell'obbligazione sia temporalmente connessa alla pendenza della procedura medesima - ché in caso contrario tutti i crediti sorti nell'ambito dei rapporti di durata sarebbero prededucibili - e che, comunque, l'assunzione di tale obbligazione risulti dal piano e dalla proposta». Si veda anche, ancor più di recente, Cassazione civile, Ordinanza n. 22604 del 10/08/2021.

[53] Particolarmente significativa è Cassazione civile, Ordinanza n. 380 del 10/01/2018, riguardante il credito di un fornitore di energia elettrica: in tal caso la Corte, sul rilievo che l'erogazione della fornitura fosse obiettivamente essenziale affinché l'attività della società in concordato con continuità (poi fallita) potesse proseguire, ha sancito la natura prededucibile del credito, precisando però come fosse del tutto irrilevante che il provvedimento di cui all'art. 180 l.f. (vale a dire l'omologa) «non prevedesse espressamente, fra le modalità di esecuzione del concordato, il rinnovo o la stipula di un nuovo contratto di somministrazione alla scadenza di quello in corso alla data dell'omologazione». Il focus di tale pronuncia, insomma, risiede nella valorizzazione della stretta funzionalità dell'obbligazione rispetto agli obiettivi previsti dal piano, indipendentemente da un'espressa menzione della stessa nel decreto di omologa o nel piano. Negli stessi termini, recentemente, si è espressa Cassazione civile, Ordinanza n. 2656 del 04/02/2021.

[54] Per alcune notazioni più approfondite sull'argomento si rinvia a F. Pani, *Il credito prededucibile del professionista tra novità normative e giurisprudenziali*, cit., p. 6 e seguente, nonché a G.B. Nardecchia, *La prededuzione e la lesione della par condicio creditorum*, in *Il Fallimento*, 2018, f. 4, p. 418 e seguenti e a L. Panzani, *Ancora sulla prededuzione dei crediti sorti in esecuzione del concordato preventivo*, cit., f. 7, p. 938 e seguenti.

## 7. L'articolo 6: tra novità e discontinuità

7.1. Inquadramento generale

Come accennato in premessa, il primo (e vistoso) elemento di novità apportato dal Codice rispetto alla legge fallimentare è rappresentato dalla collocazione della disciplina della prededuzione nell'ordito normativo. Invero, se il legislatore del 2005-2006 aveva optato per l'inserimento della nozione di prededuzione nell'ambito della sezione dedicata alla ripartizione dell'attivo fallimentare, invece con il Codice si assiste a un salto di qualità, ritagliandosi la prededuzione uno spazio a sé stante.

Se può forse suscitare qualche perplessità l'inserimento dell'articolo 6 tra i «principi generali», sicuramente è apprezzabile la scelta di anteporre la nozione di prededuzione all'intero assetto disciplinare della liquidazione giudiziale e degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Ciò in quanto la prededuzione rappresenta un fenomeno trasversale a tutte le procedure concorsuali, lungi dal trovare spazio operativo soltanto nella procedura di liquidazione giudiziale.

Il riferimento al concetto di «economicità» contenuto nella rubrica della sezione suggerisce, inoltre, gli intenti perseguiti dal legislatore, vale a dire quello di ridurre i costi complessivi delle procedure concorsuali[55] e quello di incasellare in maniera più rigida la prededuzione onde evitare gli effetti moltiplicatori cui indubbiamente si è assistito nel corso degli ultimi quindici anni.

Da quest'ultimo punto di vista la novità più rilevante è rappresentata senza ombra di dubbio dalla scomparsa del binomio occasionalità-funzionalità e, quindi, dall'abbandono di una nozione atipica a vocazione aperta, suscettibile di applicazioni estensive. Come meglio si vedrà, tale elisione non è "indolore", nel senso che condurrà alla scomparsa di alcune prededuzioni sinora ritenute pacifiche o comunque largamente condivise. Non va tuttavia eccessivamente sopravvalutata l'ondata innovativa del Codice: infatti, l'articolo 6 contempla ancora crediti «in occasione» delle procedure concorsuali (lettera d) nonché (e soprattutto) crediti «sorti in funzione» delle stesse (lettere b e c). Il vero è che il Codice non ha inteso fare terra bruciata dell'elaborazione giurisprudenziale avutasi dopo la riforma del 2005-2006, piuttosto puntando a recepirla e ad arginare la variabilità degli orientamenti ermeneutici. Detto altrimenti, l'articolo

[55] Finalità peraltro particolarmente auspicata dalla Direttiva (UE) 2019/1023, meglio nota come "Direttiva Insolvency": nei suoi "considerando", infatti, è ricorrente la sollecitazione rivolta agli Stati membri di ridurre i costi di ristrutturazione a carico delle imprese. Ma analoghi "principi direttivi" si rinvengono anche nella legge delega dalla quale è scaturito il Codice: si veda, in particolare, la lettera l) dell'art. 2.

6 si pone in sostanziale continuità con la giurisprudenza edificatasi sulla base del binomio occasionalità-funzionalità, selezionando (e tipizzando) tuttavia gli orientamenti ritenuti preferibili e – proprio nell'ottica dell'economicità – tentando di ridurre il peso della prededuzione nelle procedure concorsuali (lettere b e c).

In chiave di continuità si pone, poi, il comma secondo («la prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali»), che attribuisce dignità normativa al principio giurisprudenziale della consecuzione tra procedure.

7.2. I crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (lettera a)

Con l'avvento del Codice, la crisi da sovraindebitamento sarà disciplinata non più dalla Legge n. 3 del 2012[56], ma dagli articoli da 65 a 83 e da 268 a 277 del Codice medesimo. Come anticipato (paragrafo 4), non è mai stato in discussione il fatto che il compenso spettante all'organismo di composizione della crisi (abbr: OCC) vada soddisfatto in prededuzione per cui, sotto questo profilo, la lettera a) del primo comma dell'articolo 6 si pone perfettamente nel solco della disciplina previgente.

Una novità di non poco conto può invece apprezzarsi confrontando la disciplina codicistica con quella della Legge n. 3 del 2012. Invero, nel Codice – coerentemente con la scomparsa della c.d. prededuzione atipica – non sono stati replicati né il comma 4-bis dell'art. 13 (in materia di piano del consumatore e di concordato minore) né il comma 2 dell'art. 14-duodecies (in materia di liquidazione del patrimonio) i quali prescrivono che «i crediti sorti in occasione o in funzione di uno dei procedimenti di cui alla presente sezione […] sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri». E se nel Codice la mancata riproposizione dei crediti «sorti in occasione» può considerarsi riassorbita dalla portata generalizzante della lettera d) dell'articolo 6 (ai sensi della quale, come meglio si dirà, sono prededucibili «i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa»), lo stesso non vale per i crediti «sorti in funzione». Il pensiero corre, ovviamente, a quelli relativi alle prestazioni dei professionisti cui il debitore si sia rivolto prima ancora di far riferimento all'OCC.

[56] Se non per i procedimenti già aperti e per le domande già depositate prima del 15 luglio 2022: si veda l'articolo 390 del Codice.

La cesura tra Legge 3 del 2012 e Codice della crisi parrebbe sul punto assolutamente netta; ciò tanto più se si considera che – come anticipato *supra*, al paragrafo 4 – dopo la novella del 2020 (Legge n. 176 del 2020, che ha convertito il Decreto Legge n. 137 del 2020), l'articolo 13, comma 4-bis, ricomprende espressamente tra i crediti sorti «in funzione» anche «quelli relativi all'assistenza dei professionisti». E se nel contesto della Legge n. 3 del 2012 ragioni di coerenza sistematica parrebbero suggerire la ricomprensione dei crediti professionali tra quelli «in funzione» anche nell'ambito della procedura di liquidazione del patrimonio (pur nel silenzio dell'articolo 14-duodecies, comma 2, non oggetto di contestuale modifica), ben più in salita si presenta il discorso nel contesto del Codice della crisi. Si potrebbe invero sostenere che l'aver espressamente attribuito rango prededucibile ai crediti dei professionisti che assistono il debitore nella predisposizione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o della domanda di concordato preventivo (lettere b e c dell'articolo 6) finisce per delineare un'irragionevole diversità di trattamento rispetto ai professionisti che, invece, assistono il debitore sovraindebitato, con tutte le conseguenze che ne discendono in termini di compatibilità con l'articolo 3 della Costituzione.

Sennonché non pare insostenibile affermare che il legislatore, proprio perseguendo lo scopo di rendere meno gravose le procedure concorsuali dal punto di vista economico, abbia scientemente inteso limitare la prededuzione all'OCC, trattandosi di organismo espressamente previsto dalla legge per ausiliare i consumatori e gli imprenditori più piccoli (o comunque non commerciali) nell'affrontare la propria crisi debitoria; organismo invece assente nella fase critica che connota l'impresa commerciale maggiore, ragion per cui in quel contesto il debitore non può fare a meno di rivolgersi a dei professionisti qualificati che lo supportino in un percorso tecnico e irto di ostacoli. Insomma, l'esclusione dal novero delle prededuzioni dei crediti dei professionisti nel campo del sovraindebitamento pare essere una scelta tanto consapevole quanto ragionevole sulla base della considerazione che, nel contesto di crisi debitorie tendenzialmente più semplici, sovente l'assistenza di un legale e/o di un commercialista si presenta ultronea perché duplicante quella già posta in essere, obbligatoriamente, dall'OCC.

Nella formulazione antecedente all'ultimissimo correttivo apportato dal decreto legislativo 17 giugno 2022 n. 83, la lettera a) dell'articolo 6 accomunava all'OCC anche l'OCRI, vale a dire l'organismo di composizione della crisi d'impresa aventi il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire il procedimento di allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, il procedimento di composizione assistita della crisi. Il riferimento all'OCRI è scomparso in coerenza con il rimodellamento dell'intero Titolo II, incentrato

non più sulla procedura di allerta ma sul procedimento di composizione negoziata della crisi che vede come protagonista non già l'OCRI, ma l'esperto. Quest'ultimo non figura nell'elencazione di cui all'articolo 6, ma trattasi pur sempre di una prededuzione tipica: l'articolo 25-ter, comma 12, infatti, ripropone pedissequamente l'articolo 16, comma 9, del D.L. 118/2021.

7.3. I crediti professionali sorti in funzione degli accordi di ristrutturazione e dei piani di ristrutturazione soggetti ad omologazione (lettera b)

Le lettere b) e c) del comma 1 dell'articolo 6 probabilmente sono quelle dalla valenza più rilevante poiché disciplinano le due fattispecie più controverse e dibattute in dottrina e giurisprudenza, vale a dire i crediti professionali sorti in funzione degli accordi di ristrutturazione (e dei piani di ristrutturazione) e delle domande di concordato. Evidente nella loro formulazione è la traccia del percorso giurisprudenziale avutosi sotto il vigore della legge fallimentare, nonché – pur con qualche puntualizzazione – la continuità rispetto all'assetto ermeneutico più recentemente affacciatosi.

Per quanto concerne gli accordi di ristrutturazione, già da qualche anno la Suprema Corte ha concluso che essi hanno natura concorsuale, così dischiudendo la strada all'applicazione dell'art. 111, comma 2, legge fallimentare. Il Codice della crisi rende chiara anche nel diritto positivo tale conclusione, sancendo espressamente la prededucibilità del credito del professionista che assista l'imprenditore nella fase di predisposizione dell'accordo destinato all'omologazione giudiziale.

Sotto il vigore della legge fallimentare la giurisprudenza, molto affaticata dal dilemma sulla natura degli accordi, aveva posto in secondo piano il tema della necessità o meno dell'omologazione dell'accordo ai fini del riconoscimento del rango prededucibile. La Suprema Corte, dando continuità all'indirizzo maggioritario prima dell'avvento delle Sezioni Unite n. 42093 del 31 dicembre 2021, aveva rigettato la tesi dell'utilità in concreto e sostenuto, in ossequio alla tesi dell'utilità in astratto, che l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione comportasse *de plano* l'attribuzione della prededuzione, sussistendo un rapporto di funzionalità[57]. Il Codice della crisi ha fatto definitiva chiarezza, rendendo l'omologazione un prerequisito indefettibile ai fini del riconoscimento della prededuzione.

La lettera b) menziona altresì i piani di ristrutturazione soggetti a omologazione, introdotti con la novella del giugno 2022 all'articolo 64-bis. Per ciò che strettamente rileva in questa sede, essi consistono in una proposta di

[57] Cfr. Cassazione civile, Sentenza n. 1182 del 18/01/2018.

soddisfacimento dei debiti rivolta ai creditori suddivisi in classi senza che questa debba necessariamente rispettare l'ordine dei privilegi, e fatto salvo l'obbligo di soddisfazione integrale dei lavoratori in tempi ristretti (trenta giorni dall'omologazione). L'omologazione è deliberata dal tribunale con sentenza soltanto in caso di unanimità delle classi. In ogni caso, un professionista deve attestare la veridicità dei dati e la fattibilità del piano.

L'assimilazione nel trattamento tra accordi di ristrutturazione e piano di ristrutturazione soggetti ad omologazione è perfettamente coerente con la dimensione ontologica di tali istituti. Si è già visto (paragrafo 6.3.) che, secondo il più recente orientamento della Suprema Corte, tre sono gli elementi decisivi ai fini della riconduzione di una determinata procedura nell'area della concorsualità: - il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria, in chiave protettiva e di controllo; - il coinvolgimento di tutti i creditori, quantomeno a livello informativo; - l'esistenza di una qualche forma di pubblicità. Tutti questi elementi sono presenti non solo nel procedimento di omologazione degli accordi di ristrutturazione, ma anche in quello di omologazione del piano di ristrutturazione; e infatti: - il tribunale viene coinvolto sia ai fini della conferma o revoca delle misure di protezione (e dell'adozione delle misure cautelari), sia in sede di omologa; - tutti i creditori sono informati e possono esprimere un voto; - la domanda di accesso, così come la sentenza di omologazione, sono pubblicati nel registro delle imprese.

