



ISFOA

ISTITUTO SUPERIORE DI FINANZA ED ORGANIZZAZIONE AZIENDALE  
LIBERA E PRIVATA UNIVERSITA' INTERNAZIONALE

Zugo



CH

## FACOLTA' DI ECONOMIA

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE**

**IN ECONOMIA E FINANZA**

### **TESI DI LAUREA**

IL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA COME EVOLUZIONE  
DELLA LEGGE FALLIMENTARE:

ISTITUTI E PROCEDURE

RELATORE

**Prof. Stefano Masullo**

CANDIDATO

**Massimo Bambagini**

Anno Accademico 2022/2023

## **Indice**

### **IL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA COME EVOLUZIONE DELLA LEGGE FALLIMENTARE: Istituti e Procedure**

#### **INTRODUZIONE**

##### **Capitolo 1**

- 1.1 Nozioni generali
- 1.2 Nota sulla capacità del gestore
- 1.3 I soggetti: doveri delle parti e interessi tutelati
  - 1.3.1 L'impresa, l'imprenditore e i requisiti soggettivi per l'accesso agli istituti
  - 1.3.2 I doveri dell'imprenditore
  - 1.3.3 I creditori
  - 1.3.4 I Lavoratori
  - 1.3.5 La società e i suoi soci
- 1.4 Il trattamento dei soci nelle procedure per la ristrutturazione
- 1.5 Il voto dei soci e la distribuzione del valore
- 1.6 I gruppi d'impres
- 1.7 I diversi stadi di difficoltà dell'impresa

##### **Capitolo 2**

- 2.1 I presupposti per l'accesso alle procedure
- 2.2 Gli strumenti per la prevenzione della crisi dell'impresa
- 2.3 Assetti organizzativi adeguati e doveri degli organi sociali
- 2.4 Il dovere di istituire assetti adeguati e i doveri di vigilanza dell'organo di controllo
- 2.5 Il dovere di intervento dell'organo amministrativo
- 2.6 La composizione negoziata della crisi
  - 2.6.1 La composizione negoziata
  - 2.6.2 L'accesso alla composizione negoziata
  - 2.6.3 Le trattative con i creditori

- 2.7 Le autorizzazioni del Tribunale e le misure protettive del patrimonio
- 2.8 Le misure protettive e la sospensione degli obblighi di riduzione del capitale
- 2.9 I possibili esiti della composizione negoziata
- 2.10 Le misure premiali
  - 2.10.1 I doveri di segnalazione dell'organo di controllo e dei creditori pubblici qualificati
  - 2.10.2 I doveri di segnalazione dell'organo di controllo
  - 2.10.3 I doveri di segnalazione dei creditori pubblici qualificati

### **Capitolo 3**

- 3.1 Gli strumenti per la ristrutturazione dell'impresa
  - 3.1.1 Gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento
  - 3.1.2 Gli accordi di ristrutturazione dei debiti
  - 3.1.3 Gli accordi di ristrutturazione agevolati
  - 3.1.4 Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa
- 3.2 Il procedimento di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti
- 3.3 La convenzione di moratoria
- 3.4 Il concordato preventivo in continuità
  - 3.4.1 La nuova nozione di concordato in continuità aziendale
- 3.5 Il piano di risanamento soggetto a omologazione
- 3.6 Gli strumenti per la liquidazione dell'impresa
  - 3.6.1 Il concordato liquidatorio
  - 3.6.2 Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio
  - 3.6.3 La Liquidazione giudiziale
- 3.7 Profili processuali
  - 3.7.1 Il procedimento unitario per l'accesso alle procedure
  - 3.7.2 Il procedimento per l'accesso agli strumenti con riserva
- 3.8 Le misure cautelari e protettive

### **CONCLUSIONI**

### **BIBLIOGRAFIA**

### **SITOGRAFIA**

## INTRODUZIONE

L'attuale scenario economico, sociale e politico, come è noto, è attualmente colpito da una forte crisi economica che, seppur con intensità differenti, si ripercuote in modo negativo su tutti i comparti industriali, sia a livello nazionale italiano, che europeo, che mondiale.

Nel primo capitolo verranno trattate le cause principali della crisi d'impresa, tramite una distinzione tra cause esterne ed interne. Nello specifico, quindi, verranno esposte le dinamiche relative alle pressioni sia esterne che interne che minacciano la sopravvivenza dell'impresa, ovvero: la crisi finanziaria dei mercati, la rivoluzione digitale, il cambiamento delle tendenze di consumo, l'inadeguatezza della corporate governance, l'elevato indebitamento aziendale, la scarsa comunicazione manageriale, e l'inerzia organizzativa. Nel secondo capitolo verranno trattati i principali istituti giuridici di superamento della crisi aziendale, a tal proposito si prenderà in esame il nuovo codice della crisi d'impresa che entrerà in vigore il 15 agosto 2020. Verranno esposte, quindi, le principali differenze con il sistema normativo vigente. Nello specifico, il nuovo codice esprime una diversa filosofia rispetto alla "vecchia" legge fallimentare, in quanto orientato al proseguimento dell'attività imprenditoriale tramite l'introduzione di strumenti di allerta in grado di far emergere tempestivamente lo stato di crisi di impresa e di insolvenza dell'imprenditore, per consentire alle imprese in difficoltà economico/finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce del declino, ma anche con la finalità di rendere meno traumatico lo stato di fallimento, quando quest'ultimo è inevitabile. La preferenza del legislatore nello strumento negoziale e di risoluzione della crisi d'impresa rispetto a quello giudiziale maggiormente orientato alla disgregazione si concretizza anche nelle novità introdotte nell'accordo di ristrutturazione dei debiti e nel concordato preventivo, al fine che tali istituti possano essere utilizzati più agevolmente dalle imprese in difficoltà. Nel terzo capitolo verranno elaborati i modelli di gestione delle strategie di turnaround aziendale. Molte organizzazioni entrano in uno stato di declino poiché non riescono ad anticipare, riconoscere e adattarsi a pressioni provenienti sia dall'interno che dall'esterno che minacciano l'esistenza dell'impresa stessa. Le strategie di turnaround rappresentano quindi un'opzione di risposta a queste pressioni, in quanto mirano ad attenuare tali minacce al fine di recuperare il valore perso nel tempo, con effetti positivi sulle performance aziendali.

La difficile situazione economica ha avuto gravi ripercussioni sugli andamenti delle aziende ed in particolar modo su quelle di medio-piccole dimensioni, con la conseguenza che il ricorso alle procedure concorsuali è diventato un accadimento sempre più frequente.

Alla luce di ciò e considerando il cambiamento dell'ambiente di riferimento e delle esigenze e dinamiche delle imprese, il legislatore ha ritenuto opportuno apportare cambiamenti, anche sostanziali, alla legge fallimentare, infatti, il Decreto Sviluppo ha introdotto importanti novità in tema di regolamentazione della crisi d'impresa.

Il presente lavoro si articola in quattro capitoli e si propone di analizzare quegli istituti, alternativi al fallimento, previsti dalle riformate norme concorsuali per comprenderne le principali novità ed il contributo che essi possono offrire nell'ambito delle teorie e tecniche di risanamento e risoluzione delle crisi.

## CAPITOLO 1

### 1.1. Nozioni generali

Per la definizione di crisi, dall'inizio della riforma Rordorf, si sono spesi fiumi di inchiostro, con il limite che la quasi totalità delle suddette definizioni provenivano da giuristi; i quali si sono variamenti operati nel cercare di definire tale concetto, senza però rendersi conto di avere spesso sconfinato nell'aziendalismo senza l'utilizzo di concetti aziendalistici.

In economia aziendale la crisi di un'impresa si presenta in genere all'interno di un quadro economico caratterizzato da un ristagno dovuto o dalla contrazione dell'offerta (causata da sbagliate scelte imprenditoriali o da obsolescenza tecnica o di prodotto) o da una contrazione della domanda.

In definitiva le difficoltà nascono sempre da uno squilibrio dovuto all'incapacità dell'impresa di procedere nella sua attività così come ha sempre fatto, generando blocchi in una organizzazione che non riesce più a funzionare come prima arrestando quel sistema che precedentemente aveva portato buoni risultati e portando a una disgregazione degli equilibri e della funzionalità normale dell'impresa. Tutto questo per affermare quindi che, sia nella definizione in negativo di impresa in crisi che in quella in positivo di impresa sana, i concetti da cui si parte quando si analizza tale entità sono concetti di carattere economico i quali nella loro dinamicità sono rimasti invariati fin dai primi studi dell'Amaduzzi e tuttora, nonostante l'evoluzione del mercato nel quale le imprese hanno operato negli ultimi settanta anni, e la contestualizzazione degli studiosi, hanno mantenuto immutato il loro valore. Si aggiunga inoltre che la vita delle imprese si svolge normalmente in una alternanza di fasi positive e negative da cui ne deriva che le situazioni di crisi, anche se temporanee e risolvibili, sono componenti permanenti e fisiologiche del sistema produttivo moderno di libero mercato.

Se ne ricava che il concetto di crisi assume inevitabilmente sfumature differenti, ma sostanzialmente, quando si parla di leggi aziendalistiche, la salute o meno dell'impresa è legata esclusivamente a valori economici e non finanziari; contrariamente da quanto erroneamente affermato dai giuristi d'impresa.

La maggior parte delle teorie aziendalistiche si basano sulla "Teoria di creazione del valore", collegando da sempre il concetto di crisi a una riduzione del valore del capitale economico dell'impresa, il che implica che quando il suddetto valore diventa zero o addirittura negativo, il significato è che l'impresa, con la sua attività, non è più in grado di realizzare l'autogenerazione nel tempo che è la sua finalità principale.

La crisi si manifesta quindi come una variazione negativa in termini di valore economico, e l'insolvenza come la totale perdita di quel valore; valore la cui fluttuazione dipende sia da fattori interni come una diminuzione dei flussi, sia da eventi esterni come la mutazione delle condizioni di rischio.

L'impresa, perdendo il valore del suo capitale economico, rischia anche di intaccare le risorse invisibili di cui essa dispone quali l'esperienza, la motivazione, le relazioni, le modalità di comportamento del personale, il suo grado di affermazione e la sua immagine all'esterno.

In definitiva tutto ciò che la caratterizza e in base al quale si ritaglia una posizione nel mercato economico.

Nell'avvicendamento delle fasi di vita dell'impresa, sarà possibile trovarsi quindi in una di queste situazioni:

- Disequilibrio, ma mantenimento dell'equilibrio economico; si pensi a esempio a un'impresa sostanzialmente sana, in cui i ricavi soddisfino in maniera più che remunerativa i costi, ma che per una errata politica manageriale o anche più semplicemente per non esservi alternative di scelta, attui una politica di pagamenti e riscossioni che la ponga in situazione di squilibrio finanziario. In questo caso non si può assolutamente parlare di impresa in crisi tantomeno insolvente.
- Disequilibrio economico ma mantenimento dell'equilibrio finanziario; in questo caso l'impresa potrebbe trovarsi sia in una fase fisiologica che in una patologica. Nel primo caso pensiamo alla grande distribuzione alimentare che trae la redditività da un eccellente equilibrio finanziario ma che potrebbe essere in disequilibrio economico durante l'esercizio a causa della politica dei prezzi a ribasso, risolta poi dagli interessi attivi sul flusso finanziario conteggiati a fine anno. Nel secondo caso a un'impresa che sta avviandosi a una fase di contrazione dei ricavi ma che gode dell'equilibrio finanziario per la riscossione di crediti pregressi.

- Disequilibrio sia dal lato economico sia dal lato finanziario; in questo caso la patologia è in corso. Ma risulta fondamentale capirne lo stadio e lo stato d'avanzamento.

Da quanto sopra esposto è perciò evidente che l'equilibrio economico si riferisce alla capacità dell'impresa di generare sistematicamente un risultato economico positivo in un arco temporale di medio periodo, cioè di ottenere dalla propria attività un volume di ricavi che sia sufficiente alla copertura dei costi e alla remunerazione di tutti i fattori della produzione.

In definitiva:

- l'indicatore di sintesi dell'equilibrio economico è rappresentato dal reddito operativo netto, al netto dei proventi della gestione finanziaria o della gestione straordinaria che non inficiano la capacità dell'impresa di produrre reddito per mezzo della propria attività. Nell'analisi di tale equilibrio entrano a far parte anche una pluralità di ulteriori profili derivanti da indicatori di natura contabile desumibili dai bilanci di esercizio che precisano l'esistenza dell'equilibrio economico.

- La verifica dell'equilibrio finanziario vedrà invece l'analisi dei flussi finanziari, e più tipicamente il cash flow che indicherà in che misura i flussi delle entrate e delle uscite siano armoniosi nelle loro scadenze all'interno del sistema impresa. Uno dei principali fattori esaminati dagli studi di cash flow è sicuramente la capacità dell'azienda di reperire mezzi finanziari idonei, sia per quantità sia per qualità, al fabbisogno generato dalla gestione e alle rispettive condizioni di onerosità.

A questo punto diventa facile confermare quanto già detto, cioè che l'equilibrio fondamentale è quello economico e che difficilmente la crisi può avere natura esclusivamente finanziaria.

Lo squilibrio finanziario potrebbe essere legato a un'ipotesi di sottocapitalizzazione già in fase di avviamento dell'impresa o, all'aumento del fabbisogno finanziario conseguente a uno sviluppo rapido e finanziariamente non sostenibile dal risultato economico nel breve periodo; è palese che il ripristino dell'equilibrio finanziario, con immissione di nuovo capitale o di capitale di terzi, è sufficiente per risolvere la presunta condizione di crisi d'impresa.

Invece la crisi economica, legata a inefficienze organizzative, a prodotti non attrattivi, all'efficacia delle politiche di mercato, impone una reale rivoluzione all'interno del sistema impresa, poiché una semplice ricapitalizzazione che riporti l'equilibrio

finanziario non può mai assumere un valore risolutivo in quanto non in grado di eliminare le cause delle perdite economiche.

Le crisi, dunque, sono comunemente dovute a squilibri tra costi e ricavi, ossia a fatti economici che successivamente, con intervalli variabili a seconda dei casi, si traducono in fatti finanziari.

Individuare e valutare le componenti economiche e finanziarie della crisi aziendale è il primo obiettivo da raggiungere per impostare correttamente gli interventi di risanamento.

Una delle abilità fondamentali di chi governa l'azienda è, dunque, quella di cogliere in maniera tempestiva le situazioni critiche, per evitare che portino a una crisi aziendale irreversibile.

Ma, e qui l'errore di quanto scritto dai giuristi in merito alla crisi d'impresa, nella normativa si legge sempre di difficoltà finanziaria, difficoltà a far fronte agli impegni presi, difficoltà nei mesi successivi, ovvero nel tempo.

In realtà, qualunque studioso di economia aziendale sa bene che il flusso finanziario di ritorno rispetto a una situazione economicamente solida va dai dodici ai diciotto mesi a seguito della catena gestionale ordine-produzione-consegna- fatturazione-riscossione.

Ecco che nell'analizzare la crisi siano i valori economici quelli doverosamente da prendere in considerazione; l'azienda potrebbe mantenere intatta la capacità istantanea di mantenere positiva l'equazione economica, ma compromettere nello stesso tempo la possibilità in prospettiva di continuare a produrre valore. Sta al management l'onere di non limitarsi ad un'analisi hinc et nunc, ma approfondire gli studi sullo stato di salute dell'azienda con una visione prospettica di redditività.

## **1.2 Nota sulla capacità del gestore**

Di conseguenza il focus è sul reddito, o meglio sulla capacità dell'impresa di mantenere un equilibrio economico.

*Quando si può parlare di insolvenza?*

All'origine dell'irreversibile processo di decadimento aziendale viene posto un fenomeno di squilibrio e di inefficienza, che può avere origine interna o esterna; che porta a produzione di perdite di dimensioni sempre maggiori, che vedrà il deteriorarsi delle risorse dell'impresa anche in maniera formale, per esempio con l'annullamento

delle riserve di bilancio e delle quote di capitale, con l'erosione della liquidità, con l'appesantimento dei debiti, con la riduzione delle risorse destinate a funzioni essenziali e con l'impossibilità di distribuire dividendi.

Con l'insolvenza le perdite prodotte andranno a intaccare il patrimonio aziendale, quindi l'incapacità di far fronte regolarmente agli impegni presi diventa una conseguenza, non una causa. Perché l'impresa in possesso del suo patrimonio economico è sempre in grado di far fronte agli impegni contratti.

In questo momento la crisi cessa di essere solo un fatto interno all'azienda e genera una serie di effetti palesi; tra questi effetti possiamo individuare l'incapacità a fronteggiare le scadenze, la perdita di fiducia e di credito, lo sfaldamento della struttura organizzativa e la progressiva perdita della clientela. Buona parte degli interventi riparatori appariranno adesso tardivi e con probabilità di successo ridotte.

Di conseguenza non è in crisi, o insolvente l'impresa che non è in grado di far fronte ai suoi impegni tout court; potrebbe essere un'impresa, come già scritto, in carenza di liquidità, ma economicamente sana.

E' in crisi, o insolvente, l'impresa che non avendo più un equilibrio economico diventa incapace di avere un equilibrio finanziario.

La maggior parte delle imprese italiane, con la chiusura obbligatoria causa Covid 19, hanno visto bloccarsi i flussi economici, in quanto parte dei flussi finanziari hanno continuato ad arrivare poiché riferiti a movimenti economici precedenti alla chiusura.

Ma, l'ondata di fallimenti che ha colpito l'Italia dal 2008 a oggi, insieme al credit crunch, ha innescato un processo di selezione che ha reso le imprese italiane meno indebitate e finanziariamente più solide. I dati e gli score di Cerved indicano che, di fronte agli impatti del Covid 19, si presenta un sistema caratterizzato da un profilo economico-finanziario buono, con poche imprese 'zombie'.

Ciò che manca alle imprese (e che probabilmente mancherà per un arco temporale da delinearci fra i sei e i diciotto mesi) è la previsione della futura redditività, la quale è strettamente collegata non solo all'andamento del virus ma anche alla previsione di quante imprese siano e saranno in grado di reggere al momento di chiusura. È importante sottolineare come gli studi dimostrino che circa l'80% delle situazioni di crisi siano dovute in misura preminente a errori nella politica aziendale, e solo il 20% a cause esterne.

Sarebbe opportuno, di conseguenza, delineare tre fattispecie nelle quali possiamo oggi raggruppare le imprese italiane:

- le imprese già in crisi;
- le imprese in zona grigia o twilight zone;
- le imprese in grado di reggere la contrazione di ricavi.

a) Per quanto riguarda le prime, molte cadranno sotto la selezione darwiniana, non riaprendo o dichiarando la loro insolvenza nei primi mesi successivi alla ripartenza produttiva. Per le altre è palese l'opportunità di un'analisi che consenta di capire se l'impresa può essere posta nell'area crisi fisiologica o in quella crisi patologica.

Analisi che, per quanto sopraesposto, dovrà essere squisitamente economica, utilizzando gli opportuni strumenti aziendalistici, quali la misura del margine di contribuzione, e la BEA, sui risultati reddituali del triennio 2017-2019.

Una scarsa o inesistente redditività degli anni precedenti il Covid 19, una evidente incapacità di autogenerazione dell'impresa sono un chiaro segnale che la stessa si trova in area rischio patologico e che lo squilibrio economico degli anni precedenti porterà inevitabilmente in reale insolvenza nel post Covid 19. Con la conseguenza che potrà essere proseguita l'attività produttiva con la stessa azienda solo se gestita con un nuovo assetto proprietario e di controllo; l'alternativa sarà liquidare i singoli asset aziendali per coprire le passività o pervenire alla dichiarazione di fallimento.

Diversamente, invece, se la verifica di bilancio evidenzia segnali di difficoltà legati a:

- Crisi da inefficienza non strutturali: tale crisi si manifesta nel momento in cui una o più funzioni o business unit aziendali non hanno rendimenti in linea con quelli necessari, ma con la possibilità di un'area di intervento a correzione.
- Crisi da sovraccapacità/rigidità: tale crisi è data dallo squilibrio tra le potenzialità produttive e organizzative e i risultati in termini di produzione e reddito. Nell'azienda si verifica quindi uno squilibrio tra ampiezza della struttura organizzativa e richiesta del mercato. In questo caso è sufficiente l'alienazione degli asset sovradimensionati. È una tipologia di crisi che può essere risolta con l'analisi del make or buy, che fra l'altro consentirebbe la creazione di indotto e nuova imprenditorialità.
- Crisi da decadimento dei prodotti/ carenze di programmazione/innovazione: tale crisi può essere al momento superata con gli strumenti posti in essere da Industria 4.0.

b) Le imprese in zona grigia sono imprese che hanno conosciuto nell'esercizio precedente momenti di difficoltà economica; in definitiva vale quindi anche per queste quanto indicato per quelle palesemente in difficoltà. Un'analisi del triennio precedente, la verifica delle cause, le ricerca di eventuali soluzioni risanatorie.

Per queste imprese sarà più facile attuare una ristrutturazione: avviene nell'ambito delle combinazioni prodotti/mercati tradizionali e senza rilevanti variazioni dimensionali. Si realizza perseguendo il miglioramento dell'efficienza dei fattori produttivi essenziali, l'incidenza dei costi fissi di struttura e l'assetto finanziario - patrimoniale; una riconversione; un ridimensionamento; una riorganizzazione con un riposizionamento sul mercato dei prodotti o dei servizi offerti. Sia la dottrina che i casi pratici hanno dimostrato che le possibilità di successo dei processi di turnaround sono proporzionali al buon posizionamento strategicamente orientato dell'azienda.

Opportuno quindi identificare i tre elementi essenziali per il risanamento, ossia le risorse necessarie per l'attuazione del piano, i tempi necessari e gli obiettivi prestabiliti: nuovi afflussi di capitale, interni o esterni all'impresa ivi compresi gli aiuti pubblici erogati in tempi necessariamente brevi per tutelare la continuità d'impresa, in una sorta di periodo di moratoria in attesa dei flussi finanziari positivi rientranti dopo il processo di risanamento. Il processo di risanamento potrà dirsi concluso soltanto quando l'intera impresa sarà posta nuovamente in grado di tornare a creare valore economico.

Il piano di risanamento dovrà contenere il conto economico e lo stato patrimoniale che saranno redatti in via previsionale considerando le aree d'affari in cui l'impresa andrà ad operare secondo il progetto. In questi documenti gli amministratori dovranno indicare gli interventi sull'attivo, sul passivo, sul ramo economico e sulla gestione aziendale necessari per riportare l'attività produttiva sui giusti binari.

Nulla da dire sulle imprese che saranno in grado di reggere la contrazione derivante dall'emergenza epidemiologica.

A conclusione di queste considerazioni aziendalistiche pare chiaro che la situazione economica in cui si troveranno a breve le imprese non potrà prescindere dalle considerazioni sopra fatte. Anche in presenza di gravi squilibri economici e di conseguenza, o meglio, a conseguenza di, anche finanziari, non si potrà definire insolvente un'impresa il cui equilibrio economico è stato fino a ieri sostanzialmente solido.

Anche analisi più elaborate come quella predisposta da Altman e contestualizzata per le imprese italiane, dimostrano che, in assenza di segnali di crisi economica consolidata nel tempo, l'impresa non può essere definita in crisi patologica, quindi tantomeno insolvente; perché presentano caratteristiche di solidità nell'equilibrio esistente fra i costi e i ricavi d'esercizio.

Ne consegue, sul piano più strettamente giuridico, che, ove un'impresa sana o in zona grigia, ma con possibilità di recupero, si trovi a corto di liquidità dovuta alla crisi da lockdown per pandemia Covid 19, e venga attinta da un'istanza di fallimento di un qualche creditore insoddisfatto, a sua volta, forse, in difficoltà, la decisione, previa analisi della reale situazione economica, non solo finanziaria, non dovrebbe sfociare nel fallimento, posto che l'impresa si trova in uno stato non di insolvenza, bensì di temporanea illiquidità, la cui ampiezza temporale deve essere commisurata non tanto ai classici 6 mesi cui sono abituati i tribunali, ma ai 12-18 mesi della scienza aziendalistica, che oggi sicuramente possono essere dilatati a 24 mesi.

I tribunali dovrebbero pertanto accertare a mezzo di una rapida ctu, o basando la loro valutazione su attestazioni di professionisti indipendenti prodotte dalla parte interessata, se l'impresa era economicamente già decotta alla data del 9 marzo 2020 e, se l'impresa non risultasse già decotta in quel momento, perché sana o in zona grigia, nel senso che avrebbe ancora potuto rialzarsi senza il lockdown, dovrebbero rigettare l'istanza di fallimento per l'esistenza di una situazione non già di insolvenza, ma di temporanea illiquidità, peraltro determinata da "forza maggiore".

All'impossibilità di dichiarare l'esistenza dell'insolvenza potrebbe, peraltro, giungersi anche in via legislativa, come da più parti auspicato, attesa la situazione di preminente interesse generale, senza dover costringere i tribunali a prendere decisioni a macchia di leopardo, con pessime conseguenze in termini di certezza del diritto e di tenuta del sistema economico.

Al rigetto dell'istanza di fallimento per temporanea illiquidità potrebbe sostituirsi un lungo rinvio, per verificare all'esito lo stato economico dell'impresa, con l'inconveniente però di appesantire il lavoro della cancelleria senza una reale necessità di tenere pendente il processo, posto che l'istanza può sempre essere ripresentata se l'impresa non si rialza, e comunque l'assenza di controlli esercitati medio tempore dal tribunale renderebbe poco costruttivo il mero rinvio.

Meglio, piuttosto, immaginare, per effetto di un calibrato intervento legislativo, una gestione controllata dell'impresa, allo scopo di accompagnare l'imprenditore fuori dalla crisi e ad un tempo controllare il corretto utilizzo delle provvidenze statali, che in tale momento dovrebbero necessariamente giungere a sostegno delle imprese in difficoltà.

Si è parlato, a tal fine, di amministrazione controllata, o si è proposto di far funzionare già gli OCRI previsti dal Codice della Crisi, in una forma semplificata di OCC-COVID-19 (Organismi di Composizione della Crisi causata dal COVID-19)[39], mediante la nomina di uno o più professionisti della crisi d'impresa, con i compiti di accompagnamento ridetti, ma altre soluzioni nominali sono possibili, come anche una sorta di commissariamento dell'azienda (nomina di un commissario ad acta), con compiti limitati alla conduzione dell'azienda fuori dalla crisi insieme all'imprenditore, oppure con mere funzioni di vigilanza sulla gestione[40].

Ciò che conta, al di là del nomen prescelto e del contenitore giuridico, è la sostanza dell'affiancamento all'imprenditore, in chiave quanto meno di vigilanza, di uno o più professionisti che da un lato diano (ove occorra) consigli e dall'altro vigilino sull'uso dei fondi statali, portando l'imprenditore fuori dalla crisi, ed evitando comunque la dichiarazione di fallimento, a somiglianza di quanto avviene oggi nelle procedure di concordato, in cui il precommissario ha essenzialmente compiti di vigilanza e, latamente, di indirizzo sul corretto modo di procedere verso la presentazione del piano di concordato.

Si potrebbe prevedere anche un sistema di autorizzazioni del tribunale per gli atti più rilevanti, quanto meno per quelli di straordinaria amministrazione.

In ogni caso, come è stato già acutamente segnalato in dottrina[41], nella fase di accertamento del presupposto della temporanea illiquidità, che darebbe luogo alla fase successiva di accompagnamento dell'impresa fuori dalla crisi con i contributi dello Stato e la vigilanza del tribunale, non dovrebbe farsi questione di lana caprina per distinguere tra imprese sane che sono entrate in crisi esclusivamente per la pandemia (ed il conseguente lockdown) ed imprese che, a causa della chiusura totale delle attività, hanno subito l'ultima spallata, senza la quale si sarebbero ben potute rialzare, posto che, di questi tempi, ed è bene che ce ne facciamo tutti una ragione, deve senz'altro prevalere su ogni altra considerazione il favor debitoris, immaginando persino, ma sono scelte legislative, che si giunga, opportunamente e ben ponderando i casi in cui lo si possa

fare, alla cancellazione del debito verso l'Erario, verso i privati, che poi è quello che l'Italia stessa chiederebbe per sé, se potesse, all'Europa.

E allora perché non dare per primi l'esempio all'interno del Belpaese, posto che una Nazione di indebitati a vita non giova a nessun creditore e, similmente, non gioverebbe all'Europa avere quasi la metà dei suoi membri in condizioni di sudditanza finanziaria perenne?

Sarebbero, comunque, da evitare accuratamente soluzioni legislative che favorissero la circolazione dell'azienda in crisi da lockdown in un momento così delicato, sul presupposto che la stessa possa essere dichiarata fallita e quindi ceduta a terzi, con o senza un propedeutico affitto di azienda, e persino (si è detto) con il finanziamento dello Stato al compratore, invece di aiutare l'incolpevole imprenditore in crisi ad uscirne e a continuare a fare impresa, come è garantito dall'art. 41 della Costituzione: che libertà di impresa sarebbe quella per cui l'incolpevole crisi si traducesse in un esproprio legalizzato dell'azienda, rimandando a casa un buon imprenditore?

Questa discutibile opzione avrebbe come quasi certa conseguenza il trasferimento di molte aziende alla criminalità organizzata, che è sempre alla ricerca del miglior modo di impiegare i proventi del reato, o anche a fondi di investimento stranieri, o multinazionali danarose, verosimilmente cinesi o tedesche oppure olandesi, favorendo così la forzata colonizzazione delle imprese nazionali, e il fiorire di un triste mercato di consulenza d'affari (di supporto alle cessioni delle aziende improvvidamente dichiarate fallite).

Il 15 luglio 2022 è entrato in vigore il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, a seguito di un lungo percorso normativo e dei numerosi rinvii imposti dalla pandemia, nonché dalla necessità di adattare gli istituti originariamente previsti dal Codice ai principi della direttiva europea (UE) 1023/2019 in tema di ristrutturazione e insolvenza. Si tratta di una riforma fondamentale per la salvaguardia del valore delle imprese, per un'efficiente tutela dei creditori e per il sistema economico nel suo complesso. Essa giunge a compimento in un contesto storico ed economico molto diverso da quello in cui ha avuto origine, profondamente segnato dagli effetti di una crisi sistemica – generata dall'emergenza sanitaria e acuita dalle conseguenze economiche del conflitto Russo-Ucraino – che ha imposto una ponderata valutazione degli istituti per la gestione della crisi d'impresa.

Sul piano delle fonti, il Codice abroga la legge fallimentare del 1942 e la legge sul sovraindebitamento, regolando in un unico testo normativo il fenomeno della crisi e dell'insolvenza dell'imprenditore commerciale, dell'imprenditore agricolo, della piccola impresa, del professionista e del consumatore, attraverso principi generali applicabili a tutti i debitori e regole specifiche che variano in base alla natura del soggetto e alla diversa situazione di difficoltà in cui si trova l'impresa (probabilità di crisi, crisi, insolvenza, sovraindebitamento).

Le nuove norme prevedono, inoltre, una disciplina specifica per le società e per i gruppi d'impresa, attribuendo specifico rilievo ai moderni fenomeni di organizzazione dell'attività d'impresa.

L'iter si è svolto in tre tempi con:

- i) il decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, che ha introdotto la prima formulazione del Codice della crisi in attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 per la riforma delle discipline della crisi e dell'insolvenza;
- ii) il decreto legislativo 26 ottobre 2020, n. 147, che ha introdotto le prime disposizioni correttive;
- iii) il decreto legislativo 17 giugno 2022, n. 83, che ha modificato il Codice in attuazione della direttiva (UE) 1023/2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione.

La disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento confluita nel Codice viene semplificata e armonizzata con il sistema delle procedure concorsuali. Di tali modifiche si darà, tuttavia, sinteticamente conto al solo fine di individuare i soggetti ad essa sottoposti e le procedure a cui possono accedere.

Restano escluse dal Codice la procedura di amministrazione straordinaria nelle sue diverse varianti e la procedura di liquidazione coatta amministrativa prevista dalle leggi speciali per particolari tipologie di soggetti (es. banche, assicurazioni, ecc.)

Il complesso degli istituti regolati – in linea con i principi europei – si ispira a una concezione di recupero della capacità produttiva dell'impresa, nell'interesse di tutti i soggetti coinvolti nella crisi (debitore, creditori, lavoratori, soci, ecc.), da realizzare attraverso meccanismi di prevenzione e diagnosi tempestiva delle diverse situazioni di difficoltà in cui può trovarsi l'impresa e il rapido accesso a soluzioni giudiziali o

stragiudiziali modulabili in base alle caratteristiche della crisi. Al contempo, l'insolvenza cessa di essere considerata in termini sanzionatori, configurandosi come uno dei possibili esiti dell'attività d'impresa, da gestire anche con strumenti di liquidazione semplificati, in modo da garantire una rapida allocazione delle risorse per l'efficienza del sistema economico generale. Gli stessi termini "fallimento" e "fallito", connotati da un elevato disvalore sociale, vengono eliminati e vengono modificate le regole sull'esdebitazione per assicurare rapide ripartenze (cd. fresh start).

Per realizzare questi obiettivi il Codice delinea tre tipi di strumenti:

a) Gli strumenti per la prevenzione della crisi che ruotano intorno alla definizione di crisi e all'introduzione della nuova categoria della "probabilità di crisi", segnando l'anticipazione del momento a partire dal quale operano i doveri di monitoraggio e intervento posti in capo all'imprenditore. Il Codice guarda alla crisi come una disfunzione dell'attività economica programmata, che può essere intercettata tempestivamente attraverso la predisposizione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili funzionali alla sua rilevazione e che può essere superata anche attraverso il ricorso al nuovo istituto della composizione negoziata della crisi. Si tratta di un percorso di carattere volontario e stragiudiziale che agevola l'imprenditore nelle trattative con i creditori e nelle rinegoziazioni dei contratti necessarie per il superamento della situazione di difficoltà dell'impresa, senza pregiudicare gli interessi dei soggetti coinvolti. Nell'ambito dell'istituto si collocano, inoltre, in funzione di prevenzione i nuovi doveri di segnalazione posti in capo agli organi di controllo e ai creditori pubblici qualificati.

b) Gli strumenti per la ristrutturazione, ai quali viene espressamente riconosciuta priorità di trattazione rispetto alle soluzioni liquidatorie. Il Codice conserva tutte le soluzioni per la regolazione della crisi previste dalla precedente legge fallimentare (accordi in esecuzione dei piani di risanamento, convenzione di moratoria, accordi di ristrutturazione dei debiti, concordato preventivo), modificandone in parte il contenuto e introducendone di nuove (piano di ristrutturazione omologato, accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa e agevolati), al fine di favorire la continuità, anche indiretta, dell'attività d'impresa. La nuova disciplina segna un passo importante per

l'ammodernamento delle regole per la ristrutturazione, in linea con i principi europei, tesi a valorizzare l'accessibilità alle procedure e l'autonomia negoziale delle parti verso il perseguimento di un equilibrio ottimale tra tutela del credito e tutela della continuità aziendale. Sul piano procedurale, tuttavia, il quadro appare articolato e complesso e impegna interpreti e operatori a un importante sforzo per comprendere i presupposti e le opportunità di ciascun istituto al fine di indirizzare le scelte più efficienti in base alle diverse situazioni di difficoltà dell'impresa.

c) Gli strumenti per la liquidazione e il fresh start caratterizzati dall'eliminazione del disvalore sociale del fallimento e dall'obiettivo di garantire una maggior efficienza delle procedure, sia in termini di riduzione dei tempi, sia di maggior soddisfazione dei creditori. Il Codice, in particolare, accanto ad alcune semplificazioni procedurali alla liquidazione giudiziale (ex fallimento) e al concordato liquidatorio, introduce il nuovo istituto del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, una procedura rapida e snella a cui è possibile accedere solo nel caso in cui il debitore abbia fatto ricorso al percorso della composizione negoziata della crisi. Per assicurare il cambiamento culturale nella gestione dell'insolvenza il Codice, infine, estende l'esdebitazione a tutti i debitori, prevedendo altresì che possa essere ottenuta decorsi al massimo tre anni dall'apertura della liquidazione giudiziale. Il Codice prevede alcune importanti regole processuali, intendendo delineare un "procedimento unitario" per l'accesso a tutti gli strumenti per la regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale. Le nuove norme mirano a ridurre il rischio di sovrapposizioni tra procedure, attraverso la creazione di un unico contenitore processuale in cui far confluire le domande di tutti i soggetti legittimati, ancorché tra loro contrapposte. Le procedure, tuttavia, pur essendo introdotte da un unico ricorso continuano ad avere discipline autonome e separate, contenute in diverse parti del Codice, comportando anche in questo caso un significativo impegno per gli operatori nell'assicurare il buon funzionamento delle regole.