### 7.4. I crediti professionali sorti in funzione delle domande di concordato preventivo (lettera c)

Passando alla lettera c), come si accennava, anche in questo caso il Codice si è posto in continuità con la più recente giurisprudenza di legittimità e, segnatamente, con l'arresto delle Sezioni Unite del 31 dicembre 2021, sul quale ci si è abbondantemente soffermati *supra* (paragrafo 6.2.). Per il vero, il lungo periodo di degenza del Codice prima della sua vera e propria entrata in vigore ha favorito il fenomeno inverso, vale a dire l'adozione di interpretazioni ispirate al Codice e sostanzialmente anticipatorie dello stesso[58]. Ed infatti le stesse Sezioni Unite, quasi a completamento del proprio ragionamento, hanno attinto a piene mani alla disciplina del Codice, assurto a canone ermeneutico effettivo a dispetto della lunga *vacatio legis*.

[58] Su tale *modus operandi* (per il vero ondivago) della Suprema Corte si veda S. Ambrosini, *Il ricorso "a corrente alternata" alla continuità normativa fra legge fallimentare e codice della crisi: la diversa (dubbia) soluzione adottata dalle Sezioni Unite*, in www.ristrutturazioniazionali.it, 17 marzo 2022.

In buona sostanza, dunque, anche in base al (e anzi dovrebbe forse dirsi grazie al) Codice della crisi il professionista che abbia assistito l'imprenditore nella predisposizione della domanda di concordato e nella formazione di proposta e piano in tanto può aspirare al rango prededucibile in quanto venga superata la soglia dell'apertura.

Tale soluzione, se da un lato ha riscosso plausi principalmente ispirati all'anelito di certezza del diritto[59] (principio cardine di qualunque ordinamento democratico e liberale[60]), dall'altro lato non ha invece trovato il favore di altre voce dottrinarie, a parere delle quali il carattere eccessivamente tranciante della soluzione adottata finisce per tradursi in un'ingiustizia sostanziale, oltre a rischiare di determinare implicazioni pratiche contrarie alle stesse aspirazioni del legislatore. Più nel dettaglio, è stato rilevato che in questo modo la prestazione del professionista finisce per subire una mutazione genetica, trasformandosi da obbligazioni di mezzi ad obbligazione di risultato, senza peraltro attentamente soppesare il fatto che l'attività preparatoria di proposta e piano sarebbe pressoché sempre di utilità funzionale per il ceto creditorio in caso di fallimento, venendo agevolato il lavoro del curatore nella disamina della contabilità aziendale, e il fatto che la non ammissione potrebbe dipendere da fattori del tutto estranei all'attività professionale. Inoltre, si è fatto notare che addossare esclusivamente sui professionisti il rischio della mancata ammissione del concordato può avere il riflesso di scoraggiare avvocati e commercialisti dall'ausiliare un imprenditore in difficoltà e alla ricerca di una delle soluzioni alla crisi aziendale alternative all'esito liquidatorio; soluzioni rispetto alle quali, come noto, il legislatore delle ultime riforme ha espresso un chiarissimo *favor*[61].

L'argomento secondo il quale, nell'assetto codicistico, l'obbligazione del professionista perderebbe i suoi connotati tipici (di mezzi e non di risultato) ci

---

[59] In questo senso G.B. Nardecchia, *La prededuzione secondo le Sezioni Unite*, cit., p. 374 e seguente. Sebbene in maniera più sfumata, ci pare favorevole anche il giudizio di F. Casa, *La "quadratura del cerchio"; note minime su una sentenza importante (Cass. Sez. Un., 31 dicembre 2021, n. 42093)*, cit.

[60] Sul tema si vedano (almeno) F. Lopez De Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffré editore, 1968 (ed. orig. 1942); M. Corsale, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, Giuffré editore, 1979; A. Pizzorusso, *voce "Certezza del diritto"*, in Enc. giur. Treccani, v. VI, 1990; C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffré editore, 1999; G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005.

[61] Per tutti questi rilievi si veda soprattutto M. Greggio, *La prededuzione dei compensi dei professionisti secondo le Sezioni Unite: per la certezza si rischia l'ingiustizia?*, cit. Condivide queste critiche anche P. Bosticco, *L'impervia (e sdrucciolevole) via per il riconoscimento dei compensi professionali nell'ambito delle procedure alternative*, in *Ilfallimentarista.it*, f. 4, 4 aprile 2022.

pare poco persuasivo. Come altrove già rilevato[62], infatti, tale approccio sembra confondere due piani tra di loro distinti, vale a dire quello del corretto adempimento della prestazione (che refluisce sul diritto al pagamento o, quantomeno, sul *quantum debeatur*) e quello dell'attribuzione di una preferenza processuale nella fase di soddisfacimento del credito in sede concorsuale. Sul punto anche la sentenza delle Sezioni Unite – che, come già detto, descrive la *ratio* sottesa alla regola impressa nel Codice – pare sufficientemente chiara. L'ammissione, infatti, non è il risultato minimo preteso dal professionista perché la sua prestazione possa considerarsi diligente ai sensi dell'art. 1176 del codice civile; a prescindere dal carattere diligente o meno della prestazione, l'apertura della fase procedurale che conduce all'adunanza dei creditori rappresenta lo *step* minimo perché la causa del concordato possa dirsi soddisfatta, e con essa – di riflesso – la preferenza processuale che la legge assegna al credito "funzionale"[63].

Per quanto concerne le altre considerazioni critiche, se da un lato sembra dover essere ridimensionato lo spauracchio dello scoraggiamento che il nuovo assetto normativo potrebbe produrre nei confronti dei professionisti, dall'altro lato non può mancarsi di osservare che, nel contesto della crisi d'impresa, la coperta – come suole dirsi – è sempre corta e, pertanto, su qualcuno dei creditori (vecchi o nuovi) il rischio di illiquidità deve necessariamente cadere. Ecco, in siffatto contesto non pare avventato affermare che la pur tranciante regola dettata dal Codice risponda a un criterio di ragionevolezza laddove privilegia i crediti nascenti dall'ordinaria attività aziendale rispetto a quelli nati nel bel mezzo della tempesta al solo scopo di portare la nave in salvo o, comunque, di ridurre i danni, ancorando la soddisfazione di quest'ultimi al raggiungimento di uno *standard* di utilità minimo per i primi[64].

---

[62] F. Pani, *Il credito prededucibile del professionista tra novità normative e giurisprudenziali*, cit., pagina 15 e seguente.

[63] Come scrive F. Casa, *La "quadratura del cerchio"; note minime su una sentenza importante (Cass. Sez. Un., 31 dicembre 2021, n. 42093)*, cit., p. 7, «in questo senso le Sezioni Unite insistono sull'"utilità ex ante", non tanto in opposizione alla utilità concreta, ma quale possibilità di connotazione della causa del contratto professionale. Tutto ciò non ha nulla a che vedere con una possibile obbligazione di risultato, poiché questo non è eletto a criterio dell'adempimento, ma con la costituzione di un particolare rapporto professionale, la cui causa inerisce a quella della procedura concorsuale cui esso è intimamente collegato».

[64] Il tema dell'allocazione del rischio da illiquidità, sotto lo specifico angolo visuale del riparto dell'attivo, è stato affrontato anche in F. Pani, *Prededuzioni e riparto: il rebus dei criteri di distribuzione in presenza di garanzie reali*, cit.

7.5. I crediti professionali sorti in funzione della richiesta di misure protettive

La lettera b) accomuna alla fattispecie del professionista la cui prestazione è orientata verso la proposizione di un accordo di ristrutturazione o di un piano di ristrutturazione soggetto a omologazione anche la prestazione strumentale alla richiesta delle misure protettive.

Giova al riguardo premettere che quest'ultima richiesta può innestarsi in due diversi segmenti procedimentali.

Il primo è quello della composizione negoziata, che precede il ricorso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (articolo 18). Il secondo segmento è quello che si apre con la domanda di accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza promossa dal debitore stesso, disciplinata dagli articoli 40, comma 3, 54 e 55.

Ciò posto, la specifica collocazione di tali crediti nella sola lettera b) obbliga a perimetrare in maniera piuttosto netta l'ambito di applicazione della fattispecie. Ed infatti i crediti professionali in questione possono giovare della prededuzione soltanto «a condizione che gli accordi o il piano siano omologati». Pare dunque certo che gli unici crediti professionali che possono (autonomamente) aspirare alla prededuzione sono quelli concernenti richieste di misure protettive inserite all'interno di domande volte non già all'accesso di tutti gli strumenti di regolazione delle crisi e dell'insolvenza, ma soltanto dell'accordo di ristrutturazione e del piano di ristrutturazione. Detto ancora in altre parole, dal momento che la stessa previsione non è ripetuta nella lettera c), che – come visto – disciplina le prestazioni strumentali alla domanda di concordato preventivo, è assolutamente indubbio che in quest'ultimo caso, benché sia perfettamente possibile (ed anzi per certi versi fisiologico) che l'avvocato chieda anche la concessione di misure protettive, non vi sia spazio per la prededuzione.

È obiettivamente poco comprensibile questa scelta del legislatore. Se, infatti, la diversità di trattamento tra la fattispecie di cui alla lettera b) e quella della richiesta di applicazione di misure protettive in seno alla composizione negoziata può trovare giustificazione nella diversità ontologica degli strumenti coinvolti (delle procedure concorsuali, da un lato, e una fase trattativa stragiudiziale che prevede episodicamente l'intervento del giudice, dall'altro lato), invece non appare ragionevole che le richieste di misure protettive strumentali rispetto ai concordati preventivi non valgano tanto quanto quelle funzionali agli accordi di ristrutturazione e ai piani di ristrutturazione.

Ad ogni modo, come anticipato, anche in questo caso la prededuzione si stabilizza soltanto in caso di omologazione.

Riproduzione riservata 

7.6. La riduzione forfetaria del 75%: una misura davvero utile?

Le fattispecie disciplinate dalle lettere b) e c), fin qui sviscerate, si segnalano anche per un ulteriore aspetto, slegato dalla nozione di prededuzione ma indubbiamente collegato al principio di economicità che proprio la (nuova) disciplina dei crediti prededucibili sarebbe destinata a soddisfare. Ed infatti il legislatore ha previsto che i professionisti, in caso di (rispettivamente) ammissione/omologazione godono sì della prededuzione, ma «nei limiti del 75% del credito accertato». È insomma previsto un taglio forfetario del compenso, almeno all'apparenza rispondente all'opportunità che il vantaggio di cui i professionisti beneficiano a livello procedurale (vale a dire l'essere pagati prima di tutti gli altri creditori) venga controbilanciato da una riduzione delle pretese sul piano quantitativo.

*Prima facie* sembrerebbe legittimo dubitare dell'utilità di una simile previsione. Ed infatti nulla osta a che i professionisti, ben consci della decurtazione *ex lege*, si premurino di concordare con il debitore-mandante un compenso più alto di quello che, normalmente, avrebbero preteso, magari inserendo nell'incarico una *success fee* legata, per l'appunto, all'evento dell'ammissione/omologazione. In dottrina, tuttavia, è stato ipotizzato che un simile rischio possa essere sventato grazie all'attività di «accertamento» del tribunale. Più precisamente, è stato rilevato che l'utilizzo da parte del legislatore del participio «accertato» non sarebbe casuale e presupporrebbe una qualche verifica da parte del giudice delegato sull'ammontare del compenso[65].

Non ci sembra, tuttavia, che l'utilizzo – invero un po' sfortunato – di tale termine autorizzi una conclusione tanto ardita, se non altro perché né l'una (concordato preventivo) né l'altra (accordo di ristrutturazione) procedura conoscono una fase di «accertamento» dei crediti, men che meno di natura prededucibile. Si intende con ciò dire che il tribunale assai difficilmente potrebbe sindacare l'ammontare dei compensi predeterminato dal ricorrente con il professionista, essendo rimessa ai creditori in sede di votazione ogni valutazione sulla ragionevolezza ed opportunità dell'ammontare.

Diverso, ovviamente, si presenta lo scenario nel contesto della liquidazione giudiziale. In tal caso, infatti, deve ritenersi che il giudice delegato possa non solo sindacare l'ammontare del compenso, escludendolo se ritenuto eccedentario rispetto alla prestazione concretamente svolta, ma finanche

[65] Per questa ipotesi si vedano M. Serra, *Consecuzione tra procedure di concordato preventivo e prededuzione dei crediti dei professionisti. Il sigillo della Suprema Corte*, in *Banca Borse Titoli di Credito*, 2021, f. 4, p. 537 e seguenti, ultimo paragrafo, e P. Bosticco, *L'impervia (e sdrucciolevole) via per il riconoscimento dei compensi professionali nell'ambito delle procedure alternative*, cit., p. 10.

intaccare il credito nel suo complesso accogliendo l'eccezione di inadempimento del professionista. Ci muoviamo qui in un terreno diverso ed alternativo rispetto alla prededuzione, come ben spiegato dalle Sezioni Unite del 31 dicembre 2021 a parere delle quali «al rimedio civilistico viene [così] affidato frequentemente l'intento di evitare che pretese di credito sproporzionate o improduttive, a formazione negoziale non controllata né dai creditori, né dal giudice, gravino sull'attivo della procedura liquidatoria finale, nonostante la manifesta inutilità della prima procedura o della sua prosecuzione o anche il carattere fraudatorio dell'iniziativa del debitore, cui non era estraneo chi l'assisteva»[66].

Il vero è – come già segnalato altrove[67] – che l'unico modo per calmierare i compensi dei professionisti direttamente nel contesto concordatario onde evitare che gli stessi cadano in maniera troppo gravosa sugli altri creditori sarebbe quello di limitare il numero di professionisti nominabili dal debitore (chiaramente in funzione della complessità della crisi, valutabile sulla base dei dati di bilancio), nonché quello di regolamentare i compensi attraverso apposite tabelle. Un simile intervento, certamente incisivo nell'ambito di un sistema improntato alla libera concorrenza, sarebbe giustificato dall'esigenza di bilanciare i vari interessi contrapposti, e in particolar modo quello dei creditori più sensibili, tutelati dal privilegio di cui all'art. 2751-bis del codice civile.