Il nuovo Codice della Crisi si compone di 391 articoli<sup>5</sup>, suddivisi in quattro parti. La prima parte è dedicata al Codice della crisi e dell'insolvenza (artt. 1- 374); la seconda parte alle Modifiche al Codice civile (artt. 375- 384); la terza parte alle Garanzie per gli acquirenti di immobili da costruire (artt. 385- 388); la quarta parte alle Disposizioni transitorie e finali (artt. 389- 391). La prima parte (artt. 1- 374) è

suddivisa in dieci Titoli, articolati in capi e sezioni: Titolo I - Disposizioni generali (artt. 1 – 11); Titolo II - Composizione negoziata della crisi, piattaforma unica nazionale, concordato semplificato e segnalazioni per la anticipata emersione della crisi (artt. 12 – 25-undecies); Titolo III - Strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (artt. 26 – 55); Titolo IV - Strumenti di regolazione della crisi (artt. 56 – 120-quinquies); Titolo V - Liquidazione giudiziale (artt. 121 – 283); Titolo VI - Disposizioni relative ai gruppi di imprese (artt. 284 – 292); Titolo VII - Liquidazione coatta amministrativa (artt. 293 – 316); Titolo VIII - Liquidazione giudiziale e misure cautelari penali (artt. 317 – 321); Titolo IX - Disposizioni penali (artt. 322 – 347); Titolo X - Disposizioni per l'attuazione del Codice della Crisi e dell'Insolvenza, norme di coordinamento e disciplina transitoria (artt. 348 – 374).

Questa suddivisione antepone le disposizioni generali sulle definizioni e sugli obblighi gravanti sulle parti e le norme di carattere processuale alla disciplina sostanziale degli istituti. L'ordine di questi ultimi, nella sistematica del Codice, è inoltre invertito rispetto alla precedente legge fallimentare e gli strumenti negoziali per la ristrutturazione sono collocati prima della procedura di liquidazione giudiziale. Di seguito si illustrano sinteticamente i principali istituti riformati, soffermandosi sui profili di maggior modernità della disciplina e sulle scelte effettuate in coerenza con i principi della direttiva europea. Sono richiamate altresì le prime pronunce giurisprudenziali e alcune criticità emerse dal dibattito dottrinale.

### ***1.3 I soggetti: doveri delle parti e interessi tutelati***

Il Codice della Crisi disciplina le situazioni di crisi o insolvenza di diverse tipologie di debitori: i) il professionista e il consumatore; l'impresa commerciale, artigianale o agricola, esercitata in forma individuale o collettiva; i gruppi d'impresе, le società pubbliche.

Sono esclusi, invece, dall'ambito di applicazione del Codice lo Stato e gli enti pubblici (articolo 1).

In base alla natura e dimensioni dell'impresa è regolato l'accesso ai vari strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza. Il Codice, dunque, non muta il criterio di classificazione degli strumenti sulla base dei profili soggettivi delle imprese, già previsto dalla legge fallimentare, e chiarisce in modo espresso i requisiti per

l'accesso alle diverse procedure, risolvendo alcuni dubbi giurisprudenziali. Si afferma, invece, un cambio di prospettiva del quadro degli interessi tutelati, rispetto alla originaria legge fallimentare, in parte già anticipato dalle riforme che si sono susseguite a partire dagli anni 2005- 2006. Le disposizioni del Codice, in linea con i principi della direttiva europea, sono volte a preservare il valore dell'impresa, considerata come bene giuridico in sé, da tutelare nell'interesse non solo dei creditori, ma anche dello stesso debitore, dei soci, dei lavoratori e del sistema economico generale. In quest'ottica la tutela dei creditori può essere, entro certi limiti, ragionevolmente attenuata. Tale evoluzione si registra, in diverse sezioni del Codice, come, ad esempio, nell'ambito delle procedure di ristrutturazione, nelle quali il parametro di riferimento ai fini dell'omologazione non è più individuato nel miglior soddisfacimento dei creditori rispetto ad ogni alternativa concretamente perseguibile, ma “nell'assenza di pregiudizio rispetto all'alternativa liquidatoria”; oppure nelle disposizioni che consentono, in deroga ai principi civilistici della responsabilità patrimoniale e dell'ordine delle cause di prelazione, la distribuzione del surplus derivante dalla continuità aziendale anche ai soci, e ancora nelle disposizioni poste a tutela dei rapporti di lavoro.

### ***1.3.1 L'impresa, l'imprenditore e i requisiti soggettivi per l'accesso agli istituti***

Con riguardo alla dimensione dell'impresa, il Codice fornisce in primo luogo la definizione di impresa minore riproponendo i parametri dimensionali già previsti dalla legge fallimentare. È “minore” l'impresa che presenta congiuntamente, nei tre esercizi antecedenti alla data di deposito di una domanda di accesso agli strumenti previsti dal Codice, o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore:

- i) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore a trecento mila euro;
- ii) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore a duecentomila euro;
- iii) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiori a cinquecento mila euro.

L'impresa minore può accedere al concordato minore, disciplinato nell'ambito delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, previste dal Capo II del

titolo III del Codice, e alla liquidazione controllata del sovraindebitato, disciplinata dal capo IX del Titolo V9.

Essa può accedere, altresì, al pari di tutti gli altri imprenditori a prescindere dalla dimensione e natura, al nuovo istituto della composizione negoziata della crisi e agli accordi in esecuzione del piano attestato di risanamento. L'impresa non minore, e cioè l'impresa che supera anche uno solo dei parametri indicati per l'impresa minore, a prescindere dalla sua natura (commerciale, agricola, ecc.) può accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Il concordato preventivo e il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione sono infine riservati soltanto all'impresa commerciale non minore. A quest'ultima è inoltre riservato l'accesso alla liquidazione giudiziale.

### ***1.3.2 I doveri dell'imprenditore***

A prescindere dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa, tutti gli imprenditori nel corso della composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso alle procedure, sono tenuti a comportarsi secondo buona fede e correttezza (articolo 4).

Accanto a questo dovere generale, sull'imprenditore gravano tre tipi di obblighi:

- i) obblighi di informazione ai creditori sulla situazione dell'impresa;
- ii) obblighi di tempestiva adozione di misure idonee a rilevare la crisi e ad assumere tempestivamente le iniziative idonee al superamento delle situazioni di difficoltà dell'impresa e alla rapida definizione dello strumento prescelto;
- iii) l'obbligo di gestione del patrimonio e dell'impresa.

Tali previsioni si applicano anche all'imprenditore agricolo e alle start-up innovative. L'impresa minore nell'interesse prioritario dei debitori durante i procedimenti previsti dal Codice, diversi dalla composizione negoziata.

Il primo obbligo risulta adempiuto quando le informazioni fornite sono complete, veritiere e trasparenti. Tali requisiti assumono specifica rilevanza rispetto ai dati di bilancio che dovranno essere forniti secondo i criteri valutativi ordinariamente adottati in sede di redazione del bilancio e nel rispetto del canone della chiarezza. È completa l'informazione quando essa è necessaria e appropriata rispetto alle trattative avviate o al procedimento di regolazione prescelto, secondo una valutazione di carattere funzionale.

L'obbligo di tempestiva attivazione da parte del debitore si lega all'obiettivo di garantire l'emersione precoce delle situazioni di difficoltà al fine di massimizzare le chance di superamento delle stesse. Esso ribadisce l'obbligo già previsto dall'art. 2086 del codice civile e, per l'imprenditore collettivo può essere utilmente adempiuto solo se siano stati predisposti adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili finalizzati alla prevenzione della crisi e della perdita della continuità aziendale.

La celerità nell'assunzione delle iniziative è posta anche a presidio degli interessi dei creditori, poiché evita la dispersione dei valori sia in caso di continuità sia nell'ambito delle procedure dirette alla liquidazione.

L'obbligo di gestire il patrimonio e l'impresa nell'interesse prioritario dei creditori quando si accede ad uno dei procedimenti previsti dal codice, discende dal fatto che il debitore versa in stato di crisi o di insolvenza, con la conseguenza che egli è tenuto ad evitare condotte che pongano a rischio la garanzia patrimoniale dei creditori. L'obbligo di perseguire l'interesse prioritario dei creditori, tuttavia, assume sfumature diverse in base alle caratteristiche e alle finalità delle singole procedure. Così, nell'ambito del concordato preventivo in continuità, l'alea connessa alla probabilità che il tentativo di ristrutturazione non abbia successo non si scontra con il principio di priorità dell'interesse creditorio fino a che il soddisfacimento dei creditori sia realizzabile in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria, che appare essere la specifica finalità perseguita dallo strumento.

Nell'ambito delle trattative e della composizione negoziata, invece, la gestione – che compete esclusivamente al debitore, secondo il principio di derivazione comunitaria del debtor in possession – deve svolgersi “senza pregiudicare ingiustamente gli interessi” dei creditori e non “nel prioritario interesse” di questi. Anche in questo caso, tuttavia, il Codice prevede diversi criteri di gestione che variano in base allo stato di squilibrio che ha determinato l'accesso alla composizione negoziata.

In particolare, l'art. 21 del Codice prevede che se l'imprenditore versa in uno stato di crisi, dovrà gestire l'impresa “in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività”. Tale dovere impone al debitore l'adozione di condotte imprenditoriali volte a preservare la continuità aziendale. Ne consegue che il debitore – pur potendo continuare a compiere tutti gli atti che costituiscono

fisiologicamente attuazione dell'oggetto sociale – dovrà evitare il compimento di quegli atti che rischiano di aggravare ulteriormente la situazione di squilibrio economico-patrimoniale dell'impresa, minacciandone la continuità stessa. Quando, invece, l'imprenditore è in stato di insolvenza reversibile, quando cioè pur essendo insolvente sussistono concrete prospettive di risanamento, grava sull'imprenditore il più intenso obbligo di gestire l'impresa nel corso della procedura “nel prevalente interesse dei creditori”. Ciò comporta che il debitore, pur non essendo tenuto a una gestione meramente conservativa dell'integrità del patrimonio in funzione della sua liquidazione, dovrà attentamente ponderare, eventualmente insieme all'esperto, le conseguenze delle iniziative intraprese, tenendo conto del prevalente interesse dei creditori alla soddisfazione delle proprie pretese.

### ***1.3.3 I creditori***

I creditori nel Codice della crisi sono destinatari, insieme al debitore, dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza, che si estrinseca in obblighi di contenuto specifico e speculare rispetto a quelli del debitore (articolo 4). Pertanto, al dovere informativo che grava sull'imprenditore corrisponde il dovere di riservatezza dei creditori sulle informazioni che sono state fornite. I creditori devono rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione del debitore, sulle iniziative da questi assunte e sulle informazioni acquisite, rientrando nell'obbligo di riservatezza anche la notizia dell'avvio delle stesse trattative da parte del debitore.

Nell'ambito della composizione negoziata, con riguardo ai creditori e alle altre parti coinvolte (fornitori, clienti, ecc.) è imposto il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto. Il Codice pone, inoltre, in capo alle stesse lo specifico obbligo di dare riscontro alle proposte e alle richieste ricevute, in modo tempestivo e motivato (art. 16 ult. Comma). Si tratta di un obbligo che si collega alla necessità di garantire la celerità delle procedure per favorirne la migliore riuscita. Alla luce dell'importanza dei creditori finanziari per il successo del tentativo di risanamento, il dovere collaborazione leale e tempestiva è ulteriormente specificato per le banche, gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti. Questi sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato, evitando comportamenti ostruzionistici o dilatori. Il complesso di tali

doveri, tuttavia, non impone ai creditori di dover prestare il proprio consenso alle proposte del debitore, ma di collaborare in modo tempestivo e concludente alle trattative. Eventuali comportamenti contrari a tali principi possono dar luogo ad azioni risarcitorie del debitore, di altri creditori o del curatore (in caso di successivo fallimento) qualora sia possibile provare che il silenzio o il ritardo nella risposta abbia causato il fallimento del tentativo di risanamento o quantomeno un aggravamento del dissesto.

#### ***1.3.4 I Lavoratori***

La tutela dei lavoratori nell'ambito degli strumenti di allerta e dei quadri di ristrutturazione preventiva è uno degli obiettivi principali cui tende la direttiva 1023/2019/13 e la direttiva 2002/14/CE dalla prima richiamata. Come conseguenza, il Codice nell'attuazione dei principi europei ha introdotto numerosi istituti, alcuni di carattere generale, altri di applicazione specifica che tendono alla salvaguardia degli interessi dei lavoratori in presenza di una situazione di crisi dell'impresa.

In primo luogo, il Codice introduce una speciale procedura di consultazione sindacale attivabile da tutte le imprese che occupino più di quindici dipendenti, quando non siano previste diverse procedure di informazione e consultazione ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. g, del d.lgs. 25/2007. L'art. 4 comma 3 del Codice prevede che il datore di lavoro debba informare per iscritto, anche a mezzo di posta elettronica certificata le rappresentanze sindacali costituite in azienda, nonché i sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicabile, delle rilevanti determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, che riguardino anche soltanto l'organizzazione del lavoro e le modalità di svolgimento delle prestazioni, assunte durante le trattative attivate nell'ambito della composizione negoziata o previste dal piano di uno degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Entro tre giorni dalla ricezione della comunicazione, i destinatari possono chiedere all'imprenditore un incontro. La conseguente consultazione deve avere inizio entro cinque giorni dal ricevimento dell'istanza e, salvo diverso accordo tra i partecipanti, si intende esaurita decorsi dieci giorni dal suo inizio. La consultazione si svolge con

vincolo di riservatezza rispetto alle informazioni qualificate come tali dal datore di lavoro o dai suoi rappresentanti nel legittimo interesse dell'impresa.

Oltre agli obblighi di informazione e consultazione sindacale il Codice prevede numerose disposizioni, soprattutto nell'ambito del concordato preventivo in continuità, a tutela dei diritti dei lavoratori. Tra queste si segnalano, in particolare:

- i) la previsione di cui all'art. 84 del Codice che, da un lato, esclude per i lavoratori assistiti da privilegio generale ai sensi dell'art.2751-bis del Codice civile, l'applicabilità della regola della priorità relativa nella distribuzione del plusvalore da continuità ( v. par. 4.4), e dall'altro, impone che la proposta e il piano assicurino i diritti pensionistici di cui all'art. 2116 del Codice civile;
- ii) l'art. 86 del codice che sempre nel concordato preventivo limita la durata della moratoria dei crediti eventualmente prevista dal piano a soli sei mesi dall'omologazione qualora si tratti di diritti di lavoratori dipendenti assistiti da privilegio generale ai sensi dell'art.2751- bis del Codice civile; iii) l'art. 100 che consente all'imprenditore di richiedere e ottenere dal Tribunale l'autorizzazione al pagamento delle retribuzioni dovute per le mensilità antecedenti il deposito del ricorso, ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione.

### ***1.3.5 La società e i suoi soci***

Il Codice introduce norme inedite per l'accesso delle imprese che assumono forma societaria agli strumenti di ristrutturazione e insolvenza e dedica per la prima volta, nell'ambito della disciplina delle crisi, uno spazio significativo al ruolo assunto dai soci di società di capitali e al loro trattamento.

In primo luogo, l'art. 120-bis del Codice introduce una disciplina unitaria per tutte le società (di persone e di capitali) che affida alla competenza esclusiva degli amministratori le decisioni relative all'accesso a uno degli strumenti di ristrutturazione o insolvenza e la determinazione del contenuto concreto della proposta ai creditori e del relativo piano. La decisione di accedere ad uno strumento e le determinazioni dei contenuti di esso, come chiarito dalla relazione illustrativa, costituiscono attuazione degli obblighi, gravanti sugli amministratori, di immediata attivazione per il superamento della situazione di crisi e il recupero della continuità aziendale, di cui all'art. 2086, co. 2 del Codice civile e ciò giustifica l'inderogabilità

della loro competenza esclusiva<sup>16</sup>. Ne deriva che, a differenza del passato, non è ammessa la previsione di una deroga statutaria a tale competenza. La domanda giudiziale (il ricorso) per l'accesso alla procedura è invece sottoscritta da coloro che hanno la rappresentanza legale della società.

La scelta, assunta dagli amministratori, di accedere a uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza deve risultare da verbale redatto da notaio che è depositato e iscritto nel registro delle imprese. Dalla iscrizione della deliberazione di accesso allo strumento e fino alla sua omologazione la revoca degli amministratori è inefficace se non ricorre una giusta causa. Il Codice prevede, inoltre, espressamente che non è considerata giusta causa di revoca degli amministratori la decisione di accedere ad uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza quando ne ricorrono le condizioni di legge. Una volta attivato il procedimento, le deliberazioni di revoca per giusta causa, sono in ogni caso sottoposte all'approvazione del Tribunale, in particolare della sezione specializzata in materia di impresa competente, sentiti gli interessati.

A fare da contrappeso all'ampiezza dei poteri attribuiti agli amministratori è posto in capo agli stessi il dovere di informare i soci riguardo sia la decisione di accedere alle procedure, sia lo strumento prescelto.

#### ***1.4 Il trattamento dei soci nelle procedure per la ristrutturazione***

Nel nostro ordinamento, i soci in qualità di creditori postergati della sola quota di capitale sottoscritto (cd. residual claimants), venivano normalmente esclusi dal concorso nelle procedure per incapacità del patrimonio e non avevano diritto di voto sul piano.

Quando il piano di ristrutturazione prevedeva operazioni incidenti sul capitale sociale (es. conversione del debito in azioni, aumenti di capitale con esclusione del diritto di opzione, ecc.), era tuttavia sempre necessario il loro consenso nel rispetto delle competenze e delle regole procedimentali stabilite dal diritto societario. In tali situazioni, la deliberazione dell'assemblea straordinaria diventava fase essenziale del processo di ristrutturazione, anche se la sua efficacia era di norma subordinata all'approvazione o all'adesione dei creditori alla proposta e sospensivamente condizionata all'omologa del concordato preventivo.

Spesso, tuttavia, i soci non dimostravano nessun interesse a prestare il loro consenso, essendo inclini, invece, ad ostacolare i tentativi di ristrutturazione, quando ne derivava inevitabilmente il ridimensionamento, se non l'azzeramento della loro partecipazione.

Per superare questi ostacoli e tutelare gli interessi dei soci a partecipare alla ristrutturazione, il Codice, in attuazione dei principi della direttiva, da un lato, ha introdotto regole per impedire ai soci – in qualità di titolari dei poteri di formazione della volontà sociale – di ostacolare l'adozione, l'omologazione e l'implementazione di un piano di ristrutturazione e dall'altro, ha introdotto la possibilità per i soci stessi di essere collocati in una classe di creditori e di ricevere una percentuale del valore derivante dalla continuità aziendale attraverso l'introduzione della cd. regola della priorità relativa di cui si dirà in seguito.

Sul primo aspetto, in particolare, il Codice oltre a prevedere la competenza esclusiva degli amministratori sulle decisioni relative all'accesso a uno degli strumenti di ristrutturazione o insolvenza, stabilisce che il piano da questi redatto, esclusivamente al fine di assicurare un esito positivo della ristrutturazione, può prevedere qualsiasi modificazione dello statuto della società debitrice, inclusi aumenti e riduzioni del 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 del Codice esclude, inoltre, la necessità di una delibera assembleare quando il piano preveda l'aumento, la riduzione del capitale o altre modifiche statutarie che non richiedono l'assunzione di ulteriori determinazioni, chiarendo che gli effetti delle previsioni del piano si producono sin dal momento dell'omologazione dello strumento secondo i termini ivi previsti. Il provvedimento di omologazione del Tribunale demanda agli amministratori l'adozione di ogni altro atto necessario a dare attuazione al piano e li autorizza a porre in essere entro i successivi 30 giorni o nel diverso termine previsto, le ulteriori modificazioni statutarie programmate.

In caso di inerzia degli amministratori, su richiesta di qualsiasi interessato e sentiti gli amministratori, può nominare un amministratore giudiziario attribuendogli i

poteri necessari a provvedere in loro vece e a disporre la revoca degli amministratori per giusta causa.

In ogni caso le modificazioni della compagine sociale previste in attuazione di uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza, a pena di inefficacia di patti contrari, non possono essere causa di risoluzione o modificazioni di contratti conclusi dalla società (art. 120-quinquies, comma 3). Sono quindi inefficaci le cd. clausole di change of control, che determinino la risoluzione o il diritto di recesso nei casi di mutamento della compagine sociale nei contratti stipulati dalla società.

### ***1.5 Il voto dei soci e la distribuzione del valore***

Un secondo aspetto di grande novità è la previsione secondo cui nei casi in cui lo strumento prescelto sia un concordato oppure un piano di ristrutturazione omologato e il piano preveda modifiche che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, il piano stesso deve prevedere la formazione di una o più classi di soci affinché questi esprimano il loro voto sul piano. Il classamento degli azionisti è inoltre sempre obbligatorio quando lo strumento riguardi società che accedono al mercato del capitale di rischio. Quando non ricorrono le suddette condizioni il classamento dei soci è facoltativo.

In virtù del classamento i soci hanno la possibilità di partecipare al procedimento di approvazione del piano quando essi ne risultino incisi, assumendo la veste — di derivazione comunitaria — di “parti interessate”.

I soci suddivisi in classi votano nelle forme e nei termini previsti per i creditori, tuttavia, all'interno di ciascuna classe ciascun socio ha diritto di voto in misura proporzionale alla quota di capitale posseduta anteriormente alla presentazione della domanda, indipendentemente dai diritti di voto riconosciuti dallo statuto in assemblea<sup>23</sup>. A differenza di quanto accade con i creditori, invece, la mancata espressione del voto entro il termine stabilito per le operazioni di voto è equiparata a consenso. Vale quindi la regola del silenzio assenso.

La divisione dei soci in classi consente inoltre di prevedere nel piano che il plusvalore da continuità sia riservato anche a tali soggetti. In presenza di classi di creditori dissenzienti, tuttavia, l'omologazione del concordato sarà possibile solo se il trattamento riservato alle classi dissenzienti rispetti la regola di priorità relativa (in

base alla quale il trattamento proposto a ciascuna classe dissenziente deve essere altrettanto favorevole rispetto alle classi del medesimo rango e più favorevole rispetto alle classi di rango inferiore) anche se a tali classi venisse destinato il valore complessivamente riservato ai soci ( art. 120 quater). Quando non sussistono classi di pari rango o di rango inferiore a quella dissenziente, la regola della priorità relativa è rispettata laddove il valore complessivamente destinato alla classe di creditori dissenzienti sia superiore rispetto a quello complessivamente destinato ai soci. Per valore riservato ai soci s'intende il valore effettivo, conseguente all'omologazione, delle loro partecipazioni o degli strumenti che consentono di acquisirle, senza tenere conto di quanto da essi apportato in sede di ristrutturazione a titolo di nuovi conferimenti o di versamenti a fondo perduto. La regola della suddivisione in classi consente, inoltre, al socio dissenziente di proporre opposizione al piano invocando la non convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria.

### ***1.6 I gruppi d'impresa***

Il Codice della crisi introduce per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina organica dedicata alla crisi e all'insolvenza dei gruppi di imprese, cui è dedicato l'intero Titolo VI.

Emerge dalle nuove norme l'intenzione di attribuire rilievo al fenomeno economico organizzativo del gruppo d'impresa, prevedendo una specifica regolamentazione, diretta a preservare le sinergie e i legami tra imprese anche nella fase patologica, per la gestione coordinata della crisi limitando le diseconomie derivanti da un approccio atomistico alla soluzione della crisi nell'interesse della continuità aziendale del gruppo e della miglior soddisfazione dei creditori delle singole realtà che lo compongono.

In particolare, il Codice fornisce una specifica definizione di gruppo di imprese – valida ai fini dell'applicazione delle norme del codice – che si configura come “l'insieme delle società, delle imprese o degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-septies del Codice civile, esercitano o sono sottoposti a direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica” (articolo 1, comma 1 lett. h).

Tale definizione è incentrata sul concetto di direzione e coordinamento delineata dal Codice civile. Si tratta di una scelta coerente con la finalità di utilizzare anche in ambito concorsuale nozioni già note e ampiamente interpretate da dottrina e giurisprudenza. Rispetto al Codice civile la nozione, tuttavia, specifica che l'attività di direzione e coordinamento può essere esercitata anche da una persona fisica. Inoltre, sono espressamente inserite nel perimetro del gruppo non solo le imprese o gli enti sottoposte a direzione e coordinamento, ma anche quelli che esercitano tale attività. Sono invece espressamente esclusi da tale nozione lo Stato e gli enti pubblici territoriali.

La nozione di gruppo prevista dal codice richiama, inoltre, le presunzioni di cui all'articolo 2497 del Codice civile, stabilendo che: l'attività di direzione e coordinamento si presume, salvo prova contraria, essere esercitata a) dalla società o ente tenuto al consolidamento dei bilanci; b) dalla società o ente che le controlla, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto.

È prevista, infine, una specifica definizione anche per i cd. gruppi di imprese di rilevante dimensione, considerando tali: "i gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettano i limiti numerici di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7 della direttiva 2013/34/UE (articolo. 2 lett. i).

Il Codice dedica al gruppo di imprese, a prescindere dalla sua dimensione, una speciale disciplina: i) per l'accesso alla composizione negoziata della crisi e per lo svolgimento delle trattative; ii) per gli accordi di ristrutturazione, il concordato preventivo e piano attestato di gruppo; iii) per la liquidazione giudiziale di gruppo.

Si tratta di regole che mirano a realizzare forme di coordinamento procedimentale e di cooperazione quando la crisi o l'insolvenza riguardi più imprese del gruppo.

### ***1.7 I diversi stadi di difficoltà dell'impresa***

Il Codice regola tre stadi di difficoltà dell'impresa in base ai quali si delineano i presupposti per l'accesso alle diverse procedure: la probabilità di crisi; la crisi e l'insolvenza.

#### *Pre-crisi, crisi e insolvenza*

Il Codice per la prima volta offre una espressa definizione di crisi, intesa come: “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” (articolo 2, comma 1, lett. a) . La nuova disposizione, ponendosi in linea di continuità con la nozione giurisprudenziale, colma un’evidente lacuna dell’ordinamento separando concettualmente lo stato di crisi dallo stato di insolvenza, che continua ad essere definito come la situazione in cui il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (articolo 2, comma 1, lett. b)

La nozione di crisi indicata nel Codice adotta l’approccio interno-previsionale proprio delle scienze aziendalistiche che si fonda su piani di natura previsionale che espongono le dinamiche future di gestione, attraverso la comparazione tra flussi di cassa futuri e debiti, e sulla cui base si può valutare la sostenibilità futura dell’attività. L’arco temporale di riferimento è di 12 mesi, allineato a quello previsto per il monitoraggio della continuità aziendale dalle indicazioni di natura contabile.

Accanto alla nozione di crisi e insolvenza il Codice considera un’altra situazione di difficoltà dell’impresa che si identifica con la condizione di “squilibrio patrimoniale o economico- finanziario che rende probabile la crisi o l’insolvenza” e che costituisce il presupposto per l’accesso al nuovo strumento della composizione negoziata della crisi (su cui v. par. 3.2). Viene quindi introdotto un nuovo concetto: la “probabilità di crisi” (c.d. precrisi) che si caratterizza per la sussistenza di uno squilibrio (patrimoniale o economico- finanziario), ma non tale da determinare la mancata copertura delle obbligazioni dei successivi 12 mesi con i corrispondenti flussi di cassa.

Questa novità si giustifica per la necessità di porre una maggiore attenzione al profilo di prevenzione della crisi, che impone un monitoraggio dell’andamento dell’impresa (realizzato attraverso l’assetto organizzativo, amministrativo e contabile) e un dovere di pianificazione degli interventi anche in una fase antecedente a quella della crisi.

## CAPITOLO 2

### *1.2 I presupposti per l'accesso alle procedure*

Il presupposto oggettivo per l'accesso alle procedure varia in base allo stato di difficoltà dell'impresa. In particolare, l'impresa<sup>29</sup> che si trovi:

- i) in stato di probabilità di crisi, crisi o insolvenza, può accedere al percorso di composizione negoziata della crisi, purché sussistano ragionevoli prospettive di risanamento;
- ii) in stato di crisi o in stato di insolvenza, può accedere a tutti gli strumenti per la regolazione della crisi indicati nel Titolo IV del Codice (accordi in esecuzione dei piani attestati di risanamento; accordi di ristrutturazione dei debiti, comprese le due varianti dell'accordo agevolato e ad efficacia estesa; convenzione di moratoria; piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione; concordato preventivo);
- iii) in stato di insolvenza, può accedere alla liquidazione giudiziale;
- iv) in stato di sovraindebitamento, (quando si tratti di impresa minore o di impresa agricola o di start-up innovativa) può accedere al concordato minore e alla liquidazione controllata<sup>30</sup>. L'ampiezza dei presupposti per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi (crisi/insolvenza) e al percorso di composizione negoziata (pre-crisi, crisi e insolvenza) evidenziano come la rigida classificazione delle diverse situazioni di difficoltà dell'impresa perda rilievo in favore delle prospettive di risanamento/ristrutturazione, anche attraverso eventuali forme di continuità indiretta, che l'impresa presenti davanti a sé.

Lo stato di squilibrio che rende probabile la crisi o l'insolvenza – presupposto per l'accesso alla composizione negoziata della crisi – costituisce inoltre il parametro di riferimento del nuovo dovere di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati in funzione della rilevazione tempestiva della crisi, posto in capo all'imprenditore collettivo, e in particolare agli organi sociali.

### *2.2 Gli strumenti per la prevenzione della crisi dell'impresa*

Gli strumenti per la prevenzione della crisi costituiscono uno degli elementi di novità della riforma. Si tratta di tre nuclei di regole che incidono sul diritto concorsuale e sul diritto societario attenuandone i confini, e che riguardano in particolare:

- i) il dovere di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati per la rilevazione della crisi e la sua efficiente gestione;
- ii) la previsione del nuovo istituto della composizione negoziata della crisi;
- iii) i doveri di segnalazione posti in capo all'organo di controllo e ai creditori pubblici qualificati nell'ambito di tale procedura.

Il complesso di tali disposizioni è volto, da un lato, ad attuare nel nostro ordinamento i principi della direttiva europea in tema di early warning tools e dall'altro a promuovere un radicale cambiamento culturale nella concezione della crisi e nell'approccio alla stessa da parte dell'imprenditore, nel presupposto che tanto prima se ne intercettino i segnali, tanto maggiori possono essere le chance di risanamento e di preservazione del valore della continuità aziendale.

### ***2.3 Assetti organizzativi adeguati e doveri degli organi sociali***

Il perno delle regole per la prevenzione della crisi è costituito dagli obblighi imposti dall'articolo 2086 del Codice civile e dall'articolo 3 del Codice della crisi in capo all'organo amministrativo delle società e ai corrispondenti doveri dell'organo di controllo.

In particolare, con la modifica all'articolo 2086 del Codice civile, il Codice della crisi ha introdotto nel nostro ordinamento il dovere dell'organo amministrativo di istituire assetti organizzativi adeguati, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi, nonché quello di attivarsi tempestivamente per il suo superamento. Tale disposizione esplicita il raccordo tra le regole del diritto societario e quelle dell'ordinamento concorsuale, collocando la crisi all'interno del più ampio sistema di gestione e controllo dei rischi d'impresa e rafforzando il valore dell'organizzazione aziendale quale strumento principe per la rilevazione precoce della situazione di difficoltà dell'impresa e per la sua efficiente soluzione.

### ***2.4 Il dovere di istituire assetti adeguati e i doveri di vigilanza dell'organo di controllo***

Con riguardo ai doveri organizzativi, l'articolo 3 del Codice specifica gli obiettivi informativi che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile deve garantire per una rilevazione tempestiva della crisi, in modo da consentire agli amministratori di

strutturarne il contenuto. In particolare, gli assetti devono consentire di: a) rilevare gli squilibri di carattere patrimoniale, economico-finanziario rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa; b) verificare la non sostenibilità dei debiti e della continuità aziendale per i dodici mesi successivi; c) ricavare le informazioni necessarie per eseguire il test pratico per l'accesso alla composizione negoziata della crisi (su cui v. par. seguente). Gli obiettivi informativi che gli assetti organizzativi devono soddisfare attribuiscono rilievo, dunque, a una gamma ampia di situazioni di difficoltà dell'impresa che comprendono non solo le situazioni di crisi ma anche quelle di probabilità di crisi (gli squilibri patrimoniali, economici o finanziari), le prospettive di continuità aziendale così come più in generale i dati consuntivi e previsionali da utilizzare nel test per la composizione negoziata. Vengono individuati specifici segnali che contribuiscono a evidenziare la non sostenibilità del debito e che devono indurre gli amministratori a valutare le azioni necessarie da intraprendere. Al riguardo costituiscono situazioni debitorie significative: a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno 30 giorni e pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno 90 giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) l'esistenza di esposizioni nei confronti di banche e intermediari finanziari che siano scadute da più di 60 giorni o che abbiano superato da almeno 60 giorni il limite degli affidamenti ottenuti purché rappresentino complessivamente almeno il 5% del totale delle esposizioni; d) l'esistenza di crediti nei confronti di soggetti pubblici qualificati ai sensi dell'art. 25-novies del codice della crisi. Tali segnali non costituiscono autonomi indici della sussistenza di una situazione di crisi, ma recano elementi informativi specifici che la struttura degli assetti organizzativi deve consentire di acquisire all'interno della generale situazione economico, patrimoniale e finanziaria della società.

In via di sintesi, il complesso di mezzi e strumenti di cui si compongono gli assetti organizzativi deve consentire un monitoraggio dell'andamento aziendale, che renda consapevoli gli amministratori di tutte quelle situazioni che potrebbero giustificare un loro intervento per la prevenzione o il superamento della crisi, nonché permettere di disporre dei dati idonei per formulare un piano di risanamento.