### *7.7. I crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi (lettera d)*

La lettera d) dell'articolo 6 è sicuramente quella che, più di tutte, si pone in diretta continuità con la disciplina normativa previgente. Già la legge

[66] È per questa ragione che, diversamente da quanto pur sostenuto altrove (si allude a F. Pani, *Il credito prededucibile del professionista tra novità normative e giurisprudenziali*, cit., p. 18), deve condividersi l'opinione di quanti hanno affermato che la prededuzione prevista dall'articolo 6 non venga travolta dall'eventuale pronuncia di revoca dell'ammissione. La presunzione congegnata dall'articolo 6, infatti, è assoluta, e semmai la revoca può costituire la spia di un'attività tutt'altro che diligente (se non addirittura fraudolenta) da parte del professionista, con conseguente onere del curatore dell'eventuale liquidazione giudiziale successiva alla revoca di eccepire l'inadempimento. Per tale posizione si vedano già A. Napolitano, *La prededuzione per funzionalità del credito del professionista*, in *Diritto della crisi*, 2021, n. 1, p. 56 e G.B. Nardecchia, *La prededuzione dei professionisti nel concordato preventivo*, in *Il fallimento*, 2020, f. 2, p. 181.

[67] Si rinvia nuovamente a F. Pani, *Il credito prededucibile del professionista tra novità normative e giurisprudenziali*, cit., p. 17 e seguenti.

fallimentare, infatti, fa riferimento ai crediti «legalmente sorti» nel corso delle procedure concorsuali e, segnatamente, nel corso del concordato preventivo (articolo 161, comma 7). Nel Codice la regola viene peraltro ribadita, proprio per il concordato preventivo – là dove è destinata a trovare maggiore attuazione – all'articolo 46, comma 4.

Il riferimento alla «legalità» degli atti dai quali possono sorgere i crediti prededucibili presuppone la distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione. Si intende con ciò dire che "legalmente compiuto" è solo l'atto di ordinaria amministrazione o anche quello di straordinaria amministrazione purché, tuttavia, l'imprenditore abbia ottenuto la necessaria autorizzazione da parte del tribunale o del giudice delegato (si vedano gli articoli 46, comma 1, e 94, comma 2).

È indubbio che le coordinate distintive degli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione tracciate dalla Suprema Corte potranno trovare applicazione anche sotto il regime del Codice. Conferma si ricava dal fatto che l'art. 46, comma 2, sancisce che «la domanda di autorizzazione contiene idonee informazioni sul contenuto del piano»; prescrizione nella quale si ode distintamente l'eco della sentenza n. 14713 del 2019 della Corte di Cassazione e del suo richiamo all'esigenza di adeguata *discovery*.

Se l'attribuzione del rango prededucibile agli organi preposti alle procedure concorsuali appare finanche ovvio, può sottolinearsi come l'attribuzione della prededuzione alle «prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi» abbia fatto proprio quell'orientamento giurisprudenziale che, nel tentativo di perimetrare il concetto di «occasionalità», fa leva sulla necessità che vi sia un «implicito elemento soggettivo», ossia una correlazione della prestazione svolta con gli organi della procedura concorsuale.

A ben vedere l'orientamento al quale si è appena fatto riferimento è sorto per tracciare i contorni della «occasionalità» non solo durante la procedura concordataria (che, come noto, culmina con il provvedimento di omologa), ma anche nella fase strettamente esecutiva del concordato[68]. Si è già segnalato che una parte della dottrina si è già espressa in maniera dubitativa circa la possibilità di associare la prededucibilità ai crediti sorti nella fase esecutiva del concordato mancando un'espressa disposizione in tal senso nella legge fallimentare. L'osservazione è stata ribadita con maggior forza in relazione al Codice che, per l'appunto, perimetra la prededuzione agli atti legalmente sorti nel corso della

[68] Si veda *supra* il paragrafo 6.5.

procedura concorsuale; procedura che, in ambito concordatario, pacificamente si conclude con il provvedimento di omologazione[69].

Non v'è alcun dubbio che sarebbe stato opportuno che il legislatore avesse approfittato dell'introduzione del Codice per fare chiarezza sulla questione, o dando una copertura normativa ad uno dei due sotto-filoni affacciatisi nella prima sezione della Suprema Corte e sui quali è già avuto modo di soffermarsi, oppure negando espressamente riconoscimento alla giurisprudenza corrente. Non è comunque avventato immaginare che, in continuità con il passato, anche sotto il vigore del Codice la giurisprudenza prediligerà un'interpretazione estensiva di «procedura concorsuale», ricomprendendovi anche la fase esecutiva del concordato, così da far abbracciare la categoria della prededuzione anche i «crediti legalmente sorti» in esecuzione del piano omologato[70].

7.8. Altre prededuzioni tipiche

Come accennato in sede di inquadramento generale, il legislatore ha preferito sostituire il binomio occasionalità-funzionalità (a vocazione aperta) con macro-fattispecie di crediti funzionali ed occasionali tipiche, fin qui esaminate. Tali macro-fattispecie, però, si sommano ai crediti espressamente qualificati dalla legge come prededucibili, nel senso che, in perfetta continuità con la legge fallimentare, anche il Codice ha fatto salve le prededuzioni tipiche disseminate nel Codice.

In questa sede sarebbe ozioso passare in rassegna tutti crediti prededucibili contemplati dal Codice, ma certo non ci si può esimere dall'affrontare le ipotesi più rilevanti o in qualche misura problematiche, anche alla luce delle novità che il nuovo *corpus* normativo presenta rispetto alla legge fallimentare.

Dal primo punto di vista, merita segnalare che il Codice ha sostanzialmente confermato tutte le ipotesi di finanziamento prededucibile strumentali rispetto ai concordati preventivi e agli accordi di ristrutturazione. Più nel dettaglio: - l'articolo 99, commi da 1 a 4, contempla i finanziamenti interinali e urgenti previsti dall'articolo 182-*quinquies*, comma da 1 a 4, della legge fallimentare; - l'articolo 99, comma 5, riproduce l'articolo 182-*quater*, comma 2, della legge fallimentare (c.d. finanziamenti ponte); - l'articolo 100, comma 1, esattamente come l'art. 182-*quater*, comma 1, della legge fallimentare, attribuisce la

[69] In questi termini, L. Panzani, *Ancora sulla prededuzione dei crediti sorti in esecuzione del concordato preventivo*, cit., p. 940, nonché G.B. Nardecchia, *La prededuzione e la lesione della par condicio creditorum*, cit., p. 558.

[70] Pare esprimersi in questo senso V. Zanichelli, *Prededuzione dei crediti tra interpretazioni attuali (incerte) e possibili soluzioni future*, cit., p. 559.

prededuzione ai finanziamenti in esecuzione del piano o di un accordo omologati; - infine, l'articolo 102 conferma la prededuzione ai finanziamenti dei soci, già disciplinata dall'articolo 182-*quater*, comma 3. Nel mezzo di questo insieme di conferme si colloca un interessante elemento di novità che riguarda tutti i finanziamenti suddetti (eccezion fatta per quelli dei soci). È stato infatti prevista la caducazione del beneficio della prededuzione qualora risulti (congiuntamente) che: a) il ricorso o l'attestazione contengono dati falsi ovvero omettono informazioni rilevanti o comunque quando il debitore ha commesso altri atti in frode ai creditori per ottenere l'autorizzazione; b) il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, erano a conoscenza di tali circostanze (si vedano gli articoli 99, comma 6, e 101, comma 2).

Dal secondo punto di vista, un *focus* lo merita certamente la composizione negoziata. Come già altrove accennato[71], la prededuzione spetterà non soltanto all'OCC (articolo 6, comma 1, lettera a), ma anche alla figura dell'esperto secondo quanto stabilito dall'articolo 25-ter, comma 12. La composizione negoziata, tuttavia, può prevedere il coinvolgimento di altre figure professionali, rispetto alle quali manca un'espressa qualificazione in termini di prededucibilità. Si allude, in particolare: a) all'ausiliario di cui il tribunale può avvalersi nel corso dell'istruttoria finalizzata alla concessione delle misure protettive e cautelari (articolo 19, comma 4) o delle autorizzazioni all'erogazione di finanziamenti prededucibili (articolo 22, comma 2); b) all'ausiliario nominato dal tribunale per rendere un parere sulla proposta di concordato semplificato (articolo 25-*sexies*, comma 3); c) al liquidatore nominato dal tribunale con il decreto di omologa del concordato semplificato (articolo 25-*septies*, comma 1).

Orbene, l'ausiliario di cui alla lettera a) è in tutto e per tutto assimilabile al consulente tecnico d'ufficio, il cui compenso viene liquidato dall'autorità giurisdizionale ma va riscosso da parte del professionista direttamente nei confronti delle parti in causa. Se certamente il credito derivante dalla prestazione resa sarà assistito dal privilegio di cui all'articolo 2751-*bis* del codice civile, può seriamente dubitarsi che vi sia uno spazio per l'attribuzione dell'ulteriore precedenza della prededuzione. Per quanto riguarda, invece, le altre due figure, i connotati di concorsualità propri del concordato semplificato sembrano poter ricondurre tali fattispecie nell'alveo della lettera d) del comma 1 dell'articolo 6; sempreché – almeno per quanto riguarda l'ausiliario, il cui ruolo pare accostabile, pur con non poche approssimazioni, a quello del

[71] Si veda il paragrafo 7.2.

commissario giudiziale – le figure medesime vengano parificate a tutti gli effetti a degli «organi preposti» alla procedura concorsuale[72].

7.9. Le prededuzioni escluse

Così descritto il ventaglio delle prededuzioni riconosciute dal Codice, non resta che concludere segnalando quali sono le prededuzioni che, nel nuovo assetto, non trovano riconoscimento.

In alcuni casi, per il vero, il Codice non fa altro che confermare quanto già affermato dalla giurisprudenza sotto il vigore della legge fallimentare. Si allude, in particolar modo, al credito dei professionisti in varia guisa coinvolti nell'ambito del piano attestato di risanamento (articolo 56) che, come già visto[73], a differenza degli accordi di ristrutturazione (ma, oggi, anche del piano di ristrutturazione), risulta privo dei connotati della concorsualità.

In altri casi, invece, l'entrata in vigore dell'articolo 6 ha effetti più dirompenti. In primo luogo, viene in interesse la posizione del professionista che abbia assistito l'imprenditore nella predisposizione della domanda di liquidazione giudiziale (in proprio). L'attuale assetto della giurisprudenza di legittimità[74] si è infatti attestato nel senso di riconoscere il rango prededucibile al credito del professionista che abbia assistito il debitore nella preparazione della documentazione per la proposizione dell'istanza di fallimento in proprio, qualificandolo come credito sorto «in funzione» della procedura fallimentare. La scomparsa della prededuzione atipica, invece, non può che "confinare" il credito del professionista nell'alveo del comune privilegio, senza nessuna preferenza procedurale.

Del pari, la prededuzione non potrà più essere riconosciuta al creditore che abbia occasionato la dichiarazione di apertura della liquidazione (giudiziale o controllata) per le spese legali sostenute in sede giudiziale. Per il vero il riconoscimento di tale rango è tutt'altro che pacifico[75], ma una parte della

[72] Pare propendere per questa soluzione, peraltro distinguendo nettamente la figura di questo "ausiliario" da quello previsto nelle ipotesi di cui alla lettera a), G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, cit., p. 23 e seguenti. Esclude, invece, la qualifica di organo della procedura all'ausiliario S. Leuzzi, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 9 novembre 2021, p. 15.

[73] Si rinvia al paragrafo 6.3.

[74] Cfr. da ultimo Cassazione civile, Ordinanza n. 25313 del 20/09/2021.

[75] Invero, la Suprema Corte, in un vecchio arresto finanche antecedente alle riforme del 2006-2007 (Cassazione civile, Sentenza n. 6787 del 2000) ma poi nuovamente più di recente (Cassazione civile, Sentenza n. 26949 del 23/12/2016), sulla base dell'assimilazione tra il fallimento e l'esecuzione individuale, affermò che il creditore istante, per le spese legali

giurisprudenza di merito[76] è solita ammetterlo. La scomparsa della prededuzione atipica, invece, elimina in radice tale possibilità.

Si è poi già ampiamente concluso che la prededuzione non sarà riconosciuta a nessuno dei professionisti (avvocato, commercialista, attestatore) che abbiano assistito l'imprenditore nella predisposizione di accordi o piano ristrutturativi non omologati[77] o di concordati preventivi non omologati[78], così come il professionista che assista l'imprenditore nel corso della composizione negoziata, quantomeno qualora essa sfoci in un accordo/piano privo dei connotati della concorsualità oppure nel concordato semplificato. Inoltre, non potranno godere della prededuzione i professionisti che abbiano assistito l'imprenditore o il consumatore nella predisposizione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o della domanda di concordato minore[79].

## 8. La consecuzione tra procedure

Come già accennato, l'ultimo punto toccato dall'articolo 6 del Codice è quello che concerne la c.d. consecuzione tra procedure. Trattasi di un tema il cui respiro va ben oltre la sola categoria della prededuzione, ma che, tuttavia, ha avuto una grande importanza nell'evoluzione dell'elaborazione giurisprudenziale *in subiecta materia*. Come si è ampiamente illustrato, infatti, i nodi più intricati da sciogliere si sono formati nell'ambito delle procedure concorsuali minori, e segnatamente nell'alveo del concordato preventivo (nelle sue multiformi versioni). In quei contesti la prededuzione può assumere certamente un rilievo nello scrutinio di fattibilità giuridica del piano, ma assai di rado si prospetta come un profilo a tal punto problematico da richiedere l'intervento del tribunale. Il contesto nel quale, invece, il problema della prededuzione si è presentato come un vero e proprio "nervo scoperto" è quello delle verifiche del passivo fallimentari, sfociate (fatalmente) in opposizioni allo stato passivo e, quindi, in ricorsi per cassazione. E ciò è stato possibile, per l'appunto, in virtù del principio della consecuzione, che ha determinato il

sostenute, avrebbe diritto alla collocazione in privilegio ai sensi degli artt. 2755 e 2770 del codice civile.