Sull'adeguatezza degli assetti anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi, come specificati dall'articolo 3 del Codice della crisi, è tenuto a vigilare l'organo di controllo della società. Si tratta di un dovere che rientra nei principi generali dell'articolo 2403 del Codice civile e che impone ai sindaci di verificare che l'assetto sia stato definito sulla base di una corretta individuazione dei rischi da presidiare e delle misure da adottare in considerazione della natura e dimensioni dell'impresa, tenendo conto dei costi e benefici che comportano, al fine di evitare che la gestione dell'impresa prosegua senza un'adeguata percezione dei sintomi di squilibrio.

### ***2.5 Il dovere di intervento dell'organo amministrativo***

Con riguardo ai doveri di intervento, l'articolo 2086 del Codice civile impone agli amministratori l'obbligo di attivarsi per adottare e attuare uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e per il recupero della continuità aziendale. Tale dovere di attivazione – per effetto dell'introduzione del nuovo istituto della composizione negoziata – si estende, tuttavia, anche al verificarsi di quelle situazioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile una situazione di crisi. L'organo amministrativo, in attuazione di un principio di corretta gestione societaria, è dunque tenuto a valutare e ad attivarsi in uno spettro di situazioni di difficoltà dell'impresa che vanno dalla pre-crisi sino all'insolvenza, secondo una valutazione discrezionale dello strumento più adatto alla situazione concreta.

In particolare, nella situazione di pre-crisi l'organo amministrativo potrà ricorrere agli istituti di natura privatistica previsti dal Codice civile o dall'autonomia privata secondo i criteri di comune discrezionalità imprenditoriale<sup>36</sup>, oppure accedere al percorso della composizione negoziata della crisi. In caso di crisi o insolvenza, la scelta riguarderà, invece, uno dei diversi strumenti previsti dal Titolo IV del Codice, ferma restando la possibilità di ricorrere alla composizione negoziata della crisi purché ricorrano ragionevoli prospettive di risanamento.

### ***2.6 La composizione negoziata della crisi***

Il Codice introduce nel nostro ordinamento il nuovo istituto della composizione negoziata della crisi (artt. 12 e ss.), in attuazione dei principi della direttiva (UE) 1023/2019 che impongono agli Stati membri di introdurre strumenti di allerta precoce per incoraggiare i debitori ad agire tempestivamente ai primi segnali di crisi. Si tratta di uno strumento di ausilio alle imprese di qualsiasi dimensione, che, pur trovandosi in situazioni di difficoltà, presentano ragionevoli prospettive di risanamento.

Il nuovo istituto si basa su due pilastri fondamentali:

- i) la nomina di un esperto indipendente, imparziale e tenuto alla riservatezza – selezionato tra i nominativi iscritti in un apposito elenco costituito presso ogni Camera di Commercio, industria, artigianato e agricoltura – al quale è affidato il compito di assistere l'imprenditore nel percorso di risanamento, agevolando le trattative con i creditori e con gli altri soggetti interessati;
- ii) l'istituzione e gestione di una piattaforma telematica nazionale, gestita dal sistema delle Camere di commercio per il tramite di Unioncamere, con funzioni informative e di attivazione del percorso di composizione negoziata. Attraverso la piattaforma il debitore può, infatti, accedere a una lista di controllo, contenente indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento e a un test pratico per la verifica dello stato di difficoltà dell'impresa; nonché presentare l'istanza di nomina dell'esperto (art. 17). Sulla piattaforma è altresì disponibile un protocollo di conduzione della composizione negoziata.

### ***2.6.1 La composizione negoziata***

Coerentemente con i principi europei, la composizione negoziata: i) può essere attivata soltanto dal debitore, fermi restando i doveri dell'organo di controllo della società di segnalare all'organo amministrativo la situazione di difficoltà in atto<sup>41</sup>; ii) non prevede alcuna forma di spossessamento del debitore, che conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa; iii) è un percorso interamente stragiudiziale, salvo il caso in cui non si richieda la conferma di misure protettive del patrimonio o specifiche autorizzazioni che possono incidere sui diritti delle parti interessate.

Si tratta dunque di un percorso volontario, negoziale e stragiudiziale che mira a prevenire la crisi o l'insolvenza e a favorire il risanamento dell'impresa, attribuendo, altresì, a chi vi ricorre alcuni incentivi di carattere fiscale.

### ***2.6.2 L'accesso alla composizione negoziata***

L'imprenditore che intende accedere alla composizione negoziata deve presentare la richiesta di nomina dell'esperto attraverso la compilazione di un modello, disponibile sulla piattaforma unica nazionale, accessibile dal sito istituzionale di ciascuna Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura. L'istanza è rivolta al segretario generale della Camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa.

Una volta nominato l'esperto deve accettare l'incarico entro due giorni lavorativi dalla ricezione della nomina, previa verifica del possesso dei requisiti di indipendenza previsti dall'articolo 2399 del Codice civile per i membri dell'organo di controllo e dall'art.16 del Codice. Contestualmente alla valutazione circa la sua indipendenza, il professionista per accettare l'incarico dovrà verificare anche se possiede le competenze e la disponibilità di tempo necessaria per lo svolgimento dell'incarico stesso, avendo riguardo alla complessità e alle dimensioni dell'impresa e alla propria organizzazione.

Dopo aver accettato l'incarico, l'esperto deve convocare senza indugio l'imprenditore per valutare la sussistenza di una concreta prospettiva di risanamento, quale condizione necessaria per l'avvio e lo svolgimento di tutto il percorso negoziale, che potrà essere interrotto in qualsiasi momento qualora essa venga meno. In particolare, questi dovrà esaminare la ragionevolezza complessiva dei flussi di cassa liberi al servizio del debito tenendo conto delle informazioni e delle domande contenute nella lista di controllo, nonché valutare l'adeguatezza delle strategie e delle iniziative industriali previste dal piano di risanamento. Nello assolvimento di tale compito, potrà assumere informazioni dall'organo di controllo o dal revisore legale della società, ove in carica, in un'ottica di collaborazione per il buon esito della procedura.

All'esito della valutazione svolta, se non sussistono le prospettive di risanamento, l'esperto deve darne notizia all'imprenditore e al segretario generale della Camera di

commercio che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, entro i successivi cinque giorni. Con l'archiviazione la procedura si chiude, non essendo previsto alcun obbligo di segnalazione all'autorità giudiziaria da parte dell'esperto o del segretario generale. L'imprenditore, tuttavia, non potrà presentare una nuova istanza prima del decorso di un anno dall'archiviazione (art. 17 comma 9)

### ***2.6.3 Le trattative con i creditori***

Nel caso in cui l'esperto ravvisi la sussistenza delle concrete prospettive di risanamento dà avvio alla fase delle trattative con i creditori, fissando un primo incontro con le parti interessate (creditori, soci, clienti, fornitore, ecc.) e prospettando le possibili strategie di intervento. Contestualmente fissa i successivi incontri con cadenza periodica ravvicinata al fine di rispettare il termine massimo di 180 giorni previsto per la durata della procedura, eventualmente prorogabile di ulteriori 180 giorni su richiesta di tutte le parti, oppure quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria dal ricorso al Tribunale per la concessione delle misure protettive o delle altre autorizzazioni previste dal decreto.

L'imprenditore partecipa personalmente agli incontri, eventualmente assistito dai suoi consulenti. È da notare, infatti, come evidenziato dalla Relazione Illustrativa che l'esperto, pur volgendo un ruolo propositivo e di facilitatore delle trattative, non sostituisce l'imprenditore, ma lo affianca e lo coadiuva nel tentativo di risanamento. Nel corso delle trattative questi, infatti, deve operare in modo imparziale, riservato e indipendente e può chiedere all'imprenditore e ai creditori tutte le informazioni utili o necessarie all'espletamento del suo incarico, nonché avvalersi di soggetti dotati di specifica competenza e/o di un revisore legale. Egli, inoltre, deve vigilare sul corretto svolgimento del percorso di risanamento verificando costantemente la funzionalità e utilità delle trattative rispetto al risanamento dell'impresa, nonché l'assenza di atti pregiudizievoli per i creditori. Per favorire la negoziazione, infine, può proporre che venga nominato, d'accordo tra le parti e con suddivisione dei costi tra le stesse, un soggetto indipendente, dotato di adeguate competenze, quale responsabile del processo di risanamento in fase di esecuzione (CRO – Chief Restructuring Officer), con un ruolo di monitoraggio dell'attuazione del piano e del rispetto degli accordi raggiunti.

Nel corso delle trattative la gestione dell'impresa rimane esclusivamente in capo al debitore, che può autonomamente compiere sia gli atti di ordinaria, sia quelli di straordinaria amministrazione (art. 21), proseguono i contratti ed è data la possibilità per il debitore di continuare ad effettuare pagamenti spontanei. La gestione deve tuttavia svolgersi senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori. Pertanto, in capo al debitore gravano gli specifici obblighi nella gestione dell'impresa, come sopra individuati, che variano in base allo stato di squilibrio che ha determinato l'accesso alla composizione negoziata.

### ***2.7 Le autorizzazioni del Tribunale e le misure protettive del patrimonio***

Per il compimento di specifici atti strumentali a garantire la continuità aziendale e a favorire il risanamento, ma suscettibili di recare pregiudizio ai creditori (art. 22) il Codice richiede l'autorizzazione del Tribunale. In particolare, il debitore può chiedere al Tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa l'autorizzazione a:

- i) contrarre finanziamenti assistiti dal beneficio della prededuzione, consistente nel rimborso prioritario rispetto ai creditori anteriori nelle procedure esecutive e concorsuali che eventualmente possono far seguito alla composizione negoziata. L'autorizzazione riguarda sia i finanziamenti in generale, sia i finanziamenti dei soci, sia quelli contratti da una o più società appartenenti a un gruppo d'impese;
- ii) cedere l'azienda o uno o più rami di essa, in deroga ai principi della responsabilità solidale del cessionario per i debiti risultanti dalle scritture contabili obbligatorie, prevista dall'articolo 2560 del Codice civile. La deroga non si estende, invece, ai crediti di lavoro ai sensi dell'articolo 2112 del Codice civile. In tal caso il Tribunale deve verificare altresì il rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente.

In entrambi i casi il Tribunale nel concedere l'autorizzazione deve valutare che l'atto sia funzionale alla continuità aziendale e alla miglior soddisfazione dei creditori. Ciò implica nel caso della cessione d'azienda che essa avvenga non a fini liquidatori, ma di continuità dell'attività d'impresa in capo all'acquirente (cd. continuità indiretta).

Gli atti autorizzati dal Tribunale, per espressa previsione normativa, conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato preventivo omologato, un piano di ristrutturazione

omologato, la liquidazione giudiziale, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria o il concordato liquidatorio semplificato (su cui v. infra.). Essi, inoltre, sono esenti da responsabilità penale per i reati di bancarotta di cui agli articoli 322 co. 3 e 323 del Codice.

### ***2.8 Le misure protettive e la sospensione degli obblighi di riduzione del capitale***

Fermo restando il carattere stragiudiziale della procedura, il debitore può chiedere con l'istanza di nomina dell'esperto l'applicazione di misure protettive del patrimonio, al fine di garantire il buon esito delle trattative per la composizione negoziata della crisi (art. 18 e 19). La stessa istanza potrà essere presentata anche in un momento successivo all'accesso alla procedura, attraverso la piattaforma telematica nazionale.

L'istanza è pubblicata nel Registro delle imprese, unitamente all'accettazione dell'esperto, e dal giorno della pubblicazione i creditori interessati non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore, né possono iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul suo patrimonio o sui beni e i diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa. Dallo stesso momento e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, non può essere pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza (nel caso di pendenza della procedura di amministrazione straordinaria), salvo che il Tribunale disponga la revoca delle misure protettive.

I creditori nei cui confronti operano le misure protettive non possono inoltre, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti 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 pubblicazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata. Tuttavia, i creditori interessati dalle misure protettive possono sospendere l'adempimento dei contratti pendenti dalla pubblicazione dell'istanza fino al momento della conferma delle misure richieste.

Alla presentazione dell'istanza per l'applicazione delle misure protettive che assumono immediata efficacia segue infatti un rapido procedimento di conferma,

modifica o revoca delle stesse da parte del Tribunale (art. 19). A pena di inefficacia delle misure, entro il giorno successivo alla pubblicazione dell'istanza al Registro delle imprese, il debitore deve presentare ricorso al Tribunale del luogo in cui ha la sede legale l'impresa, per chiedere la conferma o la modifica delle stesse, nonché eventualmente l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative. Entro trenta giorni dalla stessa pubblicazione, inoltre, il debitore deve chiedere la pubblicazione nel Registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento instaurato. Entro dieci giorni dal deposito del ricorso il Tribunale fissa l'udienza, per la conferma, modifica o revoca delle misure protettive. Con ordinanza reclamabile il Tribunale dispone la durata delle misure, non inferiore a trenta e non superiore a centoventi giorni, salva la possibilità di proroga per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative, purché la durata complessiva delle misure non superi i duecentoquaranta giorni.

Su iniziativa dell'imprenditore, dei creditori e su segnalazione dell'esperto, le misure protettive e cautelari possono, infine, essere in qualunque momento revocate o ridotte nella durata dal Tribunale, quando esse non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti. Gli effetti delle misure sono in ogni caso limitati alla durata della composizione negoziata. Esse, infatti, cessano di avere efficacia a seguito all'archiviazione dell'istanza di nomina dell'esperto e (se prima non revocate) dal momento della comunicazione al Tribunale della relazione finale dell'esperto, che conclude la procedura.

Con l'istanza di nomina dell'esperto, oltre alla richiesta di misure protettive, il debitore può, inoltre, dichiarare di avvalersi della sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione previsti dal Codice civile in caso di perdite rilevanti del capitale sociale, nonché dell'operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale. Tale sospensione è automatica e viene meno solo per effetto dell'archiviazione della procedura di composizione negoziata o della conclusione delle trattative. Tuttavia, se congiuntamente sono richieste anche misure protettive del patrimonio, le cause che determinano il venir meno dell'efficacia di queste si estendono anche alla sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione e dell'operatività della causa di scioglimento della società.

## ***2.9 I possibili esiti della composizione negoziata***

All'ampiezza del presupposto oggettivo per l'accesso alla composizione negoziata (crisi, precrisi, insolvenza) corrisponde un'elevata flessibilità delle soluzioni con cui le trattative con i creditori possono concludersi (art. 23).

La prima ipotesi che può verificarsi è quella in cui le parti, coadiuvate dall'esperto, giungano a una soluzione interamente stragiudiziale, idonea a consentire il superamento dell'originaria situazione di squilibrio economico, patrimoniale e finanziario dell'impresa. In tal caso l'imprenditore può optare per la conclusione di:

i) un contratto con uno o più creditori con cui ridefinire scadenze dei pagamenti, entità del debito, stralci, ecc. Tale contratto consente all'imprenditore di beneficiare delle misure premiali previste dall'articolo 25-bis del Codice solo nel caso in cui l'esperto nella sua relazione finale attesti che l'accordo raggiunto sia idoneo a garantire la continuità aziendale per almeno due anni. In assenza di tale asseverazione le premialità non si applicano, ma il contratto rimane comunque valido ed efficace tra le parti;

ii) una convenzione di moratoria di cui all'art. 62 del Codice;

iii) un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto, che produce gli effetti del piano attestato di risanamento e dunque, l'esenzione da revocatoria e da responsabilità penale per gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse in attuazione del piano. In tal caso, con la sottoscrizione dell'accordo l'esperto dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza.

La seconda ipotesi è quella in cui l'imprenditore all'esito delle trattative chieda l'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti. In questo caso il ruolo dell'esperto si esaurisce con la conclusione della composizione negoziata e non si estende alla predisposizione dell'accordo di ristrutturazione.

L'imprenditore può presentare anche ricorso per l'omologa di un accordo di ristrutturazione agevolato o ad efficacia estesa. In quest'ultimo caso, se il raggiungimento dell'accordo avviene per effetto delle trattative e ciò risulti dalla relazione finale dell'esperto, la percentuale del 75% dei crediti necessaria per l'omologa è ridotta al 60%.

In alternativa a tali soluzioni il debitore può ricorrere a una delle altre procedure negoziali previste dal Codice, compreso il concordato preventivo e il piano per la ristrutturazione soggetto ad omologazione. La scelta può discendere sia dall'entità della situazione di squilibrio in cui versa l'impresa, sia dalla circostanza per cui le trattative siano andate a buon fine solo con alcuni creditori. Anche in questo caso, tuttavia, la composizione negoziata sarà stata utile a predisporre il terreno per la conclusione di un piano di risanamento assistito dalle garanzie previste dalla legge fallimentare o per accedere rapidamente alla procedura concorsuale, essendo già state vagliate le proposte del debitore e le risposte delle parti sotto il controllo di un esperto equidistante da tutti i soggetti coinvolti.

La terza ipotesi, infine, è quella in cui le trattative svolte e la relazione dell'esperto consentano al debitore di comprendere che la strada da percorrere è quella della liquidazione. In questo caso il debitore può:

- i) seguire le vie ordinarie della liquidazione giudiziale o dell'amministrazione straordinaria (qualora ne ricorrano dei presupposti), e per l'impresa agricola, della procedura di liquidazione dei beni prevista dalla legge sul sovraindebitamento,
- ii) oppure presentare ricorso per l'accesso alla nuova procedura del "concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio" (su cui v. par. 5.2). L'imprenditore può accedere a tale strumento solo se ha intrapreso virtuosamente il percorso della composizione negoziata e a condizione che le trattative non siano andate a buon fine e non sia stato possibile raggiungere una delle soluzioni stragiudiziali previste o, in alternativa, un accordo di ristrutturazione dei debiti.