[76] Si veda, tra le tante, Tribunale di Milano del 23 novembre 2017, pubblicata nel sito www.ilcaso.it.

[77] Paragrafo 7.3.

[78] Paragrafo 7.4.

[79] Paragrafo 7.2.

"trascinamento" dei crediti formatisi «in funzione o in occasione» di procedure concorsuali antecedenti al fallimento proprio nel passivo fallimentare.

Non è ovviamente questa la sede per approfondire tutti i risvolti applicativi della consecuzione. Per ciò che strettamente qui rileva basti evidenziare che, secondo l'attuale assetto giurisprudenziale, affinché possa riconoscersi la *consecutio procedurarum* è necessario verificare se le procedure coinvolte abbiano affrontato la stessa situazione di crisi; detto altrimenti, occorre valutare «partendo da un dato cronologico per passare, poi, ad una valutazione di carattere giuridico e/o economico, se l'imprenditore, nell'eventuale iato temporale fra le procedure susseguitesi fra loro, sia intervenuto fattivamente nella gestione dell'impresa ed abbia variato la consistenza economica del suo stato di dissesto in maniera sostanziale, introducendo elementi di rilevante difformità rispetto alla situazione in precedenza apprezzata dagli organi giudiziari»[80]. Circa la rilevanza del «dato cronologico», cui pure la pronuncia sopra citata fa riferimento, è opportuno segnalare che un'analisi approfondita della giurisprudenza di legittimità mostra come, laddove si sia fatto riferimento alla rilevanza dello iato temporale tra le procedure (per esempio Cass. 16 aprile 2018 n. 9290 e Cass. 26 giugno 1992 n. 8013), si è inteso soltanto presumere che la distanza cronologica possa aver ragionevolmente determinato una variazione della situazione di crisi. Ne consegue che l'elemento portante nell'accertamento della consecuzione è e resta l'identità del contesto di dissesto affrontato[81].

Relativamente alle procedure coinvolte dal fenomeno della prededuzione, costituisce ormai acquisizione assolutamente pacifica che la consecuzione riguarda non soltanto la successione tra concordato preventivo e fallimento, ma anche tra altre procedure concorsuali e fallimento e, infine, anche tra procedure concorsuali diverse dal fallimento[82].

L'articolo 6, comma 2, senza ombra di dubbio fa propria l'idea della consecuzione come «un fenomeno generalissimo» – per usare un'espressione utilizzata proprio dalla Suprema Corte – che abbraccia, cioè, tutte le procedure concorsuali. Ciò significa che la prededuzione maturata nell'ambito del concordato preventivo, dell'accordo di ristrutturazione o anche del piano di

[80] In questi termini si è espressa Cassazione civile, Sentenza n. 15724 del 11/06/2019.

[81] Per questa chiave di lettura si vedano M. Serra, *Consecuzione tra procedure di concordato preventivo e prededuzione dei crediti dei professionisti. Il sigillo della Suprema Corte*, cit. e G. Carmellino, *Nuove questioni (ma non troppo) sull'applicazione del principio della consecuzione delle procedure: post hoc, ergo propter hoc (oppure no?)*, cit., p. 806.

[82] Si veda l'ottima sintesi contenuta nella motivazione della già menzionata sentenza n. 15724/2019.

ristrutturazione soggetti ad omologazione potrà transitare o in una successiva procedura concorsuale minore o – invero più frequentemente – nella liquidazione giudiziale.

V'è da segnalare che il comma secondo, nel tracciare i contorni della *consecutio procedurarum*, non pare subordinarne gli effetti alla continuità della situazione di crisi affrontata dalle procedure volta per volta succedutesi, tanto da far sostenere ad autorevole dottrina che quello descritto dal legislatore sia un fenomeno diverso – e sostitutivo – della consecuzione coniata dalla giurisprudenza nel corso dei decenni[83]. Ci pare che tale conclusione non sia particolarmente convincente, se non altro perché scarsamente compatibile con la *ratio* complessiva che ispira l'articolo 6, vale a dire quella di assicurare l'economicità delle procedure concorsuali. Invero, immaginare che il legislatore abbia inteso sposare un principio di pura e semplice successione della prededuzione tra procedure, senza alcun vaglio di effettiva consecuzione, esporrebbe il ceto creditorio a rischi rilevantissimi di mancato soddisfacimento proprio a cagione della zavorra prededucibile prodotta da una o più procedure concorsuali antecedenti.

Da ultimo merita osservare che con il Codice il fenomeno del "travaso" delle prededuzioni riguarderà non soltanto due (o più) procedure concorsuali che si pongono in continuità tra di loro, ma anche le procedure concorsuali che siano state precedute dalla composizione negoziata (pacificamente priva dei connotati della concorsualità). Ed infatti gli articoli 24 e 25-*quater*, comma 6, sanciscono la regola per la quale i finanziamenti autorizzati ai sensi dell'articolo 22, connotati da prededucibilità, «conservano i propri effetti» nelle procedure concorsuali in cui dovessero sfociare le trattative (infauste) condotte sotto l'egida dell'esperto.

[83] V. Zanichelli, *Prededuzione dei crediti tra interpretazioni attuali (incerte) e possibili soluzioni future*, cit., p. 559.

# LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA DI FRONTE ALLA EMERSIONE DELLA CRISI, TRA TUSP E CC.II.

ALIDA PALUCHOWSKI

**Sommario**: 1. Le società a partecipazione pubblica e le problematiche tradizionali con riferimento alla crisi di impresa; 1.1. Il T.U. n. 175 del 2016, il suo correttivo d.lgs n. 100 del 2017 e le società a partecipazione pubblica in crisi; 1.2. I piani speciali di risanamento e di ristrutturazione del T.U.; 1.3. Il possibile rapporto fra i piani del T.U. S.P. e gli istituti del CC.II. (La composizione negoziata ed i piani attestati o fondanti l'accordo di ristrutturazione); 1.4. La sottoposizione delle società pubbliche a concordato preventivo, fallimento ed amministrazione straordinaria ex art. 14 del d.lgs 175 del 2016. Cenni.

**Abstract**: il tema dell'applicabilità alle società a partecipazione pubblica delle procedure concorsuali è stata a lungo dibattuto. Il presente lavoro indaga riguardo possibilità di accesso, per tutte le società a partecipazione pubblica, al concordato preventivo. Un cenno è dedicato alla possibile connessione fra i piani del T.U.S.P. e gli istituti del CCII.

**Parole chiave**: società pubbliche, crisi d'impresa, piani di ristrutturazione, concordato preventivo, amministrazione straordinaria.

**Abstract**: the theme of the application of the insolvency proceedings to the public companies has long been debated. The present work investigates the possibility to access, for all public companies, to the arrangement with creditors. A nod is dedicated to the possible connection between the "Single Text on the

Public Companies" (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) and the Italian Insolvency Code (Codice della Crisi d'impresa) institutions.

**Keywords**: public companies, business crisis, restructuring plans, arrangement with creditors, extraordinary administration.

## 1. Le società a partecipazione pubblica e le problematiche tradizionali con riferimento alla crisi di impresa.

Le società partecipate dalle amministrazioni pubbliche sono molto numerose in Italia soprattutto nel comparto delle amministrazioni locali e nel tempo vi sono stati numerosi interventi per razionalizzare il settore, per aumentarne la trasparenza, per ridurre il numero di tali partecipate soprattutto con lo scopo di contenere la spesa pubblica[1]. L'utilizzazione delle società a partecipazione pubblica e a controllo pubblico per effettuare la gestione di servizi di interesse generale per la collettività in diversi casi è risultata una prassi virtuosa ed ha risposto a criteri di economicità e di buon funzionamento, per i comuni però, statisticamente ha costituito più frequentemente una modalità per "aggirare" i vincoli imposti alla gestione delle risorse pubbliche ed ha determinato così l'insorgere di numerosi casi di inefficienza o di ingenti perdite economiche, tanto che l'esigenza di una riforma fin dal 2006 si è affermata con insistenza. Uno dei fini perseguiti ed auspicati dalla riforma invocata, tra l'altro, era quello di evitare delle distorsioni della concorrenza nel mercato all'affermarsi della libertà dello stesso e della parità e reciprocità di condizioni fra le imprese dei paesi appartenenti all'Unione Europea [2]). Dal punto di vista numerico la realtà delle partecipazioni è certamente imponente. Nel rapporto Istat del 30 dicembre 2020 emerge che le società partecipate pubbliche attive nel 2018 erano 6.085, operanti nel settore dell'industria e dei servizi con un totale di 887.059 addetti. Le partecipate locali erano 4240 ed impiegavano 415.243 addetti. Le imprese a controllo pubblico erano 3585, con un totale di 587.890 addetti e una dimensione media di 164 addetti pro capite.

---

[1]) Si veda il dossier: Ricognizione degli assetti organizzativi delle principali società a partecipazione pubblica del Servizio per il controllo parlamentare. Camera dei deputati servizio studi, XVIII legislatura.

[2]) In tal senso; di M.V. FERRONI, L*e procedure concorsuali del testo unico delle società a partecipazione pubblica*, NOMOS, 2-2020.

L'importanza del fenomeno è collegata anche alla osservazione che al loro interno le società a controllo pubblico contengono le c.d. società *in House providing*, [3], che possono essere esclusivamente società di capitali, in genere sempre s.p.a., ed esercitano su incarico dell'ente pubblico, direttamente o in direttamente, tramite affidamento, attività tipiche dell'ente che possono essere sia produttive sia strumentali. Costituiscono una modalità possibile di organizzazione dell'ente che deve perseguire la razionalità, l'efficienza e la economicità, come principio di buona amministrazione costituzionalmente sancito e in questa prospettiva può scegliere di erogare sia servizi di gestione interna che in favore dei cittadini, non direttamente ma tramite la società in house. Secondo la Cassazione le menzionate società hanno tre elementi caratterizzanti fissi, il primo sono i soci di natura esclusivamente pubblica, il secondo lo svolgimento ed esercizio dell'attività d'impresa prevalentemente in favore dei soci pubblici medesimi ed il terzo la circostanza che il controllo sia analogo, ovvero uguale a quello che il socio esercita sui propri uffici interni [4]).

Il dibattito sul quesito in ordine alla sorte in caso di crisi ed in particolare alla assoggettabilità di tali società alle procedure concorsuali si è sviluppato per anni, benché fin dal 1979 la corte di cassazione avesse ritenuto che la partecipazione di un ente pubblico al capitale sociale non comportasse certo la sottrazione della società partecipata alle procedure concorsuali, se questa era un imprenditore commerciale [5]). La soluzione positiva del quesito suindicato nasceva dalla osservazione che le società, anche se partecipate dall'ente pubblico, non mutano la propria natura giuridica di diritto privato, il che le rende soggette a fallimento ai sensi dell'articolo uno della legge fallimentare stessa,

[3]) Così definite per la prima volta dalla nota sentenza della Corte di Giustizia Europea c.d. Teckal del 18 novembre 1999, causa C-107/98.

[4]) Cfr. Cass. Sez. Un. 5 nov. 2013 n. 26283.

[5]) cfr. Cass. 10 gen. 1979 n. 58 in Il Fall., 1979, 593, che si occupava di una società per azioni concessionaria dello Stato per la costruzione e l'esercizio di un'autostrada, affermando che la stessa non perde la propria qualità di soggetto privato e quindi, se ne sussistono i presupposti può essere sottoposto ad amministrazione controllata, anche se degli enti pubblici sono suoi azionisti ed anche se il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell'autostrada sia configurato dal legislatore in termini pubblicisti come ammissione al godimento di un pubblico servizio. Successivamente Cass. 6 dic. 2012 n. 21991, ivi, 2013, 1273, con nota di Balestra che indagava i profili di inammissibilità di un concordato proposto da una società partecipata pubblica. In dottrina si veda R. RORDORF, L*e società partecipata tra pubblico e privato*, in *Le società*, 2000, 13.326; G. D'ATTORRE, *la fallibilità delle società in mano pubblica*, in *il Fall*., 2014 493 ed L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali,* in *Dir. Fall*., 2010, I, 603.

argomento rafforzato dalla formulazione dell'articolo 4 della legge 70 del 1975, in forza del quale nessun ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge. In generale si riteneva poi che l'esenzione dalle procedure concorsuali delle società a partecipazione pubblica avrebbe pregiudicato l'interesse dei creditori e l'interesse pubblico stesso e quindi, in definitiva, l'interesse della stessa società [6]).

Successivamente è stato ribadito l'assoggettamento a procedura fallimentare anche se, a seguito della comparsa in ambito comunitario della nozione di organismo di diritto pubblico, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno iniziato a dubitarne, in considerazione della tipologia pubblicistica e della loro funzionalità[7]). In base al riscontro della tipologia pubblicistica dell'interesse perseguito [8] )si cominciò a perorare l'adozione di una concezione sostanzialistica del rapporto, cosicché si riteneva di dover riqualificare la società quale ente pubblico quando in essa fossero riscontrabili degli indici rivelatori di una sostanza pubblicistica tale da giustificare l'esclusione dal fallimento e dal concordato preventivo. Tale posizione era particolarmente attiva con riferimento alle citate **società in House**, che si constatano ad esempio quando si realizza la detenzione della maggioranza del capitale sociale da parte di un ente pubblico o vi è un'influenza dominante esercitata dai pubblici poteri sulla società imprenditore commerciale. Queste ultime società come già detto rispondono spesso ad una logica di esternalizzazione sotto forma societaria di alcuni aspetti (servizi come i trasporti, pulizia, fornitura di energia o teleriscaldamento,ecc.) dell'attività della pubblica amministrazione, ciò in particolare per conferire uniformità alla disciplina soprattutto dei servizi a rilevanza economica nel cui ambito le società di capitali sono l'unica forma di gestione organizzativa ammessa[9]).

---

[6]) In tal senso lo scritto di D'ATTORRE, op. ul. Cit., 494.

[7]) In base alla ritenuta "neutralità delle forme" si è interrotto concettualmente, seppure non in modo completo, il nesso logico diretto che legava l'assunzione della forma societaria all'applicazione integrale del regime di diritto comune, sillogismo che era il perno irrinunciabile dell'impostazione tradizionale summenzionata. cfr. E. SCIARRA, *Le società pubbliche e le crisi d'impresa: caratteri, limiti e incertezze di una riforma provvisoria*, in www.federalismi.it, 16 novembre 2018,8.