### ***2.10 Le misure premiali***

Per incentivare il ricorso alla composizione negoziata il Codice prevede, infine, alcune misure premiali di carattere fiscale che variano in base alla soluzione a cui si perviene all'esito delle trattative (art. 25-bis). In particolare, è prevista:

- i) la riduzione al tasso legale degli interessi sui debiti tributari che maturano a partire dall'apertura e fino alla chiusura della composizione negoziata, quando questa si conclude con una delle soluzioni interamente stragiudiziali o con un accordo di ristrutturazione dei debiti;

- ii) la riduzione delle sanzioni alla misura minima, se il termine per il pagamento in misura ridotta scade dopo la presentazione dell'istanza di composizione negoziata, a prescindere da come la procedura si concluda;
- iii) la riduzione alla metà delle sanzioni e degli interessi sui debiti tributari oggetto della composizione nel caso di accesso ad una delle procedure di risoluzione della crisi previste dalla legge fallimentare;
- iv) la rateazione fino ad un massimo di 72 rate mensili di somme dovute e non versate, a titolo di imposte sul reddito, ritenute alla fonte operate in qualità di sostituto di imposta, IVA e IRAP non ancora iscritte a ruolo, se in esito alla composizione è pubblicato presso il Registro delle imprese un contratto idoneo ad assicurare la continuità aziendale per almeno 2 anni o un accordo che produce gli stessi effetti di un piano attestato di risanamento.

#### ***2.10.1. I doveri di segnalazione dell'organo di controllo e dei creditori pubblici qualificati***

L'ultimo pilastro delle regole per la prevenzione della crisi è rappresentato dagli obblighi di segnalazione posti in capo all'organo di controllo della società, ove esistente, e ai creditori pubblici qualificati, nell'ambito della composizione negoziata della crisi.

#### ***2.10.2 I doveri di segnalazione dell'organo di controllo***

L'articolo 25-octies del Codice, in particolare, pone in capo all'organo di controllo il dovere di segnalare tempestivamente per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di accesso alla composizione negoziata. La segnalazione deve essere motivata e contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a 30 giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire all'organo di controllo in ordine alle iniziative intraprese.

La tempestività della segnalazione fissa un momento temporale certo a partire dal quale l'eventuale inerzia dell'organo amministrativo è indice di potenziale responsabilità per omessa attivazione. Per l'organo di controllo la tempestività della

segnalazione è valutata nell'ambito del giudizio complessivo sull'esistenza della responsabilità concorrente e solidale dei sindaci ai sensi dell'art. 2407 c.c.

Tale dovere di segnalazione si inserisce nel più generale dovere di vigilanza sulle condotte degli amministratori imposto dall'art. 2403 del Codice civile, e completa un sistema di monitoraggio e gestione della crisi esclusivamente interno alla società, che rimette alla discrezionalità degli amministratori le scelte di intervento per il superamento della situazione di difficoltà dell'impresa, e all'organo di controllo un dovere di impulso all'attivazione tempestiva. La segnalazione assume una funzione propulsiva nei confronti degli amministratori per reagire alle situazioni di squilibrio senza pregiudicare il principio della riserva degli amministratori nelle decisioni gestorie relativamente alle misure da adottare per superare la crisi. La segnalazione, pertanto, costituisce uno strumento di stimolo agli amministratori ed è diretto a superare eventuali situazioni di inerzia, instaurando una dialettica collaborativa tra i due organi.

L'omessa o inadeguata risposta da parte degli amministratori o la loro mancata attivazione, tuttavia, non comporta l'attivazione di alcun procedimento esterno all'impresa. Fermo restando la rilevanza di tali condotte in sede di responsabilità degli amministratori, il rimedio a tali situazioni è affidato agli ordinari strumenti di diritto societario in caso di mancata o inadeguata attivazione degli amministratori, compreso – secondo alcune prime pronunce della giurisprudenza – il rimedio di cui all'art. 2409 c.c.

### ***2.10.3 I doveri di segnalazione dei creditori pubblici qualificati***

Accanto ai doveri posti in capo all'organo di controllo della società il Codice pone specifici obblighi di segnalazione anche in capo ai creditori pubblici qualificati (Agenzia delle Entrate, INPS, Agenzia delle Entrate-Riscossione) che riguardano, eventuali ritardi o omissioni nei versamenti contributivi e previdenziali che superino un determinato ammontare. Si tratta di una segnalazione rivolta esclusivamente al debitore – e ove esistente all'organo di controllo della società – con l'invito a valutare se ricorrano i presupposti per l'apertura della composizione negoziata della crisi. In particolare l'articolo 25 novies prevede che:

- i) l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale deve segnalare all'imprenditore il ritardo di oltre novanta giorni nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore: i) al 30 per cento di quelli dovuti nell'anno precedente e all'importo di 15.000 euro, per le imprese con lavoratori subordinati e parasubordinati; ii) all'importo di euro 5.000 per le imprese senza lavoratori subordinati e parasubordinati;
- ii) l'INAIL deve segnalare l'esistenza di un debito per premi assicurativi scaduto da oltre 90 giorni e non versato superiore all'importo di 5.000 euro;
- iii) l'Agenzia delle Entrate deve segnalare, invece, l'esistenza di un debito scaduto e non versato relativo all'imposta sul valore aggiunto risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche, superiore all'importo di euro 5.000 e comunque non inferiore al 10% del volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno di imposta precedente, ma la segnalazione è in ogni caso inviata se il debito supera i 20.000 euro;
- iv) l'Agenzia delle Entrate-Riscossione, infine, è tenuta a segnalare l'esistenza di crediti affidati per la riscossione, auto-dichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni, superiori all'importo di: i) 100.000 euro per le imprese individuali; ii) 200.000 euro per le società di persone; iii) 500.000 euro per le altre società.

La segnalazione deve essere inviata tramite posta elettronica certificata o, in mancanza, mediante raccomandata con avviso di ricevimento inviata all'indirizzo risultante dall'anagrafe tributaria. L'organo di controllo viene informato affinché possa a sua volta valutare se attivare la propria segnalazione all'organo amministrativo e il successivo monitoraggio delle iniziative intraprese. La segnalazione non comporta, dunque, 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.

## CAPITOLO 3

### ***3.1 Gli strumenti per la ristrutturazione dell'impresa***

Gli accordi con i creditori, giudiziali e stragiudiziali, finalizzati alla ristrutturazione delle imprese assumono importanza centrale nella riforma. Il Codice, infatti, mira ad incentivare il ricorso agli strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale al fine di preservare la continuità aziendale e garantire una miglior soddisfazione degli interessi dei creditori e di tutti gli stakeholders coinvolti nella ristrutturazione attraverso l'introduzione di istituti inediti, come il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (PRO) e la revisione di strumenti preesistenti, come nel caso del concordato preventivo in continuità e degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Le modifiche rispondono all'esigenza di rendere i numerosi strumenti per la ristrutturazione previsti nel nostro ordinamento compatibili con i principi della direttiva (UE) 1023/2019. Gli strumenti per la ristrutturazione si possono distinguere in tre categorie:

- i) strumenti puramente consensuali che producono effetti soltanto nei confronti dei creditori aderenti all'accordo: accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento; accordi di ristrutturazione ordinari e agevolati;
- ii) strumenti idonei a vincolare una minoranza di creditori non consenzienti, inclusi in classi o categorie di creditori aderenti: accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa e piano di ristrutturazione omologato;
- iii) strumenti idonei a vincolare sia una minoranza di creditori inclusi in classi consenzienti, sia intere classi di creditori dissenzienti (cd. ristrutturazione trasversale): concordato preventivo con continuità aziendale e concordato minore.

Questa classificazione, se da un lato, evidenzia la complessità del quadro degli strumenti per la ristrutturazione, dall'altro mette in luce due dei tratti più innovativi della Riforma. Il primo rappresentato dalla centralità della contrattazione tra le parti, che in alcuni strumenti (piano di ristrutturazione omologato e nel concordato) può spingersi sino a derogare alle regole della responsabilità patrimoniale e dell'ordine legittimo delle cause di prelazione. Il secondo, dato dal superamento del principio di maggioranza per l'approvazione della proposta che nella legge fallimentare connotava il concordato preventivo, potendo questo ora essere omologato anche con

il consenso di una sola classe di creditori. Si tratta di una pluralità di opzioni che rendono più agevole l'accesso alla ristrutturazione, aumentando le chance di risanamento dell'impresa.

### ***3.1.1 Gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento***

Il Codice prevede un'autonoma e dettagliata disciplina del piano attestato di risanamento. Si tratta di una procedura completamente stragiudiziale che, a determinate condizioni, garantisce l'esonero da revocatoria e da responsabilità penale degli atti compiuti in esecuzione del piano in caso di eventuale e successiva liquidazione giudiziale. Nella legge fallimentare tale istituto era regolato da alcune scarse previsioni nell'ambito della disciplina delle esenzioni dall'azione revocatoria (art. 67, terzo c., lett. d), l.f.). Il Codice, invece, dedica al piano uno specifico articolo (art. 56), rubricato "accordi in esecuzione dei piani attestati di risanamento" all'interno del capo dedicato agli strumenti negoziali stragiudiziali, precisandone finalità e contenuto essenziale. La scelta di regolare autonomamente tale strumento è volta a riconoscere la rilevanza da questo assunta nella prassi, al di là dei suoi effetti esimenti, come strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Per produrre i suoi effetti il piano, rivolto ai creditori, deve apparire idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria. Secondo la Relazione illustrativa questa finalità consente di ricorrere allo strumento solo in caso di continuità aziendale. Tuttavia, la norma prevede espressamente che ad esso possa ricorrere l'imprenditore che si trovi non solo in stato di crisi, ma anche di insolvenza.

Il piano deve avere data certa ed essere accompagnato dalla documentazione di cui all'articolo 39 del Codice, nonché dalla relazione di un professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano stesso.

Con riguardo al contenuto minimo del piano, esso deve indicare:

- a) la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa;
- b) le principali cause della crisi;
- c) le strategie d'intervento e dei 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;

e) gli apporti di finanza nuova, se prevista;

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.

Il piano, l'attestazione e gli accordi conclusi con i creditori possono essere pubblicati nel registro delle imprese su richiesta del debitore, mentre gli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano devono essere provati per iscritto e devono avere data certa.

È da rilevare come il piano rappresenti il documento posto alla base di tutti gli istituti per la regolazione della crisi, contenente l'indicazione delle azioni di natura strategica e operativa da attuare per il riequilibrio della situazione economica-patrimoniale dell'impresa, nonché le proiezioni sui flussi di cassa da queste derivanti e l'indicazione dei tempi, dei modi e della misura di soddisfazione dei creditori.

Lo specifico contenuto, indicato dall'articolo 56 del Codice, può costituire dunque un utile punto di riferimento anche per le altre soluzioni concordate, ferme restando le specificità di ciascuna di esse.

### ***3.1.2 Gli accordi di ristrutturazione dei debiti***

La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti non subisce sostanziali modifiche rispetto alla legge fallimentare. Il quadro generale delle regole relativo all'istituto non cambia: il debitore può concludere autonomamente un accordo con i creditori e chiederne al giudice l'omologa quando abbia ottenuto il consenso di tanti creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti. Con l'accordo e la documentazione prevista dall'articolo 39, commi 1 e 3, del Codice deve essere depositata anche una relazione del professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati e la fattibilità del piano su cui si basa l'accordo, nonché l'idoneità dell'accordo stesso ad assicurare il regolare pagamento dei creditori rimasti estranei.

L'accordo omologato, infatti, non è vincolante per i creditori non aderenti che devono essere pagati per l'intero entro 120 giorni dall'omologazione in caso di crediti scaduti a quella data, o entro 120 giorni dalla scadenza se si tratta di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione. Gli atti compiuti in esecuzione dell'accordo sono, inoltre, esenti da revocatoria e da responsabilità penale.

Le novità principali introdotte dalla riforma riguardano:

- i) la possibilità di utilizzare l'accordo di ristrutturazione non solo in caso di crisi, ma anche di insolvenza;
- ii) la necessità di depositare unitamente all'accordo anche il piano economico finanziario che ne consente l'esecuzione;
- iii) l'estensione degli effetti degli accordi ai soci illimitatamente responsabili. Questi ultimi, tuttavia, se hanno prestato garanzie, salvo patto contrario, continuano a rispondere a tale titolo. E', inoltre, prevista una specifica disciplina delle eventuali modifiche sostanziali al piano o agli accordi prima dell'omologazione. A tal fine, in particolare, è necessario presentare una nuova attestazione del professionista e rinnovare le manifestazioni di consenso dei creditori. La nuova attestazione è necessaria anche in caso di modifiche sostanziali successivamente all'omologa dell'accordo. In tal caso il piano modificato e la relazione sono depositati al registro delle imprese e il debitore deve dare comunicazione ai creditori dell'avvenuta comunicazione. Questi ultimi possono proporre opposizione entro trenta giorni dalla ricezione dell'avviso (art. 58).

Per incentivare il ricorso all'accordo di ristrutturazione dei debiti, inoltre, il Codice ha introdotto due varianti dell'istituto<sup>64</sup>: l'accordo di ristrutturazione agevolato (che prevede alcune agevolazioni in fase di accesso alla procedura); e l'accordo di ristrutturazione dei debiti a efficacia estesa (che consente di estendere gli effetti dell'accordo, a determinate condizioni, anche ai creditori non aderenti).

### ***3.1.3 Gli accordi di ristrutturazione agevolati***

L'articolo 60 del Codice disciplina l'accordo di ristrutturazione agevolato. Si tratta di un accordo di ristrutturazione dei debiti che il debitore stipula con i creditori che rappresentino almeno il 30% dei crediti. Gli effetti e la disciplina dell'accordo omologato sono gli stessi dell'accordo di ristrutturazione ordinario e, dunque: i)

vincola soltanto i creditori aderenti; ii) deve essere accompagnato dalla relazione del professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, nonché l'idoneità dello stesso ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei; iii) gli atti compiuti in esecuzione dell'accordo sono esenti da responsabilità penale e da revocatoria.

L'accordo di ristrutturazione agevolato può essere, tuttavia, presentato soltanto quando il debitore non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi e non abbia richiesto e rinunci a richiedere le misure protettive del patrimonio.

### ***3.1.4 Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa***

La disciplina degli accordi di ristrutturazione agevolati e ad efficacia estesa era stata introdotta già dal decreto legislativo n. 14/2019 che ha introdotto la prima formulazione del Codice. La loro applicazione è stata anticipata dal decreto legge n. 118/2021 con lo scopo di consentire l'applicazione dei nuovi istituti già prima dell'entrata in vigore del Codice stesso, al fine di favorire le ristrutturazioni nella fase successiva all'emergenza pandemica. Il decreto legislativo n. 83/2022 non ha introdotto significative modifiche a tali istituti.

L'articolo 61 del Codice riproduce ed estende la disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti con banche e intermediari finanziari già prevista dall'articolo 182 septies l.f. anche agli accordi conclusi con creditori diversi dal ceto bancario. In base a tale disciplina il debitore può richiedere al Tribunale l'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti che produce effetti vincolanti anche nei confronti dei creditori non aderenti, in deroga alla disciplina dell'accordo di ristrutturazione ordinario e alle disposizioni del Codice civile che attribuiscono al contratto forza di legge esclusivamente tra le parti (art. 1372) e che prevedono la stipulazione a favore di terzi solo se questi accettino di profittarne (art. 1411 c.c.).

L'estensione degli effetti dell'accordo può riguardare soltanto i creditori appartenenti alla medesima categoria e che abbiano, quindi, posizione giuridica e interessi omogenei. Affinché tale estensione si produca è necessario, inoltre, che: i) tutti i creditori appartenenti alla categoria abbiano ricevuto adeguate informazioni sulla situazione del debitore, sull'accordo e sulle relative trattative, e siano stati messi in condizione di parteciparvi; ii) l'accordo preveda la prosecuzione dell'attività

d'impresa e la soddisfazione dei creditori in misura significativa o prevalente attraverso il ricavato della continuità aziendale; iii) i creditori aderenti rappresentino il settantacinque per cento dei creditori appartenenti alla categoria, iv) i creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale; v) il debitore abbia notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo. A questi ultimi è attribuito il diritto di opposizione.

Il quinto comma dell'articolo 61 conserva la specifica fattispecie dell'accordo ad efficacia estesa con banche ed intermediari finanziari. Quest'ultima ricorre quando il debitore ha un indebitamento verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore al 50% dell'indebitamento complessivo e richiede l'estensione dell'accordo anche ai creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria (banche e intermediari finanziari). Per l'estensione degli effetti ai non aderenti valgono le stesse condizioni previste per gli accordi ad efficacia estesa, ma non è necessario che l'accordo preveda la continuità aziendale, potendo tale disciplina applicarsi anche in caso di accordi a carattere liquidatorio. Restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari.

### ***3.2 Il procedimento di omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti***

Il procedimento di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti in tutte le sue varianti, è disciplinato dalle regole sul procedimento unitario (v. par. 7) e da quelle specificatamente previste dagli articoli 44-48 del Codice.

In base a tali disposizioni, quando il debitore presenta ricorso per l'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti, già sottoscritto dai creditori e completo della documentazione prevista dall'articolo 39, nonché della relazione del professionista che attesti la veridicità dei dati, la fattibilità del piano e l'idoneità dell'accordo a pagare i creditori estranei, contestualmente la domanda e gli accordi devono essere depositati al registro delle imprese e acquistano efficacia da tale momento. Dalla pubblicazione al Registro delle imprese decorre inoltre il termine di 30 giorni per le opposizioni dei creditori e di ogni interessato (art. 48 co. 4). Decorso tale termine, il

Tribunale fissa l'udienza per la comparizione delle parti in camera di consiglio, decide sulle opposizioni eventualmente presentate e provvede con sentenza sull'omologazione. Con il decreto di fissazione dell'udienza il Tribunale può nominare un commissario giudiziale, in ogni caso la nomina è disposta quando sono pendenti istanze per l'apertura della liquidazione giudiziale se è necessaria per tutelare gli interessi delle parti. La sentenza di omologazione è pubblicata nel registro delle imprese, da tale momento si producono gli effetti degli accordi anche nei confronti dei terzi. Se non omologa l'accordo e uno dei soggetti legittimati abbia presentato la relativa istanza, accertato lo stato di insolvenza del debitore, il Tribunale dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale.

### ***3.3 La convenzione di moratoria***

La convenzione di moratoria, anch'essa già prevista dalla legge fallimentare, è un istituto finalizzato a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria temporanea dei crediti con la possibilità, a determinate condizioni, di estenderne gli effetti ai non aderenti. La convenzione può ora essere stipulata dall'imprenditore, anche non commerciale, con ogni categoria di creditori e può avere ad oggetto la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito.

Per estendere gli effetti della moratoria ai creditori non aderenti è necessario che: i) i creditori a cui si intende estendere gli effetti siano riuniti in categorie, con posizione giuridica ed interessi economici omogenei ii) aderiscano alla convenzione i creditori rappresentanti almeno il 75% dei crediti della categoria; iii) tutti i creditori appartenenti alla categoria siano informati dell'avvio delle trattative o messi in condizione di parteciparvi in buona fede; iv) gli stessi creditori abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sulla convenzione e sui suoi effetti. Inoltre, è necessario che i creditori non aderenti subiscano un pregiudizio proporzionato e coerente con le ipotesi di soluzione della crisi o dell'insolvenza in concreto perseguite. Tale requisito è oggetto della relazione di attestazione di un professionista indipendente che verifica altresì la veridicità dei dati aziendali e l'idoneità della

convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi. In nessun caso per effetto della convenzione di moratoria possano essere imposti ai creditori non aderenti nuovi e ulteriori oneri di finanziamento.

La convenzione va comunicata, insieme alla relazione del professionista, ai creditori non aderenti mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o presso il domicilio digitale. Entro trenta giorni dalla comunicazione può essere proposta opposizione avanti al Tribunale.

### ***3.4 Il concordato preventivo in continuità***

Tra le soluzioni concordate della crisi il concordato preventivo è l'istituto che viene maggiormente modificato dalla Riforma.

Il Codice, in particolare, distingue due tipologie prevalenti di concordato: il concordato in continuità e il concordato liquidatorio, cui si affiancano come ulteriori sottocategorie il concordato con assuntore e il concordato realizzato in qualsiasi altra forma.

Elemento comune a tutti i tipi di concordato è la finalità che essi devono perseguire, espressamente indicata nella necessità di realizzare il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore rispetto a quella realizzabile mediante la liquidazione giudiziale (art. 84)

Nel concordato in continuità aziendale, tuttavia, si aggiunge un'ulteriore finalità che è quella di preservare, nella misura possibile, i posti di lavoro. Tale previsione costituisce un'espressione importante della rimodulazione degli interessi tutelati che caratterizza l'intero impianto del Codice riformato.

Fermo restando l'interesse prioritario il Codice conserva, dunque, tutte le tipologie previste dalla legge fallimentare nella quale pur essendo prevista una specifica disciplina solo per il concordato liquidatorio e quello in continuità era possibile ricavare dal contenuto del piano il concordato con assuntore e la forma aperta di concordato.

Si tratta del vincolo del "best interest of creditor" che discende direttamente dall'articolo 10, par. 2 della direttiva (UE) 1023/2019.

Le finalità del concordato in continuità dei creditori si attribuisce, infatti, un rilievo specifico alla tutela dell'occupazione, pur con l'importante precisazione che tale ultimo obiettivo sia da realizzare nei limiti del possibile.

Accanto ad alcune disposizioni comuni alle diverse tipologie di concordato, il Codice prevede regole differenziate relative al contenuto del piano, alle modalità di voto, alle regole di distribuzione del valore, al giudizio di omologazione, che variano in base alla natura liquidatoria o in continuità del concordato stesso. In questo paragrafo si esamina la disciplina del concordato in continuità aziendale muovendo dalla disciplina generale del concordato preventivo con l'indicazione delle specifiche regole applicabili al concordato in continuità. Nel capitolo dedicato alle soluzioni liquidatorie si esamineranno, invece, gli specifici aspetti relativi al concordato liquidatorio.

#### ***3.4.1 La nuova nozione di concordato in continuità aziendale.***

Il concordato preventivo si qualifica in continuità aziendale quando la soddisfazione dei creditori si realizza in misura "anche non prevalente" con i proventi che derivano dalla prosecuzione – diretta o indiretta – dell'attività d'impresa. Si ha continuità diretta, quando l'attività prosegue in capo allo stesso imprenditore che ha presentato la domanda di concordato; si ha continuità indiretta, quando il piano prevede la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di un soggetto diverso, anche in forza di cessione, usufrutto, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione o qualsiasi altra forma (art. 84 comma 2 e 3). Tali disposizioni pongono fine ad alcune questioni giurisprudenziali sorte nell'applicazione della legge fallimentare. In primo luogo, esse chiariscono espressamente che la continuità aziendale può essere anche "indiretta", specificando altresì, come nell'ambito della stessa, rientri anche l'ipotesi dell'affitto d'azienda, anche se stipulato anteriormente, purché funzionale alla presentazione della domanda di concordato.

In secondo luogo, le nuove norme risolvono il problema della qualificazione del cd. concordato misto (ossia quella forma di concordato che accanto alla continuità prevede la cessione di attività non funzionali all'esercizio dell'azienda), collocandolo nell'ambito del concordato in continuità anche se i creditori sono soddisfatti in

misura non prevalente dal ricavato della continuità. Ciò che infatti viene valorizzato dalla nuova disciplina è la capacità del concordato in continuità di ripristinare l'equilibrio economico e finanziario dell'impresa in sé, anche se vengono liquidati beni non strategici e a prescindere da quanto il ricavato dalla loro liquidazione incida in termini quantitativi nella soddisfazione dei creditori.

La domanda di concordato è proposta dal debitore con ricorso ai sensi dell'art. 40 del Codice nelle forme del procedimento unitario. Il ricorso può essere presentato anche in pendenza di un procedimento per la dichiarazione della liquidazione giudiziale aperto da altri nei suoi confronti (art. 40 co. 10). Il Codice conferma, dunque, la legittimazione esclusiva del debitore a richiedere l'apertura del concordato preventivo, ferma restando la possibilità per i creditori che rappresentino almeno il 10% dei crediti chirografari di presentare successivamente proposte concorrenti all'interno del procedimento incardinato dal debitore, sino a trenta giorni prima della votazione del concordato (art. 90).

Per accedere al concordato il debitore deve depositare unitamente al ricorso, oltre alla documentazione prevista dall'articolo 39, la proposta di concordato, il piano e la relazione dell'esperto. Il debitore, tuttavia, può riservarsi la possibilità di depositare tale documentazione successivamente entro un termine concesso dal Tribunale, compreso tra 30 e 60 giorni, prorogabile su istanza del debitore di non oltre 60 giorni in presenza di giustificati motivi e solo nel caso in cui non siano state presentate istanze di liquidazione giudiziale.

Con riguardo agli effetti della domanda, analogamente a quanto previsto dalla legge fallimentare, l'articolo 46 del Codice stabilisce che dopo il deposito e fino al decreto di apertura della procedura il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale, a pena di inefficacia dei relativi atti. Dopo il decreto di apertura e fino all'omologazione l'autorizzazione è concessa dal giudice delegato. Si conferma, in questo modo, l'effetto principale del concordato preventivo che è quello del cd. spossessamento attenuato, in base al quale il debitore conserva la gestione dell'impresa e l'amministrazione dei suoi beni sotto il controllo degli organi della procedura. Dal deposito della domanda, inoltre, i crediti di terzi sorti per effetto di atti legalmente compiuti dal debitore acquisiscono il grado di crediti prededucibili, da soddisfare con priorità in caso di successiva liquidazione

giudiziale. I creditori non possono acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti e le ipoteche iscritte nei 90 giorni precedenti la pubblicazione della domanda nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori. Sono, inoltre, sospesi sino alla data dell'omologazione del concordato gli obblighi societari di riduzione del capitale per perdite e l'applicazione della connessa disciplina delle cause di scioglimento della società. La novità di maggior rilievo rispetto al passato è che il semplice deposito della domanda non produce più l'effetto della sospensione automatica delle azioni esecutive e cautelari dei creditori sul patrimonio del debitore, essendo a tal fine necessaria la richiesta espressa del debitore stesso nella domanda di concordato. La durata delle stesse è, inoltre, prevista per un massimo di 12 mesi. Tale previsione impone una attivazione tempestiva dell'imprenditore ai primi segnali di difficoltà per favorire una significativa accelerazione delle procedure, evitando in tal modo che il termine del periodo di sospensione eventualmente maturato nel corso delle trattative possa pregiudicare il tentativo di risanamento.

Dal momento del deposito della domanda, inoltre i creditori non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del deposito della domanda di accesso al concordato in continuità aziendale, dell'emissione del decreto di apertura del procedimento e della concessione delle misure protettive o cautelari. Sono inefficaci eventuali patti contrari. Con specifico riguardo ai cd. contratti essenziali, ovverosia relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore, i creditori interessati dalle misure protettive (par 7.3), non possono, unilateralmente, 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 mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo in continuità aziendale (art. 94-bis).

Nello specifico ambito del concordato in continuità, infine, il debitore può richiedere al Tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili funzionali all'esercizio dell'attività aziendale fino all'omologa o funzionali all'apertura del

procedimento di concordato, nel caso di presentazione della domanda con riserva di deposito della documentazione (art. 99) o, ancora, funzionali all'esecuzione del concordato stesso.

Il piano di concordato in continuità deve rispettare i requisiti analiticamente indicati all'articolo 87 del Codice per tutte le tipologie di concordato, con alcune specificità.

Analogamente alle altre forme esso deve contenere:

- 1) l'indicazione del debitore e delle eventuali parti correlate, nonché la descrizione della situazione economico-finanziaria dell'impresa e della posizione dei lavoratori;
- 2) la descrizione delle cause e dell'entità dello stato di crisi o di insolvenza in cui si trova e l'indicazione delle strategie d'intervento;
- 3) il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale;
- 4) le modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti;
- 5) la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta;
- 6) gli apporti di finanza nuova eventualmente previsti e le ragioni per cui sono necessari per l'attuazione del piano;
- 7) le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili in caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e le prospettive di realizzo;
- 8) le iniziative da adottare qualora si verifici uno scostamento dagli obiettivi pianificati;
- 9) le parti interessate dal piano con i relativi crediti e interessi;
- 10) le classi in cui le parti interessate sono state suddivise;
- 11) le eventuali parti non interessate dal piano;
- 12) le modalità di informazione e consultazione dei rappresentanti dei lavoratori nonché gli effetti della ristrutturazione sui rapporti di lavoro, sulla loro organizzazione o sulle modalità di svolgimento delle prestazioni;
- 13) l'indicazione del commissario giudiziale ove già nominato.

Accanto a queste informazioni generali il piano di concordato in continuità, deve specificatamente contenere il piano industriale con l'indicazione degli effetti sul

piano finanziario; nonché l'indicazione dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria e – in caso di continuità diretta – l'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, nonché l'indicazione per ciascun creditore dell'utilità, specificatamente individuata ed economicamente valutabile, che si intende assicurare. Si tratta di una condizione che era già espressamente prevista dall'articolo 186 bis l.f.72 per il concordato in continuità. Rispetto a prima viene, tuttavia, chiarito che la specifica utilità può consistere anche nella semplice prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali.

Il piano in continuità può infine prevedere la moratoria dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che il piano stesso preveda la liquidazione dei beni su cui insiste la prelazione. Per tale moratoria, già prevista dall'articolo 186 bis l.f. per la durata massima di un anno, il Codice non prevede un termine di durata massima dall'omologazione. Tuttavia, per i crediti dei lavoratori subordinati, assistiti da privilegio ai sensi dell'art. 2751-bis del Codice civile, il termine di durata della moratoria non può essere superiore a sei mesi. Unitamente al piano di concordato il debitore deve depositare la relazione del professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Nel concordato in continuità tale relazione si arricchisce di ulteriori elementi, dovendo il professionista attestare, altresì, 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 peggiore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale. Questa previsione conferma l'intenzione del Codice della crisi di tutelare e favorire il recupero della continuità aziendale dell'impresa come valore in sé, contemplando la tutela anche di altri interessi (imprenditore, soci, lavoratori) oltre all'obiettivo di garantire la soddisfazione dell'interesse dei creditori nei limiti di una realizzazione delle loro pretese non inferiore rispetto alla sola prospettiva liquidatoria. Una nuova attestazione deve essere presentata in caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano.

La fase dell'ammissione alla procedura di concordato in continuità aziendale è stata significativamente semplificata e il ruolo di controllo del Tribunale notevolmente ridotto. Quando il concordato è in continuità il Tribunale deve, infatti, limitarsi a

verificare la ritualità della proposta (art. 47 co. 1 lett. b) potendo dichiarare l'inammissibilità della domanda di accesso al concordato nei soli casi di "manifesta inidoneità" del piano alla soddisfazione dei creditori come proposta dal debitore e alla conservazione dei valori aziendali. La limitazione del vaglio di ammissibilità del concordato in continuità, in questa fase come in fase di omologazione (su cui v. infra), si giustifica alla luce dell'esigenza di garantire procedure di ristrutturazione rapide ed efficaci, nonché di recepire i criteri dettati dalla direttiva 1023/2019. Quest'ultima consente all'autorità giudiziaria di valutare il piano ed eventualmente rifiutarne l'omologa quando risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa o quando un creditore dissenziente contesti la violazione del best interest of creditors (e cioè quando il creditore ritenga di ottenere un trattamento migliore in caso di liquidazione). Pertanto, il controllo giudiziale in base alla direttiva deve essere limitato ai profili di manifesta inidoneità del piano a raggiungere i risultati prefissati, con la conseguenza di rimettere ogni altra valutazione sulla meritevolezza del piano alla libera volontà delle parti.

Ai fini della sua valutazione il Tribunale acquisisce il parere del commissario giudiziale, qualora sia già stato nominato (a seguito del deposito della domanda con riserva di deposito della documentazione). Con il decreto di apertura della procedura il Tribunale nomina il giudice delegato e il commissario giudiziale (eventualmente confermandolo se già nominato); stabilisce la data iniziale e finale per la votazione dei creditori (essendo stata soppressa l'adunanza fisica dei creditori, v. infra) tenuto conto del numero dei creditori, dell'entità del passivo e della necessità di assicurare la tempestività ed efficacia della procedura; determina le modalità di voto che dovranno essere idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione degli aventi diritto anche utilizzando strutture informatiche messe a disposizione da soggetti terzi; fissa il termine non superiore a 15 giorni per il deposito del 50% delle spese ritenute necessarie per lo svolgimento della procedura (o della minor somma disposta dal Tribunale, purché non inferiore al 20%). Nel caso in cui, invece, accerti la mancanza delle condizioni di ammissibilità del concordato, il Tribunale, sentiti il debitore, i creditori che hanno presentato domanda di apertura della liquidazione giudiziale e il pubblico ministero, dichiara con decreto l'inammissibilità del

concordato e, se è stato presentato ricorso da uno dei soggetti legittimati, dispone con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale. Tuttavia, il Tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti. Il decreto che dichiara inammissibile il concordato è reclamabile in Corte d'appello entro 15 giorni dalla comunicazione. Decorso tale termine, la domanda di concordato può essere riproposta solo se si verificano mutamenti delle circostanze.

La disciplina del voto nel concordato ha subito significative modifiche con la soppressione dell'adunanza dei creditori e l'introduzione del voto con modalità telematiche. Gli articoli 104 e ss. del Codice – che trovano applicazione a tutte le tipologie di concordato – regolano le modalità per lo svolgimento delle operazioni di voto e per assicurare il contraddittorio tra le parti interessate, nonostante l'assenza di un'adunanza fisica.

In particolare, si prevede che il commissario giudiziale dopo la nomina comunichi ai creditori a mezzo di posta elettronica certificata (o con lettera raccomandata in mancanza di PEC) il piano e la data iniziale e finale del voto stabilita dal Tribunale, la proposta del debitore, il decreto di apertura della procedura e invita i creditori a fornire l'indirizzo PEC oppure un recapito certificato qualificato. Se tale comunicazione non è possibile per l'eccessivo numero dei creditori il Tribunale può autorizzare la notifica su quotidiani a diffusione nazionale o locale. Almeno 45 giorni prima del termine previsto per l'inizio del voto, il commissario giudiziale deposita in cancelleria una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, precisando se l'impresa si trovi in crisi o in insolvenza, sulla condotta del debitore e sulla proposta di concordato e la trasmette al pubblico ministero. Almeno quindici giorni prima dell'inizio del voto il commissario illustra la relazione e le proposte definitive del debitore e quelle eventualmente presentate dai creditori con comunicazione inviata ai creditori, al debitore e a tutti gli altri interessati e depositata nella cancelleria del giudice delegato. Dieci giorni prima del voto debitore e creditori possono formulare osservazioni e contestazioni al commissario giudiziale e almeno 7 giorni prima il commissario giudiziale deposita e comunica agli interessati la relazione finale. Il voto è espresso a mezzo posta elettronica certificata inviata al commissario giudiziale.