[8]) Il c.d metodo tipologico pubblicistico, rappresentato in giurisprudenza da Trib. Santa Maria Capua Vetere 9 gen. 2009 in *Il Fall.*, 2009, 713 con nota di G. D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallir*e?.

[9]) Cfr. F. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, 681.

Attraverso il metodo interpretativo cosiddetto "funzionale", affermatosi anche esso accanto a quello sostanzialistico, invece, si è ritenuto di individuare la disciplina pubblicistica o privatistica applicabile e l'interesse pubblico tutelato, esonerando la società dalle procedure concorsuali se la stessa fosse stata affidataria di un servizio pubblico essenziale, che sarebbe ovviamente stato pregiudicato ed inibito ineludibilmente nel suo perseguimento dalla dichiarazione di fallimento. C'era quindi, prima della riforma, la volontà dichiarata di parte della dottrina di introdurre delle deroghe alla disciplina privatistica anche in materia di crisi d'impresa, sottraendo al fallimento le società la cui esistenza era necessaria per l'ente territoriale, per lo svolgimento di determinati servizi pubblici essenziali destinati al soddisfacimento di bisogni della collettività (un'ipotesi classica era quella del servizio di raccolta dei rifiuti o del servizio di trasporto pubblico [10]). Questa era quindi la situazione non univoca della dottrina prima della legge delega, con una cesura parziale fra giurisprudenza e dottrina.

### 1.1. Il T.U. n. 175 del 2016, il suo correttivo d.lgs n. 100 del 2017 e le società a partecipazione pubblica in crisi.

L'incertezza delle soluzioni suggerite, ha indotto il legislatore nel 2015 a elaborare una legge delega la 7 ago. 2015 n. 124 per la redazione di un testo unico in materia di società a partecipazione pubblica che è sfociato nel decreto legislativo 19 agosto 2016 numero 175, il quale ha risolto *ex professo* molti dei problemi che fino a quel momento si erano presentati, con l'obiettivo dichiarato di razionalizzare il fenomeno della partecipazione pubblica[11]) per consentire una gestione più efficiente e contenere la spesa pubblica.

Benché l'articolo 18 della legge delega avesse previsto la possibilità di introdurre delle deroghe alla disciplina privatistica ordinaria in materia di crisi d'impresa, il legislatore delegato ha invece compiuto una scelta drastica e coerente con i tre scopi della legge già citati, efficienza, tutela della concorrenza e risparmio della spesa pubblica, infatti l'articolo 14 comma uno del decreto

[10]) In tal senso MV FERRONI, *Le procedure*…, 5.

[11]) La razionalizzazione delle società partecipate è oggetto degli articoli 20 e 24 del testo unico ed è riconnessa alla volontà di ridurre il numero delle partecipate espressa anche attraverso la precisazione contenuta nell'articolo quattro delle finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche e la necessità indicata all'articolo cinque degli obblighi di motivazione analitica per la costituzione della società o l'acquisto di una partecipazione, anche attraverso il solo aumento del capitale.

legislativo 175 ha disposto l'applicazione a tutte le società a partecipazione pubblica e a controllo pubblico, senza distinzioni di sorta o proporzionalità, delle disposizioni in materia di fallimento e di concordato preventivo, precisando che, ove ne ricorrano i presupposti dimensionali, le società possono essere sottoposte anche all'amministrazione straordinaria. La scelta è stata complessa anche perché l'ipotesi di partenza resa possibile dal tenore della legge delega era quella di allargare il trattamento previsto per la gestione delle crisi delle società bancarie alle partecipate pubbliche ed era stato proposto inizialmente un testo, poi non approvato, che almeno per le società in House, imponeva un trattamento derogatorio, posto che erano società soggette a cosiddetto controllo analogo[12]) e la deroga avrebbe comportato la sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa o ad amministrazione straordinaria, procedure ovviamente di natura amministrativa [13]). Per altro a dimostrare la condivisione del pensiero esposto dal legislatore delegato, la stessa Corte Suprema di Cassazione ha ribadito che le società in House sono soggette a fallimento, nel 2017 [14]) con una pronuncia che da un lato valorizza la circostanza che l'art. 1 della legge fallimentare esclude dal fallimento gli enti pubblici e non le società pubbliche che, ai sensi dell'art. 14 del d.lgs 175 del 2016 sono soggette a fallimento, concordato preventivo e amministrazione straordinaria, mentre le norme specifiche che regolano la costituzione della società, la partecipazione pubblica al suo capitale e la designazione dei suoi organi non sono idonee a sottrarre la società al suo modo ordinario di agire e porsi sul mercato, che è privatistico. Le norme particolari citate non possono pertanto, secondo la Suprema Corte, incidere ed inibire l'affidamento dei terzi contraenti previsto dal codice civile. Poiché il controllo riguarda di regola il

[12]) Si veda sul punto la ricostruzione proposta da M.V. FERRONI, op. ul. Cit., par. 3 e nota 20. In ordine al concetto di controllo analogo la stessa richiama in nota proprio lo scritto di E. CODAZZI, *L'assetto organizzativo delle società sottoposte a controllo analogo: alcune considerazioni sul in house providing tra specialità della disciplina e proporzionalità delle deroghe*, in i*l diritto dell'economia*, 2-2019,127. Il controllo analogo è disegnato dall'art 2 della riforma e si sostanzia in un controllo sulla partecipata "analogo "a quello che la società esercita sui propri servizi, esercitando quindi una influenza determinante sulla scelta degli obiettivi strategici e e sulle principali decisioni fondanti la gestione della controllata.

[13]) Riferisce M.V. FERRONI, op. ul. Cit.7, che anche il parere sulla legge delegata del Consiglio di Stato aveva suggerito, quantomeno per le società a controllo pubblico e per le in House un trattamento diversificato e pure il parere della commissione bilanci della Camera dei deputati lo aveva ribadito, chiedendo un sistema di gestione della crisi diverso dalla applicazione integrale delle disposizioni concorsuali.

[14]) cfr. Cass. 7 feb. 2017 n. 3196 in www.dejure.it, ed in Giur. civile, 2018, 11.

complesso dei rapporti fra la società e l'ente locale o lo Stato che in essa partecipa e non i suoi rapporti con i terzi ed il mercato e le responsabilità che da essi sorgono, la circostanza che i soggetti siano iscritti al registro delle imprese induce l'aspettativa che ad essi si applichino le norme civili ordinarie. Conseguentemente la Corte ne ha dedotto una maggiore coerenza del sistema se esse vengono ad essere soggette a fallimento.

Ad integrazione della scelta, invero drastica, di sottoporre a fallimento le imprese a partecipazione o controllo pubblico, l'articolo 6 e l'articolo 14 del testo unico hanno previsto, in netto anticipo sui tempi, la necessità di predisporre degli specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, e dettato delle particolari regole, definite dai primi commentatori di "allerta", che ricordano la precedente versione del titolo secondo del codice della crisi, hanno imposto, poi, dei divieti di ripianamento delle perdite, ciò in aperta deroga rispetto alle disposizioni del diritto civile comune. Il significato del sinergico porsi di queste disposizioni si rinviene nel giudizio assolutamente negativo che il legislatore ha formulato nei confronti dell'esistenza di società a controllo pubblico in perdita, soprattutto se la stessa si protrae nel tempo, ciò nel duplice intento di mantenere un rapporto corretto di concorrenza con le imprese private e dall'altro di gestire in maniera economica e sana le risorse pubbliche. La perdita strutturale è identificata in una perdita che si protrae, ai sensi dell'art. 14 co. 5 per tre anni consecutivi, ovverosia per tre esercizi in continuità fra loro. Il timore del mantenimento *sine die* di partecipazioni in società in perdita strutturale inizialmente era fugato dal divieto posto dall'art 14 co. 5 di effettuare, conferimenti, erogare finanziamenti, rilasciare garanzie alle società partecipate e, tra le altre operazioni, attuare aumenti di capitale in favore di tali società. Il decreto correttivo ha ampliato tale divieto sostituendo il termine effettuare con quello più specifico di sottoscrivere, al fine di evitare che i soci enti pubblici sottoscrivessero, come accadeva sovente, il capitale, senza che poi effettivamente il versamento fosse compiuto, cosicchè la società in perdita appariva avere la copertura delle perdite, senza che in realtà avesse le disponibilità finanziarie necessarie in quanto il capitale non veniva versato[15] ).

[15]) Cfr. l'opinione di A, MANETTI, *Cosa cambia dopo l'entrata in vigore del decreto correttivo del testo unico delle società a partecipazione pubblica (D,lgs. 100/2017)?,* www.promopa.it.

Soprattutto per le società in House[16]) come si è detto**,** parte della dottrina aveva ritenuto che l'articolo 14 non si applicasse e quindi l'opzione delle procedure concorsuali ordinarie non fosse adottabile, ma la lettura combinata del primo comma e del sesto comma di tale articolo ha finito per escludere i dubbi iniziali, in quanto l'articolo 14 co. 6, stabilisce che nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico, titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società né acquisire o mantenere partecipazioni in (altre) società qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita. Risulta evidente, perciò che la soluzione fallimentare è presunta come una di quelle applicabili. Essa pertanto si applica anche nell'ipotesi di controllo analogo, più sopra descritto, previsto dall'articolo due comma uno decreto legislativo 175 lettera C. Tale controllo può essere esercitato anche da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata in modo analogo dall'amministrazione partecipante. La lettera D prevede lo stesso tipo di controllo analogo ma in forma congiunta quindi nell'ipotesi in cui l'amministrazione eserciti insieme ad altre amministrazioni su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. Infatti la società in House prevista dal medesimo art. 2 lettera O, è società sottoposta a controllo analogo semplice o congiunto, nella quale il capitale privato partecipa solo ai sensi dell'art. 16 co. 1 ovvero nelle forme prescritte dalla legge che non comportino controllo o potere di veto, né esercizio di una influenza determinante sulla società controllata (attività che svolge istituzionalmente e necessariamente l'ente controllante perché la società possa dirsi In house). La società riceve allora affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano il menzionato controllo analogo. L'80 % del loro fatturato per statuto deve essere relativo ai contratti diretti affidati dagli enti controllanti e il mancato rispetto di tale limite costituisce grave irregolarità ex art. 2409 c.c..

La crisi finanziaria è un pericolo immanente nelle società partecipate o controllate pubbliche, poiché, tra le altre cose, di regola la gestione dell'attività di interesse, affidata dall'ente, ha prezzi che non consentono di perseguire margini economici tali da garantire sempre la economicità della gestione. Proprio per questo è il settore dove il concetto di tempestiva emersione della

[16]) Così C. ANGELICI, *Tipicità e specialità delle società pubbliche* in AA.VV. *Le nuove società partecipate in house providing*, Milano, 2017, 15.

crisi è stato invocato per primo rendendo, la sua ricerca efficace una prassi obbligatoria per tutti gli organi di gestione *ante litteram*.

### 1.2. I piani speciali di risanamento e di ristrutturazione del T.U.

Il testo unico di riforma della disciplina delle società pubbliche è stato integrato e corretto con il decreto legislativo 16 giugno 2017 numero 100, che ha introdotto una particolare serie di disposizioni che riguardano gli obblighi e i poteri degli organi amministrativi delle società pubbliche al fine di giungere ad una gestione efficiente ed efficace che sia in grado, applicando con diuturna costanza le regole dettate, di intercettare, non appena si manifestino, sintomi di crisi, al fine di farla emergere e cercarne una soluzione celere attraverso l'utilizzo degli strumenti previsti dalla legge. Non vi è dubbio che questa disciplina abbia anticipato in larga misura nel nostro sistema concorsuale l'applicazione degli strumenti di allerta che il titolo secondo del codice della crisi, aveva pensato nella versione di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019 numero 14 attuativo della legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 [17]). Come è noto, oggi, quegli strumenti non entreranno mai in vigore col codice della crisi, né successivamente, come inizialmente previsto nel 2023. Essi sono stati espunti dal testo legislativo n. 83 del giugno 2022 e sostituiti, anche in seguito alla presa d'atto della modifica della situazione economica e finanziaria mondiale attuata a seguito della pandemia da covid 19 e della necessità di individuare degli strumenti estremamente flessibili per farvi fronte, dal complesso degli articoli del decreto legge 118 del 2021, che ha introdotto nel nostro ordinamento la composizione negoziata della crisi recepita, poi, proprio nel titolo II del nuovo CC.II.. Quest'ultima, come noto, è uno strumento dichiaratamente non concorsuale, appositamente ideato per propiziare l'emersione anticipata della crisi e per cercarne la soluzione. Essa si ricollega intimamente alla nuova stesura degli articoli 3 e 4 del codice della crisi che hanno specificato ed imposto una serie di doveri etici sistematici all'imprenditore (e quando lo stesso è gestito in forma collettiva agli amministratori,) volti a declinare i suoi doveri sia prima che la crisi si manifesti, quando l'impresa cioè è in bonis, sia successivamente, mano a mano che la crisi si evidenzia e si aggrava.

Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati, imposti nel 2019 ad ogni tipo di imprenditore, attraverso la modifica dell'articolo 2086 del

[17]) L'enunciazione è di G, D'ATTORRE, *Piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pub*bliche. in *Il Fall*. 2018,

codice civile e degli articoli ad esso correlati, sono stati prescritti e rimodulati proprio in funzione della rilevazione tempestiva della crisi, al fine di intercettare gli squilibri di carattere patrimoniale, economico-finanziario che, coniugati con le specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività svolta dal debitore, portano ad una crisi che può sfociare addirittura nell'insolvenza. Nella composizione negoziata vi è, come noto, l'obbligo del rilievo della non sostenibilità dei debiti e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per i 12 mesi successivi di attività dell'impresa; gli assetti adeguati che sono uno strumento funzionale a tali rilievi devono consentire, attraverso la creazione di sistemi evoluti di controllo a vari livelli di attività e di penetrazione, di avere i dati necessari per poter seguire la lista di controllo particolareggiata denominata *check list* che consente di effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento. In connessione con tali obblighi vi sono i doveri specifici "etico-comportamentali " ispirati sempre dalla buona fede, di illustrare la propria situazione di base in modo completo veritiero e trasparente ai creditori, di assumere tempestivamente le iniziative idonee per una rapida procedura e per non pregiudicare i diritti dei creditori ed infine l'obbligo di gestire il patrimonio o l'impresa nell'interesse prioritario dei creditori (ovverossia non nel loro esclusivo interesse, aspirazione evidentemente utopica perché non si può ragionevolmente chiedere all'imprenditore di pretermettere completamente i propri interessi privati, ma prevalentemente nel loro interesse che è quello al mantenimento della garanzia generica delle loro obbligazioni che il patrimonio sociale costituisce, con l'incentivo implicito al mantenimento del complesso aziendale funzionante per assicurarne il maggior valore, di regola).

E' evidente che questa normativa mostra molteplici punti di contatto con gli obblighi che, nell'ambito del decreto legislativo 175 del 2016 poi corretto nel 2017,sono stati posti a carico degli amministratori delle società a controllo pubblico, anzi a meglio esaminare le disposizioni del decreto 175, secondo una tesi, le similitudini si rinvengono non solo negli obblighi imposti agli organi amministrativi, ma in riferimento anche ai divieti imposti dalla riforma ai comportamenti dei soci pubblici che, in realtà con la loro influenza e direzione, determinano il comportamento di queste società in crisi [18]).

[18]) è di G. D'ATTORRE, P*iani di risanamento …*, in *Il Fall.*, 2018, dello stesso autore si veda anche G. D'ATTORRE *La governance delle società pubbliche*, in *Giur. Com.* 2020, 262 e ss.

Il testo unico ha introdotto nelle società a controllo pubblico degli strumenti di "allerta particolari "che sono funzionali al tempestivo rilevamento della situazione di crisi, benché non vi sia all'interno del testo unico predetto una definizione precisa di crisi, concetto quindi che andava reperito altrove, impingendo probabilmente nella scienza aziendalistica. Si potrebbe ritenere, perciò, che all'entrata in vigore del codice della crisi la definizione specifica possa essere ivi rinvenuta in via analogica, allargandola anche alle società pubbliche. Ciò non perché il codice della crisi sostituisca la normativa speciale prevista per le società pubbliche, perché ciò è da escludere sicuramente, ma esso ha il potere certamente di fornire materiale interpretativo integrativo laddove la norma, che ha una ratio e quindi una finalità analoga largamente sovrapponibile, risulti carente nella sua stesura.

Tra gli strumenti di cui si discute il primo è certamente quello previsto dall'articolo 6 del testo unico che esplica i principi di organizzazione e gestione delle società a controllo pubblico [19]) indicando quattro possibili opzioni che integrano modalità di corretta gestione sociale e nel farlo stabilisce che tali società predispongano degli specifici **programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale** e ne informino l'assemblea annualmente nell'ambito della relazione sul governo societario di cui al co. 4, che viene pubblicata insieme al bilancio, rendendo così trasparente anche la situazione gestionale di ogni partecipata pubblica. Il programma di valutazione del rischio è in tutta evidenza

[19]) Ad implicita integrazione del dovere di adottare degli assetti adeguati per la gestione dell'impresa e la tempestiva rilevazione della crisi, dovere che come si è visto ora hanno tutti gli amministratori e gestori di società o imprese, per le società a controllo pubblico è stabilita la necessità di valutare l'opportunità di integrare, in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative, nonché dell'attività svolta, gli strumenti di governo societario con quattro possibili opzioni. **La prima** riguarda la possibilità di stabilire dei regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, nonché alle norme di tutela della proprietà industriale o intellettuale. **La seconda** riguarda la possibilità di costituire un ufficio di controllo interno, strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alle dimensioni e alla complessità dell'impresa sociale, che collabori con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti e trasmettendo periodicamente all'organo di controllo statutario delle relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione. **La terza** ipotesi possibile è quella di dotarsi di codici di condotta propri o di aderire a codici di condotta collettivi aventi ad oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti dei consumatori, degli utenti, dei dipendenti e dei collaboratori nonché verso altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società. **La quarta** opzione è quella di adottare dei programmi di responsabilità sociale dell'impresa, in conformità alle raccomandazioni della commissione dell'Unione Europea.

l'imposizione di un obbligo di considerare e stimare in anticipo le linee di sviluppo del business e degli elementi che lo compongono (costi fissi, costi variabili, investimenti necessari) nonché le potenzialità negative o positive dell'andamento del mercato di riferimento nazionale ed anche internazionale, a seconda dell'ambito di sviluppo dell'attività. È un obbligo di monitoraggio permanente, che incombe sulle imprese pubbliche che, d'altra parte devono dotarsi di idonei strumenti per la previsione e stima del rischio che abbiano delle basi oggettive e condivisibili a livello di tecnica aziendale e perciò forniscano agli uffici interni che realizzano il monitoraggio societario della situazione ed il controllo specifico, gli elementi per suggerire l'approntamento di un piano di risanamento o meno[20] ). Del resto, che il modello dei programmi di valutazione del rischio si innesti in una volontà di controllo costante della situazione, meglio si comprende se si pone mente all'altro contenuto della riforma del 2016, che ha inteso creare una struttura di monitoraggio e verifica sulla attuazione del T.U. citato, la quale esercita di regola poteri ispettivi e di controllo nei confronti di tutte le partecipate pubbliche, che deve anche cercare di diffondere le best practices e controllare l'elenco di tutte le partecipate a livello nazionale, struttura che con il decreto ministeriale 16 maggio 2017 è stata individuata nel Dipartimento del Tesoro, Direzione VIII°[21].

È chiaro che l'imposizione sistematica ogni anno dell'obbligo di redigere i programmi di valutazione del rischio non ha tanto e solo la funzione di informare annualmente i soci di cosa stia succedendo[22]), quanto di fornire un

[20]) Hanno ipotizzato efficacemente i contenuti del programma di valutazione del rischio di crisi aziendale R. TISCINI, P. LISI, *Il programma di valutazione del rischio di crisi quale strumento di analisi e salvaguardia dell'equilibrio economico-finanziario delle società a controllo pubblico,* in F. FIMMANO', A. CATRICALA' a cura di, in *Le Società pubbliche,* Napoli, 2016, 793.

[21]) All'interno della Direzione ottava citata è stata poi costituita una struttura di indirizzo e monitoraggio che realizza dei rapporti sui risultati applicativi dell'art 24 del T.U. relativo alla Revisione straordinaria delle partecipazioni pubbliche. Da essi emerge ad esempio che la riforma non ha ottenuto nel breve periodo il raggiungimento del suo obiettivo che era quello di rendere conformi al modello del TU le partecipate pubbliche esistenti (32,.427 all'epoca del rapporto) in quanto il 46 % di esse pur difformi sono state mantenute tali dalle amministrazioni pubbliche partecipanti senza attuare alcuna razionalizzazione. Anche le procedure di alienazione e di recesso comunicate dagli enti partecipanti sono andate a buon fine solo per il 18 %.

[22]) Anche questa finalità è certamente esistente perché i soci sono gli enti pubblici e territoriali che affidano in gestione i servizi e devono essere resi edotti delle prospettive del loro investimento proprio nell'ottica di riduzione e "sanificazione" della spesa pubblica.

mezzo per intercettare i presupposti per l'adozione di condotte che contrastino la crisi che si stia preparando ed evidenziando. La connessione funzionale è evidente leggendo l'articolo 14 del testo unico che si muove nella logica della necessità di prosecuzione dell'attività di impresa inscindibilmente connessa all'interesse pubblico alla esecuzione di quei servizi e contratti che sono stati affidati alla società controllata. Il co. 2, inserito dal d. lgs. correttivo n. 100 del 2017, stabilisce che se nell'ambito dei menzionati programmi di valutazione emergano uno o più indicatori di crisi aziendale, l'amministratore della società a controllo pubblico adotta (deve adottare), senza indugio, i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento. Anche qui è evidente l'anticipazione esplicita che, rispetto alla normativa poi contenuta negli articoli 3 e 4 del codice della crisi, il legislatore ha compiuto con riferimento alle sole società partecipate o controllate pubbliche. Vi è una chiara enunciazione compiuta almeno 4 anni prima che il decreto 118 del 2021 vedesse la luce, della logica che sottende ora proprio la composizione negoziata, segno che la novità contenuta in tale istituto, da molti ritenuta dirompente nel nostro ordinamento e determinata dalla eccezionalità pandemica e dalla direttiva 1023 della UE, è stata formulata dal legislatore in continuità con un indirizzo già espresso nel nostro ordinamento nazionale, sviluppandolo e completandolo, rendendolo meglio intelleggibile e concretamente realizzabile. Il legislatore aveva già ipotizzato infatti la necessità di apprestare mezzi di controllo adeguati ed in caso di rilevazione positiva di sintomi di crisi aziendale, di redazione immediata di un piano di risanamento, senza spiegarne tecnicamente i contenuti ma specificandone chiaramente le finalità: fermare l'aggravamento della situazione, correggere gli effetti della stessa ed eliminarne le cause per il futuro. (Finalità che sono rinvenibili anche nella composizione negoziata e che in essa si associano sinergicamente, in uscita dal procedimento, all'utilizzo di molti strumenti giurisdizionali o negoziali o misti, per raggiungere più facilmente il risultato del superamento della situazione di crisi.)

Il comma 3 dell'art. 14 del T.U. peraltro chiarisce che la mancata adozione dei provvedimenti adeguati rileva ai sensi dell'articolo 2409 del codice civile quale grave irregolarità e quindi consente l'accesso al tribunale delle imprese eventualmente per l'ispezione e financo per la revoca dell'amministratore. Tale affermazione non è stata ripetuta nella composizione negoziata perché nel codice della crisi la necessità di adottare gli assetti adeguati fa parte ormai del DNA degli amministratori e degli organi di gestione, cosicchè appare evidente

che da un lato la carenza della diligenza nell'apprestare assetti adeguati dell'amministratore risulta foriera di potenziale responsabilità economica dell'organo e che si applicano tutte le normative di settore, al ricorrere dei requisiti di legge, ivi compreso il 2409 c.c. se occorra per rimuovere chi non si trova in sintonia colla volontà di risanamento assunta dalla compagine sociale.

Nel testo dell'articolo 14 sono indicati quei divieti di comportamento da parte dei soci che indicano la direzione che il legislatore desidera che l'ente pubblico, che controlla la società, segua.

Vi è il divieto infatti di ripianamento delle perdite da parte dell'amministrazione pubblica (anche eventualmente con controllo congiunto) ugualmente se attuato in concomitanza con un aumento di capitale od un trasferimento straordinario di partecipazioni o il rilascio di garanzie, a meno che tale intervento sia accompagnato specificamente da un piano di ristrutturazione aziendale (previsto dal co. 4 del 14) dal quale risulti la sussistenza comprovata di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte. Si deve trattare di un piano che sia risolutivo delle difficoltà in cui si trova la partecipata perché è la condizione che consente l'eccezione al divieto di compiere quelle operazioni che aumentano l'indebitamento pubblico, situazione che il legislatore col testo unico voleva fortemente contrastare. Tale piano deve essere approvato ai sensi del comma 2 ed eventualmente opera anche in deroga al comma 5 che stabilisce come già detto, che le amministrazioni non possono, salvo quanto previsto dagli articoli 2447 e 2482 ter del codice civile sottoscrivere aumenti di capitale[23], effettuare trasferimenti straordinari, consentire aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate (con esclusione delle società quotate e degli istituti di credito che sono di regola al di fuori della portata del T.U., ) che abbiano registrato per tre esercizi consecutivi perdite di esercizio ovvero che abbiano utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. Tali attività di intervento di sostegno finanziario si deve ritenere che siano possibili solo quando sono previste in un piano di risanamento, approvato dall'autorità di

[23]) Non è dubbio che vi sia una incongruenza tra il divieto dell'art. 14 e la salvezza "pura" delle condotte previste dagli artt. 2447 e 2482 ter cc., cioè delle ipotesi di riduzione obbligatoria del capitale per perdite che hanno eroso il capitale minimo di legge. In tali casi soprattutto di fronte ad un patrimonio netto contabile negativo si deve ritenere interpretativamente che la ricapitalizzazione debba essere ritenuta possibile solo se connessa ad un piano ben strutturato di riequilibrio della situazione aziendale, in tal senso si esamini G. D'ATTORRE, *Piani di risanamento e di ristrutturazione nelle società pubbliche*, www.// altalex.com/documents/ news 2018/10/24.

regolazione di settore ove esista, che sia comunicato alla Corte dei Conti con le modalità di cui all'articolo cinque e che contempli il raggiungimento dell'equilibrio finanziario in 3 anni.

Quale è la differenza fra i piani del comma 2 di risanamento e quelli del 4 di ristrutturazione aziendale è incerto, perché il legislatore non ha fornito consapevoli indizi circa l'interpretazione da dare ai termini utilizzati. La soluzione di ritenerli sostanzialmente identici non soddisfa completamente, ad avviso di chi scrive la obiettiva diversità degli effetti riscontrabile *ictu oculi*, visto che il piano di ristrutturazione permette di derogare tutti i limiti di intervento finanziario che sono la caratteristica principale della riforma attuata colla legge Madia. Non vi è dubbio che entrambi gli strumenti devono essere caratterizzati da flessibilità e indeterminatezza del contenuto, per poter far fronte alle esigenze le più varie, ma come minimo il piano di ristrutturazione deve consistere in un piano dotato di maggiore organicità e completezza, articolato chiaramente in fasi successive volte alla ristrutturazione del business per giungere al riequilibrio aziendale, dotato di una attendibilità e certezza in qualche modo effettivamente riscontrabile, visto che deve riuscire a concludersi, verosimilmente in tre anni nella sua forma speciale rivolta alle società in perdita sistematica. Una sorta di specie più complessa ed esaustiva nel più ampio genere del piano di risanamento generico[24]).

### 1.3. Il possibile rapporto fra i piani del T.U. S.P. e gli istituti del CC.II. (La composizione negoziata ed i piani attestati o fondanti l'accordo di ristrutturazione).

La estrema genericità delle definizioni e dei contenuti consente di accostare i piani sino ad or esaminati ad alcuni degli strumenti con i quali si può chiudere, ora, anche la composizione negoziata per le imprese ordinarie o può essere affrontata la crisi in generale nel CC.II. Basta ricordare qui che gli strumenti per superare la crisi in uscita dalla composizione negoziata possono essere negoziali, come il contratto di cui al 23 comma 1 lettera a sottoscritto dal debitore e dai creditori (anche alcuni soltanto ) che deve essere implementato dalla relazione dell'esperto che sostiene la sua idoneità ad assicurare la

[24]) Per la soluzione differenziata G.GUIZZI, M. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica* in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175 /2016* a cura di G. GUIZZI, 271 e ss., Milano, 2017, per la soluzione unitaria con identità sostanziale di contenuti vedi G. D'ATTORRE, *I piani … op. ul. cit*., 8.

continuità aziendale per almeno due anni, come la convenzione di moratoria di cui si è già accennato e come un accordo che ha gli stessi effetti del 166 lettera d e del 324, cioè salva i pagamenti effettuati e le garanzie concesse su beni del debitore in esecuzione del piano attestato di cui al 56 o 57 CC.II. Nessuna di queste soluzioni è astrattamente incompatibile colla soluzione della crisi più o meno grave della società a partecipazione o controllo pubblico, potendo ben rifluire nel piano di risanamento o di ristrutturazione speciale.

Poichè la finalità delle imprese pubbliche è quella di continuare a erogare il servizio affidato dall'ente pubblico, se vi è pericolo nella salvaguardia della continuità della prestazione del servizio di pubblico interesse (pericolo che può essere di sicurezza pubblica, di ordine pubblico o relativo alla sanità), su richiesta dell'amministrazione interessata può essere adottato, su proposta del ministro dell'economia con decreto del presidente del consiglio, un intervento di cui al primo periodo del primo comma. Ovvero si può procedere a sottoscrivere aumenti di capitale o effettuare trasferimenti straordinari o aperture di credito o rilasciare garanzie anche se si è in presenza di soggetti che da tre anni registrano risultati negativi e perdite di esercizio. Tutto ciò deve essere contenuto e reso condivisibile e comprensibile da un piano di ristrutturazione speciale appunto, senza il quale non è legittimo, piano che deve concludersi in tre anni, con il raggiungimento non solo dell'equilibrio finanziario, ma anche di quello economico, senza il quale il primo sarebbe incapace di determinare l'uscita dalla crisi. Si tratta in tutta evidenza di una eccezione particolarmente difficile da integrare data la gravità degli interessi che devono essere posti in pericolo e la loro tassatività e che legittima, ancora una volta solo l'intervento finanziario del socio pubblico.

La singolarità della serie di disposizioni appena citate sta nel fatto che non solo nella legge non è indicato cosa voglia dire crisi, ma non sono nemmeno identificati i cosiddetti indicatori di crisi aziendale al cui riscontro corrisponde l'attivarsi dell'obbligo di redigere il piano di risanamento, tanto che la crisi potrebbe mutuarsi ora, integrativamente, come definizione dallo stesso CC.II, art. 2 comma 1 lettera a), come stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi 12 mesi, e gli indicatori di crisi possono essere semplicemente ricavabili dalla prassi e dalle *best practices* dei dottori commercialisti, intendendosi così quegli indici di bilancio che usualmente sono adottati per la disamina ed analisi dei bilanci e del loro andamento. Di regola i principali individuati dalla prassi sono sette, 1)

l'esistenza di un patrimonio netto negativo o molto ridotto, (che incide direttamente sulla possibilità di continuità aziendale perché in caso di negatività obbliga allo scioglimento ), 2) il *debt service cover ratio*, ovvero il rapporto nei successivi sei mesi tra le entrate liquide e le uscite liquide, 3) l'indice di sostenibilità degli oneri finanziari, ovvero il rapporto tra gli oneri finanziari previsti ed i flussi di cassa previsti, 4) l'indice di ritorno liquido dell'attivo, ovvero il rapporto fra il *cash flow* ed il totale dell'attivo dello stato patrimoniale, 5) l'indice di adeguatezza patrimoniale, ovvero il rapporto fra patrimonio netto e totale dei debiti,6) l'indice di liquidità, ovvero il rapporto fra attivo a breve e passivo a breve e 7) l'indice di indebitamento previdenziale e tributario, ovvero il rapporto fra l'indebitamento previdenziale e tributario ed il totale attivo netto.

Sembra quindi chiaro che, in presenza di indici di crisi, che potrebbero essere ora individuati materialmente attraverso la strumentazione fornita all'imprenditore nella composizione negoziata della crisi, per esaminare le prospettive di concreta possibilità di risanamento, si deve attivare l'amministratore della partecipata o controllata pubblica. Si auspica qui anche la possibilità di utilizzare più propriamente la *check list*, l'analisi di sostenibilità del debito nei successivi 12 mesi, l'esecuzione del test pratico (non sembrando in astratto che l'utilizzo di tali strumenti debba essere esclusa dalla specialità della situazione in cui operano le imprese a controllo pubblico, trattandosi di strumenti individuati e costruiti per il perseguimento del medesimo fine cui è teso il programma di valutazione del rischio e caratterizzati dalla riservatezza del mezzo). Ciò che impedirebbe l'utilizzo sarebbe il condizionare l'utilizzo di tali strumenti alla presentazione formale "ogni anno" della richiesta di composizione negoziata, circostanza che sarebbe in ogni caso impedita dalla legge. Pertanto sarebbe estremamente utile il consentire specificamente l'utilizzo "libero", a fini di prevenzione, ogni anno degli strumenti che la composizione negoziata ha ideato e messo a disposizione di chi voglia meglio ricercare o comprendere le ragioni di crisi della sua attività economica. In altre parole consentire l'utilizzo dei *software* specifici approntati dalla commissione che ha redatto le disposizioni sulla composizione negoziata ed indicati ed illustrati nel decreto dirigenziale e del protocollo accluso. Tale tema esula dalla soluzione del quesito se la logica particolare della disposizione del testo unico imponga o meno di considerare le imprese sottoposte a controllo pubblico non sottoponibili direttamente a composizione negoziata, essendo già previsto dalla legge speciale un mezzo tipico per intercettare e far emergere la crisi prima dell'accesso a qualsiasi procedura concorsuale, rinvenibile nel programma di

valutazione del rischio annuale cui deve seguire l'adozione di un piano di risanamento o di ristrutturazione semplice o speciale. Indipendentemente da come si risolva tale interrogativo si deve considerare che i mezzi di ricerca forniti dal T.U del 2016 sono in parte situati ancora più a monte della composizione negoziata, essendo mezzi ordinari, periodici, obbligatori di indagine sugli eventuali sintomi di crisi, che possono sfociare in piani che di regola non sono configurati specificamente per coinvolgere i terzi, pur non dovendosi o potendosi escludere tale necessità.

Pur ritenendo che la normativa del CC.II. possa essere interpretativamente utilizzata a completamento di quella del Testo Unico, per riempire le molte lacune che la normativa pregressa presenta, non risulta condivisibile completamente la tesi di quella parte di dottrina che ritiene che le società pubbliche possono essere sottoposte a tutta la normativa del CC.II ed a tutta la normativa speciale di settore,[25] ). Sembra più aderente alla *voluntas legis* ed ad un risultato coerente sistematicamente colla singolarità di queste imprese che, ogni volta, si valutati la situazione, individuando la compatibilità o meno della normativa del CC.II., che è bene ricordare non ha abrogato le disposizioni delle imprese pubbliche, che restano speciali e perciò in definitiva prevalenti, rispetto a quelle del CC.II. e che si devono esaminare soprattutto alla luce della particolare esigenza di continuazione del servizio affidato che ha l'impresa a partecipazione o controllo pubblico. Quindi la composizione negoziata ad avviso di chi scrive dovrebbe essere ammessa se relativa ad una crisi sistematica generalizzata dell'impresa, non risolubile solo con l'apporto del socio pubblico e se subordinata ad una soluzione di continuità.

Se il "programma di valutazione del rischio" è in sé uno strumento di indagine neutro, occorre chiedersi a cosa servano e cosa siano il piano di risanamento del comma 2 ed il piano di ristrutturazione aziendale di cui al comma 4 dell'art. 14., se sono dei mezzi di intervento diversi tra loro e che tipo di relazione possono avere col piano attestato ex art. 56 o con l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui al 57 CC.II.

Va condivisa certamente l'opinione di chi ritiene che il modello descritto consista in una prescrizione di metodo rivolta agli amministratori delle

[25]) Cfr. G. D'ATTORRE, Piani …., op. ul. Cit. 7, il quale afferma che tra le due discipline non sussiste incompatibilità ma possibilità di reciproca integrazione, con conseguente assoggettamento degli organi sociali agli obblighi ed ai vincoli imposti tanto da una quanto dall'altra normativa.

partecipate e controllate pubbliche, tesa in generale ad evitare interventi continui, improvvisati e non coerentemente organizzati. Non per niente lo scopo della riforma del testo unico era la razionalizzazione della gestione del settore e la riduzione della spesa, per cui si è alzata l'asticella dei controlli imposti agli amministratori, per giungere ad una individuazione di indicatori di crisi molto anticipata, probabilmente come si è detto, persino più a monte dell'attuale composizione negoziata, se possibile[26]).

La indeterminatezza contenutistica e la "neutralità" del T.U sulle imprese pubbliche, in merito agli strumenti di contrasto alla crisi, sono sicuramente tese a permettere la massima flessibilità di "riempimento" di questi "contenitori", in quanto da calibrare sulla natura e dimensione dell'attività e sulle difficoltà rilevate nel caso concreto ed induce a ritenere che il piano di risanamento di cui al comma 2 dell'art. 14, sia un piano avente come scopo la rimozione delle ragioni di crisi ed il recupero dell'equilibrio economico e finanziario. Il suo contenuto specifico può essere mutuato ispirandosi alle fattispecie ed esperienze in cui si è applicato il piano attestato di cui al 56 CC.II., che è lo strumento più affine rinvenibile nell'ordinamento e pure la forma scritta che lo caratterizza non pare incompatibile, ma anzi necessaria ed indispensabile. Non vi è invece alcun obbligo di pubblicità per ottenere determinati effetti, come avviene invece per i vantaggi tributari del piano attestato, e probabilmente la sua riservatezza ben si associa alle esigenze delle imprese pubbliche in difficoltà.

Il piano di ristrutturazione citato nel 4 comma deve essere un atto nel quale, oltre a dimostrarsi le comprovate possibilità di recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte, vi è la necessità di intervenire per ristrutturare l'azienda. Sembrerebbe, quindi, contenutisticamente diverso e più complesso di quello di risanamento, dovrebbe operare sull'organizzazione del lavoro, la struttura del *business*, pur nella continuità dell'attività di servizio pubblico affidata. Ma esso è sempre redatto ed approvato da parte dell'organo ammnistrativo, e proceduralmente non si distingue dalla ipotesi più semplice, di cui appare forse solo una versione più approfondita e complessa. Quindi non vi è certezza che la differente locuzione utilizzata dal legislatore, senza alcuna specificazione in più, indichi una differenza strutturale e di natura tra i due atti

[26]) Cfr. G. GUIZZI, M. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in G. Guizzi, (a cura di) *La Governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175 /2016*, Milano, 2017, 295 e ss.

[27]) e non solo una differenza contenutistica legata alla diversità e maggiore difficoltà della situazione di base e degli effetti che può produrre il secondo.

Il terzo tipo di piano previsto dalla legge speciale riguarda il piano di risanamento che sia stato approvato dalla Autorità di settore se esistente e che sia stato comunicato alla competente sede regionale della Corte dei Conti [28]), il cui ambito di controllo oltre che meramente contabile potrebbe comportare anche una disamina delle capacità potenziali effettive del piano di ottenere il riequilibrio auspicato, il quale deve prevedere il raggiungimento del riequilibrio finanziario entro tre anni. Tale disposizione viene comunemente accomunata al divieto di effettuare conferimenti, erogare finanziamenti, e rilasciare garanzie in favore delle società partecipate che operino strutturalmente in perdita (cioè con tre anni di bilanci in perdita consecutivi) definite anche partecipate in stato di crisi qualificato. Proprio qui si è realizzata una modifica del correttivo d. lgs. 100 del 2017 che ha indicato e meglio specificato il divieto di "effettuare" aumenti di capitale utilizzando ora l'espressione tecnica "sottoscrivere" aumenti di capitale. Ciò ha reso inutili quelle condotte mediante le quali il capitale era sottoscritto dal socio pubblico che, poi, non provvedeva al versamento a causa del divieto, mantenendo però viva l'aspettativa dei terzi in ordine alla sottoscrizione ed all'imminente versamento. In questo caso i trasferimenti straordinari per il salvataggio dell'azienda si potranno effettuare solo se contenuti nel piano speciale di ristrutturazione teso al riequilibrio e risanamento.

Il procedimento e il piano previsto dal d. lgs 175 del 2016, rispetto a quello del piano attestato del CC-II si presenta, nella sua esile conformazione, del tutto speciale rispetto a quello formale del codice della crisi. Nella sua singolarità esso dovrebbe prevalere quale mezzo tipico per risanare la società sottoposta a

---

[27]) In tal senso si condivide quanto rilevato sul punto da G. D'ATTORRE, *Piani…,* op. ul cit. 8, mentre M. IRRERA, S. Catalano, *L'insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, www.dirittoeconomiaimpresa.it, 1,2019, affermano che si tratta di mero disallineamento terminologico e non di una precisa differenza di identità.

[28]) Nella recente deliberazione n. 1 del 2021 PRSE della Corte dei Conti sezione regionale di controllo del Piemonte, i magistrati contabili affermano che le amministrazioni pubbliche, socie delle controllate pubbliche, sono tenute ad adottare, nel caso di perduranti gravi criticità finanziarie e gestionali, nonostante gli interventi previsti nel piano di risanamento, i provvedimenti indicati dall'art. 14 co 1 del d.lgs. 175, cioè il ricorso alle procedure di liquidazione giudiziale. Ciò pone un tema che è affascinante, quello dell'ampiezza del controllo affidato al giudice contabile, della possibilità di suggerire od imporre modifiche ai piani predisposti dagli amministratori, di valutarne compiutamente l'adeguatezza e fattibilità, tema sul quale si interroga anche con sensibilità G. D'ATTORRE, *Piani*....,op. ul. cit., 14.

controllo pubblico. In altre parole si tratta di uno strumento che viene adottato sulla sola iniziativa dell'organo gestorio e non deve necessariamente essere attestato da un professionista (non essendo previsto). Se ne deve dedurre che non si ha, in questo caso, nemmeno la certezza della veridicità dei dati contabili di partenza, la c.d. spalla di piano. Di contro, però vi deve necessariamente essere una continuità senza soluzioni fra le notizie finanziarie ed economiche di base che, insieme al bilancio ogni anno, devono essere presentate all'assemblea ed inserite nella relazione sul governo societario che viene resa pubblica *erga omnes* pubblicandola nel registro delle imprese col bilancio stesso. In sostanza si tratta di una ipotesi di ridotta intelligibilità del piano per i terzi, privi di uno strumento di disamina "imparziale ed esterna" della soluzione prospettata, ma va ricordato che esso non è rivolto istituzionalmente ad essi, intesi come tutti i creditori dell'imprenditore, per conquistarne la collaborazione come avviene in presenza della crisi ordinaria o in ambito concorsuale, ma più probabilmente è teso solo a informare e rassicurare l'ente pubblico che controlla la società e che ha affidato il servizio pubblico alla stessa, servizio che resta la sua attività principale, tanto che da esso deve ricavare almeno l'80 % del fatturato.

La differenza maggiore individuabile tra le due tipologie di piano (quello speciale del T.U. e quello del CC.II. ), sta nella incapacità del modello contenuto nel testo unico sulle società pubbliche di aprire il c.d. ombrello protettivo nei confronti delle revocatorie e delle condotte astrattamente idonee ad essere sussunte nel reato di bancarotta[29], situazione che certamente rende infinitamente meno appetibile la soluzione speciale rispetto a quella ordinaria, quando la stessa per la complessità della fattispecie (id est per la gravità della crisi )deve rivolgersi anche ai terzi.

Di contro la redazione dei piani di risanamento o di ristrutturazione speciali consente di legittimare degli interventi finanziari dei soci enti pubblici anche di ripianamento delle perdite che, in presenza di indicatori di crisi e senza redazione del piano sono invece illegittimi e ciò non solo per le imprese soggette a controllo pubblico, ma anche per le semplici partecipate. Come si è visto in precedenza la riforma tendeva a razionalizzare il settore ed a perseguire il risparmio, per questo sono stati assunti dei limiti di copertura delle perdite e di sostegno finanziario esterno che non possono intervenire *ad libitum*., come invece in passato purtroppo accadeva, soprattutto per le controllate degli enti pubblici territoriali.

[29]) In tal senso conforme D'ATTORRE, Piani … op ul. cit., 10.

In base a questa prima elementare disamina emerge che i piani speciali hanno un fine specifico (ricreare le condizioni per la fiducia del socio pubblico riportando l'equilibrio nell'attività imprenditoriale) ed una portata operativa limitata (legittimante per lo più gli interventi di sostegno economico finanziario del socio), per questo potrebbe essere ragionevole implementarne i contenuti e gli effetti combinandoli con i piani attestati del 56, (o con i piani posti a base dell'accordo di ristrutturazione a determinate condizioni di salvaguardia dei soci e dei loro apporti), al fine di allargarne gli effetti anche ai terzi ed ottenere così la collaborazione di altri soggetti utili per il superamento della crisi, al di là dell'ente controllante o partecipante. Quindi, in presenza di una crisi intensa che può risolversi solo con la concomitante rimessione dei debiti di terzi o la ristrutturazione dei debiti nei loro confronti (oltre che con il finanziamento del socio pubblico) si può ipotizzare l'ammissibilità di un piano attestato che dà maggiori garanzie, in quanto appunto attestato da un tecnico esterno ed imparziale, che consente di aprire l'ombrello protettivo (il quale favorisce poi in definitiva anche i versamenti (finanziamenti ) del socio pubblico, proteggendoli da revocatoria ad esempio). Naturalmente deve essere un piano di continuità, perché questa è l'ineludibile esigenza delle procedure che coinvolgano le controllate o partecipate pubbliche. Se così non fosse, bisognerebbe affermare che la crisi più grave può essere affrontata solo con un D.P. C.M. (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri), adottato su proposta del MEF al fine di salvaguardare la continuità aziendale che è vassalla al perseguimento dell'interesse pubblico che la società realizza. Tutto ciò dovrebbe concepirsi nell'ambito della "gestione amministrativa" favorendo un approccio c.d. funzionale nel dissesto delle società pubbliche. Pare, però, che la scelta di base di riconduzione ad unità del trattamento concorsuale delle società a partecipazione pubblica effettuata dalla riforma del 2016 completata nel 2017, deponga per la necessità di valutare bene la compatibilità di una soluzione come da ultimo ipotizzata. Risulta di difficile comprensione ed anche attuazione, un sistema a doppio binario, in cui il dissesto sia gestito in sede amministrativa se si opera nell'ambito dei piani dell'art. 56 e 57 CC.II. ed invece sia legittimamente gestito in sede giurisdizionale nell'ambito della normativa concorsuale, se si agisce nel concordato, nella liquidazione giudiziale e nell'amministrazione straordinaria. E' una scelta di difficile comprensione, in presenza dell'intento di unificazione e razionalizzazione degli interventi e di ricerca di passaggi fluidi da una situazione di crisi all'altra che la direttiva

Europea ha ormai inserito nella legislazione italiana e che la legge n. 83 del giugno 2022 ha fatto propria.

**1.4. La sottoposizione delle società pubbliche a concordato preventivo, fallimento ed amministrazione straordinaria ex art. 14 del d.lgs 175 del 2016**. **Cenn**i.

La scelta effettuata dalla riforma del 2016 e confermata dal correttivo del 2017, ha riconosciuto che la natura del socio partecipante non influisce sul regime concorsuale della partecipata che è e resta una impresa privata ai sensi del codice civile. Conseguentemente **l'accesso al concordato preventivo**, che non realizza uno spossessamento completo del debitore e ora persegue in principalità la continuità aziendale, essendo quello liquidatorio divenuto residuale e non incentivato dalle disposizioni legislative sul piano economico, sembra una scelta coerente. Tale strumento, infatti, dovrebbe per le sue caratteristiche consentire di perseguire l'interesse pubblico che è alla base del servizio pubblico essenziale e nel contempo può essere costruito tutelando anche gli interessi dei creditori ed il loro potenziale soddisfacimento. Lo strumento chiave è la suddivisione in classi, obbligatoria nel concordato preventivo in continuità e la possibilità di applicazione delle regole della ristrutturazione trasversale, che consente la distribuzione del patrimonio prodotto dalla ristrutturazione (cioè di quello diverso da quello di liquidazione) omettendo il pedissequo rispetto della *absolute priority rule* e creando modalità diverse di partecipazione alla strategia di superamento del dissesto. La completamente rinnovata considerazione dei soci nella legge riformata consente di prevedere per il socio pubblico comunque una recovery consistente ed ove si volesse ipotizzare comunque una costruzione strategica che lo voglia favorire in modo diretto e intenso, si deve ritenere perseguibile anche la possibilità di specifici patti paraconcordatari se dichiarati e noti a tutti i creditori (e quindi leciti).

Per meglio consentire la prosecuzione del servizio la legge ha posto anche l'art. 110 del codice dei contratti pubblici che permette alla società che sia ammessa ad un concordato in continuità di partecipare alle procedure di affidamento di concessioni ed appalti di lavori, forniture e servizi e di continuare la esecuzione di contratti già conclusi ma non ancora compiutamente eseguiti (senza necessità per di più di avvalimento di terzi).

La rimeditazione del concordato in continuità dopo il recepimento della direttiva 1023 UE, fa si che ad esso si applichi la regola in sede di ammissibilità ed omologazione della non deterrenza della soluzione proposta rispetto a quella liquidatoria giudiziale e che anche i complessi calcoli del 109 co. 5 per individuare le maggioranze in caso di suddivisione in classi trovino ospitalità. Di particolare interesse come si è detto è poi la serie di disposizioni che tutelano anche la *recovery* dei soci, posto che in questo caso i soci sono gli enti pubblici che affidano il servizio alla società e che vedono tutelati dalla prededucibilità anche i loro interventi di finanziamento a sostegno della uscita dalla crisi, circostanza che si trova in sintonia con l'intento di razionalizzazione degli interventi stessi e la volontà di riduzione della spesa pubblica che era alla base della riforma Madia.

**La sottoposizione a fallimento, ovvero a liquidazione giudiziale** è anche essa concretamente compatibile con la possibilità di prosecuzione dell'attività aziendale al momento dell'apertura della procedura previsto dal 211 del CCII e la ulteriore possibilità di esercizio provvisorio nel suo sviluppo su autorizzazione del giudice delegato, previsto dal comma 3 del medesimo articolo. È chiaro che la conduzione della procedura deve essere organizzata in modo da non danneggiare eccessivamente gli interessi privatistici dei creditori a causa della volontà ineludibile di assicurare la continuità di un servizio pubblico essenziale che crea non deve essere soggetto ad interruzione. In realtà il punto nodale è in questo caso il trovare l'equilibrio che consente la coesistenza tra gli interessi suddescritti evitandone la confliggenza. Vi deve essere l'esclusione di regola della cessazione dell'attività imprenditoriale immediata sic et simpliciter, ma non potendo essa durare in eterno per gli effetti di consumazione del patrimonio che alla continuità pura in perdita si ricollegano, si devono necessariamente ricercare soluzioni ad esempio di alienazione, preceduta eventualmente da affitto, che consentano il trasferimento dell'esercizio del servizio ad un soggetto affidabile che abbia i requisiti imposti dalla legge e dalla prudenza gestionale per esercitarlo. In questo caso la collaborazione positiva con il socio pubblico è da ritenersi ineliminabile, visto che senza il suo assenso il soggetto non potrebbe essere scelto, e probabilmente nemmeno i beni utilizzati dalla partecipata venduti, perché potrebbero essere anche essi essere stati affidati e non essere pertanto in proprietà[30]. In ogni caso poi si deve ricordare che, ove non si riuscisse nella tempestiva individuazione

[30]) Sul punto si vedano le criticità enucleate da M.V. FERRONI, Le procedure…, 13.

di una soluzione soddisfacente, pur in caso di pericolo per la sicurezza, l'ordine pubblico e/o la sanità non sarebbe in ogni caso utilizzabile l'ausilio eccezionale previsto dall'art. 14 comma 5 del testo unico. Tale strumento, di cui si è in precedenza parlato è concettualmente applicabile prima della apertura del fallimento, essendo teso a rimuovere i divieti di finanziamento- apporto del socio pubblico, ma non si giustifica dopo, quando il problema deve essere risolto colla appropriata gestione della procedura che deve avere in sè, ove il mercato concretamente lo permetta, le potenzialità per assicurare una soluzione compatibile con l'interesse pubblico stante anche l'appetibilità degli effetti dell'art. 110 del codice degli appalti sul mercato.

Un ultimo cenno merita la **sottoponibilità, in presenza dei requisiti dimensionali legali, alla amministrazione straordinaria** delle partecipate o controllate pubbliche. Quest'ultima è la procedura concorsuale che ha più punti di contatto colla realtà ideale in cui si muovono le partecipate pubbliche, l'applicazione è sancita dall'art. 14 e ben si comprende perché è deputata a difendere, con alterni e non particolarmente brillanti risultati, degli interessi pubblici, come la tutela di settori dell'economia e della produttività e la protezione dell'occupazione, con un atteggiamento recessivo nei confronti della tradizionale tutela dei creditori che è il nucleo fondante delle altre procedure concorsuale. La bifasicità della procedura di c.d Prodi bis in cui alla prima fase giudiziale, in cui si accerta la sussistenza delle prospettive di risanamento, segue una fase amministrativa, in cui l'impresa è gestita per questo scopo dichiarato da un commissario straordinario, seguendo un programma predisposto dallo stesso ed approvato dall'autorità amministrativa sorveglianza, con il parere del comitato di sorveglianza, programma che può essere di ristrutturazione o liquidatorio (ma sempre con azienda funzionante) si presta a perseguire anche l'interesse pubblico alla continuazione del servizio essenziale affidato alla società in crisi. Quindi non si rinvengono seri ostacoli concettuali alla applicazione piena della procedura. Nell'ambito della c.d. legge Marzano, ovvero della legge 39 del 2004, la necessità di perseguire l'interesse pubblico particolare va essere risolta solo su base amministrativa, poiché la legge è un esempio lampante di degiurisdizionalizzazione della materia concorsuale sulla convinzione che la gestione affidata ai poteri dell'esecutivo sia più celere ed efficiente. (convinzione non pacifica purtroppo sulla base dei riscontri pratici). Il ministero della Sviluppo economico ha finito per creare un ambiente protetto nel quale coltivare i tentativi di salvataggio (e non di risanamento) di grandi realtà economiche importanti per il Paese. Questo fa sì che sia la procedura

ideale per sostenere l'esigenza di continuazione del servizio pubblico, ma difficilmente possa assicurare una qualche recovery consistente sia al socio pubblico (che in quanto tale è deputato alla sostanziale perdita di tutto l'investimento pregresso non essendo proprio ipotizzabile in concreto che vi sia recupero per i crediti chirografari ed a maggiore ragione per quelli che sono al di sotto di questi perché postergati) sia agli altri creditori, spesso anche se privilegiati od addirittura prededucibili.

**Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali**

ISSN 2785-6348

Centro Studi Giuridici Editore - IL CASO.it