Le regole per l'approvazione del concordato e per la distribuzione del valore sono diverse nel concordato in continuità e nel concordato liquidatorio. In primo luogo, nel concordato in continuità, la regola della suddivisione dei creditori in classi diventa obbligatoria. L'istituto delle classi dei creditori e la possibilità di prevedere trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse, in deroga ai principi della *par condicio creditorum*, è stata introdotta come facoltà dalla prima Riforma della legge fallimentare al fine di agevolare il raggiungimento delle maggioranze necessarie per l'approvazione del concordato. Tale principio continua a rimanere una facoltà soltanto nel concordato liquidatorio, mentre diventa sempre obbligatorio nel concordato in continuità. In tal caso il Codice (art. 85.3) prevede anche alcuni criteri per la formazione delle classi, stabilendo che debbano formare classi separate: le imprese minori titolari di crediti chirografari derivanti da rapporti di fornitura di beni e servizi; i creditori muniti di privilegio, pegno e ipoteca, quando non sono soddisfatti integralmente nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 109, comma 5, in tal caso – come si vedrà - il Codice considera i creditori privilegiati “parti interessate” dalla ristrutturazione, secondo la definizione europea, attribuendogli il diritto di voto.

Il Codice, inoltre, pur mantenendo fermo, in linea generale, il principio previsto dalla legge fallimentare in base al quale la suddivisione dei creditori in classi non può alterare l'ordine delle cause di prelazione, prevede espressamente alcune deroghe nell'ambito del concordato in continuità.

Al riguardo, in particolare, l'articolo 84, comma 6 introduce un'importante distinzione tra valore di liquidazione (ossia quello individuabile in ipotesi di liquidazione giudiziale) e valore eccedente quello di liquidazione (cd. surplus da continuità): mentre il primo deve essere distribuito sempre nel rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, con la conseguenza che le classi di rango inferiore non potranno essere soddisfatte se non siano state pagate integralmente le classi di rango superiore (Absolute Priority Rule o APR); il secondo potrà essere distribuito anche in deroga a tale principio con la conseguenza che le classi di rango inferiore potranno essere soddisfatte purché alle classi di rango superiore sia garantito un trattamento almeno pari a quello della classi dello stesso grado e superiore a quello delle classi di rango inferiore (Relative Priority Rule o RPR). Tale distinzione non opera, tuttavia,

per i crediti indicati dall'art. 2751-bis del Codice civile, vantati dai lavoratori subordinati, per i quali si applica sempre la regola della priorità assoluta.

Ne deriva un meccanismo complesso e di non facile applicazione basato sulla distinzione tra i due valori. Le ragioni sottese a questa scelta, che recepisce in parte i principi della direttiva, sono strettamente connesse al tema della posizione dei soci nelle ristrutturazioni. Nei sistemi in cui vige la APR i soci, infatti, non hanno nessun interesse a prestare il loro consenso e sono inclini, invece, ad ostacolare i tentativi di ristrutturazione, quando da essi deriverebbe inevitabilmente il ridimensionamento, se non l'azzeramento della propria partecipazione. La possibilità di partecipare al valore generato dalla continuità aziendale incentiva i soci a immettere nuove risorse e a favorire l'attuazione del piano. Analoghe considerazioni valgono per i creditori di rango inferiore. La possibilità di ottenere una percentuale di soddisfazione anche se non sono stati integralmente pagati i creditori di rango superiore, agevola la prestazione del consenso e la formazione delle maggioranze per l'omologazione del piano.

Il concordato è approvato se tutte le classi votano a favore. A tal fine, in ciascuna classe deve essere raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto. In alternativa il concordato si considera approvato dalla classe quando abbiano votato favorevolmente almeno i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato almeno la metà del totale dei crediti della stessa classe. Poiché la mancata espressione del voto è equiparata a mancata approvazione, la previsione di un'alternativa al criterio del raggiungimento della maggioranza in ciascuna classe risponde all'esigenza di incentivare le ristrutturazioni anche in caso di inerzia dei creditori chiamati al voto. In questo caso il Codice ha attuato il principio della direttiva che impone agli stati membri la definizione delle maggioranze per l'adozione del piano, in ogni caso non superiori al 75% dei crediti ammessi al voto, combinata alla possibilità di fissare una soglia di partecipazione al voto. Se il concordato in continuità non è approvato in tutte le classi, in base ai criteri appena descritti, è ancora possibile l'omologazione attraverso il meccanismo del cd. cross class cram down.

Sono esclusi dal voto il coniuge, il convivente di fatto o la parte dell'unione civile, i parenti, gli affini fino al quarto grado del debitore, società che controllano la società

debitrice, le società da queste controllate e quelle soggette a comune controllo, i cessionari e aggiudicatari di crediti da meno di un anno prima della domanda di concordato, nonché i creditori in conflitto di interessi. Quest'ultima esclusione recepisce l'orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che recentemente aveva attribuito rilievo al tema del conflitto di interessi nel concordato (ancorché fallimentare) prevedendo l'esclusione dal voto di tutti quei soggetti portatori di un interesse in conflitto con quello degli altri creditori, al fine di garantire la corretta formazione della volontà in sede di approvazione della proposta concordataria. Per i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca l'art. 109 comma 5 del Codice prevede la loro esclusione dal voto solo se nella proposta è previsto il soddisfacimento integrale del loro credito, in denaro, entro 180 giorni dall'omologazione del piano (per i lavoratori assistiti da privilegio di cui all'art. 2751-bis c.c. il termine è ridotto a 30 giorni) e purché la loro garanzia resti ferma fino alla liquidazione dei beni sulla quale insiste. Se non ricorrono tutte tali condizioni, anche se pagati integralmente, i creditori privilegiati hanno diritto al voto per l'intero credito e vanno inseriti in un'apposita classe. La disposizione attribuendo il diritto di voto ai creditori privilegiati anche se pagati integralmente - quando manchi il rispetto delle condizioni indicate dalla norma ovvero sia quando siano pagati con mezzi diversi dal denaro e/o oltre il termine di 180 giorni - recepisce nel nostro ordinamento la nozione di parti interessate prevista dalla direttiva 1023/2019 che attribuisce il diritto di voto a qualsiasi creditore che venga inciso dal piano, ovvero sia quando il suo credito venga coinvolto dalla ristrutturazione subendo una modificazione quantitativa o anche solo qualitativa del suo diritto. Se non ne è previsto il pagamento integrale per incapienza del bene sul quale insiste la garanzia, per la parte di credito coperta da privilegio ma non soddisfatta secondo le condizioni indicate dall'art. 112 del Codice essi saranno inseriti -come detto- in una specifica classe di crediti privilegiati, mentre per la parte degradata a chirografo essi saranno inseriti in un'altra classe. In quest'ipotesi, quindi, i creditori privilegiati voteranno in entrambe le classi. Il creditore proponente ovvero le società da questo controllate, controllanti o sottoposte a comune controllo, possono votare solo se inseriti in apposita classe. All'esito del voto il commissario giudiziale redige un'apposita relazione con le risultanze, da depositare in cancelleria il giorno dopo la chiusura

delle operazioni di voto. Nel caso in cui non siano raggiunte le maggioranze previste il giudice delegato riferisce al Tribunale che in caso di istanza dei soggetti legittimati dichiara aperta la liquidazione giudiziale.

Se il concordato è stato approvato dai creditori il Tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale (art. 48). Le opposizioni dei creditori dissenzienti e di qualsiasi interessato devono essere presentate nel termine perentorio di almeno dieci giorni prima dell'udienza. Le opposizioni sono presentate con memoria nell'ambito del procedimento unitario già aperto con il deposito del ricorso di concordato. Il commissario giudiziale deve depositare il proprio parere almeno cinque giorni prima e il debitore può depositare memorie fino ai due giorni precedenti l'udienza.

Il giudizio di omologa del concordato in continuità si distingue profondamente da quello che opera nel concordato liquidatorio sia per il contenuto del controllo riservato al Tribunale sia per la previsione nel solo concordato in continuità del meccanismo del cross class cram down. In sede di omologa il Tribunale deve verificare, in primo luogo, alcune condizioni previste per tutti i tipi di concordato: a) regolarità della procedura; b) esito della votazione; c) ammissibilità della proposta; d) corretta formazione delle classi; e) parità di trattamento dei creditori all'interno di ciascuna classe. Accanto a tali condizioni il Tribunale deve specificatamente verificare con riguardo al concordato preventivo 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. La novità di maggior rilievo riguarda il fatto che nel concordato in continuità, il giudizio sulla fattibilità del concordato è limitato alla verifica che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza, e non si estende alla fattibilità economica dello stesso, determinando in tal modo un importante ridimensionamento del ruolo di controllo del Tribunale in questa peculiare tipologia di concordato, in cui assume massimo rilievo l'autonomia privata delle parti, senza tuttavia pregiudicare il quadro degli interessi tutelati. Esclusivamente per il concordato in continuità è inoltre previsto il meccanismo di ristrutturazione trasversale dei debiti cd. cross class cram down previsto dall'art.11 della direttiva

1023/2019. Il Tribunale, in forza di tale meccanismo, può omologare comunque il piano con effetti vincolanti per tutti i creditori, su richiesta del debitore, o con il suo consenso se si tratta di proposta concorrente, anche in presenza di classi dissenzienti (quando quindi il concordato non sia approvato da ciascuna classe) a condizione che: a) il valore di liquidazione sia distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione (regola di priorità assoluta) e il valore eccedente quello di liquidazione (plusvalore da continuità) nel rispetto della regola di priorità relativa; b) nessun creditore riceva più dell'importo del proprio credito; c) la proposta sia approvata dalla maggioranza delle classi, purché 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 stati almeno parzialmente soddisfatti rispettando la regola di priorità assoluta anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

Si tratta di una deroga significativa al principio di maggioranza che regolava il concordato preventivo nella legge fallimentare, potendo ora il concordato essere approvato con effetti vincolanti anche in presenza del consenso di una sola classe di creditori. Tale misura evidenzia il favor che il Codice riconosce alla ristrutturazione dell'impresa, in luogo della liquidazione. A bilanciare, tuttavia, la possibilità che il concordato sia omologato anche in caso di mancata approvazione da parte della maggioranza delle classi è estesa ad ogni creditore dissenziente il diritto di eccepire tramite l'opposizione il difetto di convenienza della proposta.

In caso di opposizione il Tribunale procede all'omologazione qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale (cd. cram down). In quest'ipotesi e quando il creditore contesta l'assenza delle condizioni per procedere alla ristrutturazione trasversale dei debiti il Tribunale può anche disporre la stima del valore del complesso aziendale del debitore.

Il concordato è omologato con sentenza soggetta a reclamo (su ci vd. art. 51-53 del Codice). In punto, con una disposizione del tutto innovativa (art. 53 comma 5-bis) il Codice prevede che in caso di accoglimento del reclamo da parte della Corte di appello, quest'ultima su richiesta delle parti può confermare la sentenza di omologazione se ritiene prevalente l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori

rispetto al pregiudizio subito dal singolo reclamante, riconoscendogli il diritto al solo risarcimento del danno subito. In tal modo il concordato resta eseguibile. L'omologazione deve intervenire entro 12 mesi dalla presentazione della domanda di accesso alla procedura, termine che corrisponde a quello di durata massima delle misure protettive. Se il Tribunale, invece, non omologa il concordato, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, dichiara aperta la liquidazione giudiziale accertata l'insolvenza del debitore. Una volta omologato, il concordato è obbligatorio nei confronti di tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso (art. 117). Sull'esecuzione del concordato vigila il commissario giudiziale che deve riferire al giudice delegato ogni fatto che possa pregiudicare i creditori.

Sul debitore grava l'obbligo di dare esecuzione alla proposta, anche se presentata dai creditori. In caso di inerzia o ritardo nel compimento degli atti necessari, il Tribunale può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo di questi. Nel caso in cui la proposta approvata e omologata sia quella presentata da un terzo, il proponente può chiedere al Tribunale (in caso di inerzia o ritardo del debitore nell'esecuzione della proposta) non solo l'attribuzione al commissario giudiziale dei poteri necessari a provvedere, ma anche la revoca dell'organo amministrativo della società e la nomina di un amministratore giudiziario. Se il piano di concordato prevede un aumento del capitale sociale della società debitrice o altre deliberazioni di competenza dell'assemblea dei soci, all'amministratore giudiziario eventualmente nominato è attribuito anche il potere di convocare l'assemblea ed esercitare in essa i diritti di voto per le azioni o quote facenti capo ai soci di maggioranza. Si tratta, in sostanza, del meccanismo dell'esecuzione forzata del concordato preventivo introdotto con la riforma del 2015 con lo scopo di superare il veto dei soci, quando il piano prevede il compimento di operazioni che incidono sull'organizzazione dell'impresa, che ne richiedono il coinvolgimento secondo le regole del diritto societario, al fine di garantire la corretta esecuzione del concordato. Una rilevante novità in tema di risoluzione del concordato disciplinata dall'art. 119 del Codice è la previsione per cui la liquidazione giudiziale del debitore può essere dichiarata solo a seguito della risoluzione del concordato, salvo che lo stato di insolvenza consegua a debiti sorti successivamente all'apertura del concordato

preventivo. È conseguentemente estesa al commissario giudiziale la legittimazione a richiedere la risoluzione del concordato.

### ***3.5 Il piano di risanamento soggetto a omologazione***

Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (cd. PRO), previsto dall'art. 64-bis del Codice, è un istituto del tutto innovativo volto a consentire la ristrutturazione dell'imprenditore attraverso la valorizzazione di alcuni profili privatistici, come la libertà di definizione degli accordi conclusi con i creditori all'esterno di una procedura concorsuale, unita alla produzione degli effetti che normalmente derivano dall'apertura della procedura e dall'omologazione di un procedimento di concordato preventivo.

La genesi dell'istituto, come si evince dalla relazione illustrativa, sembra essere legata alla necessità di attuare un principio che troverebbe spazio all'interno dell'art.11 della direttiva 1023/2019 ovvero la possibilità per il debitore di richiedere l'omologazione di piani approvati dall'unanimità delle classi di creditori senza vincoli distributivi derivanti dal rispetto dei principi della garanzia patrimoniale del debitore, della par condicio creditorum e dell'ordine di graduazione delle cause di prelazione, che trovano invece applicazione in base alla direttiva quando il piano è approvato solo dalla maggioranza.

Strutturalmente il PRO ricalca la disciplina del concordato preventivo in continuità (prevedendo le diverse fasi della presentazione della domanda, ammissione, approvazione e omologazione), a cui l'art. 64-bis del codice attua numerosi rinvii e che trova applicazione nei limiti di compatibilità con la speciale disciplina dedicata all'istituto, caratterizzata dalle seguenti peculiarità: a) il piano di ristrutturazione deve essere approvato sempre dall'unanimità delle classi di creditori. Come nel concordato preventivo in continuità la suddivisione dei creditori in classi per omogeneità di posizione giuridica ed interesse economico è obbligatoria. Non è tuttavia mai possibile accedere al meccanismo della ristrutturazione trasversale dei debiti (di cui all'art. 112 co. 2 del Codice,) ma è ammessa la possibilità che il piano risulti approvato da ciascuna classe quando al suo interno è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto o tramite il criterio alternativo, previsto anche per il concordato preventivo, dell'approvazione da parte dei due terzi dei creditori votanti

purché all'interno della classe abbiano votato creditori rappresentanti almeno la metà dei crediti della stessa. Sono inoltre richiamate le regole relative alla esclusione dal diritto di voto (per le classi di voto che sono pagate integralmente, in denaro, entro 180 giorni dall'omologazione) previste per il concordato in continuità;

b) il piano può prevedere la distribuzione dell'attivo senza vincoli distributivi, in deroga non solo al principio della responsabilità patrimoniale generale del debitore di cui all'art. 2740 del Codice civile e al principio della par condicio creditorum ma anche alle norme che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione. Ne consegue che nel PRO non solo il piano non deve soggiacere alla regola di priorità assoluta, come accade per il surplus che deriva dalla prosecuzione dell'attività per il concordato preventivo, ma non deve nemmeno soggiacere alla regola di priorità relativa e alla inalterabilità dell'ordine dei criteri di priorità derivanti dai diversi titoli di preferenza, a differenza di quanto accade nel concordato preventivo in continuità<sup>92</sup>. Sono fatti salvi i diritti dei lavoratori che devono essere soddisfatti integralmente, in denaro, entro 30 giorni dall'omologazione;

c) dalla presentazione della domanda e fino all'omologazione l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, sotto il controllo del commissario giudiziale. La disposizione (art. 64-bis comma 5) attua il principio del debtor in possession, derivante dalla direttiva e comune alla composizione negoziata. A differenza del concordato preventivo gli atti di straordinaria amministrazione non sono soggetti ad un regime di autorizzazione giudiziaria (cd. spopolamento attenuato) ma la gestione dell'impresa rimane esclusivamente in capo al debitore che può porre in essere gli atti di ordinaria o straordinaria amministrazione. Per questi ultimi è però previsto un regime di informazione preventiva al commissario giudiziale. Infatti, l'imprenditore deve informare il commissario giudiziale prima del compimento degli atti di straordinaria amministrazione e dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti con il piano di ristrutturazione. Qualora questi ritenga che l'atto in questione possa arrecare pregiudizio ai creditori o che non sia coerente con il piano dovrà segnalarlo all'imprenditore e all'organo di controllo, se presente. Se, nonostante la segnalazione, l'atto viene compiuto il commissario ne informa immediatamente il Tribunale affinché assuma le determinazioni necessarie alla revoca del provvedimento di ammissione del PRO. La domanda di accesso al

PRO segue le forme del procedimento unitario (potendo essere presentata anche con riserva di deposito della documentazione) oltre alla proposta e al piano, cui si applicano i medesimi contenuti previsti dall'art. 87 del codice per il concordato preventivo (vd. sopra) devono essere depositati i documenti di cui all'art. 39 al comma 1 e 2 e la relazione del professionista che attesta veridicità dei dati e fattibilità del piano. Dal deposito della domanda conseguono alcuni degli effetti previsti per il caso di concordato in continuità, tra cui quelli relativi alle misure protettive se richieste nella domanda, all'inefficacia dei diritti di prelazione acquisiti dopo la domanda nei confronti degli altri creditori concorrenti, alla prededuzione per i crediti sorti per effetto degli atti legalmente compiuti durante il procedimento, alla sospensione degli obblighi societari di riduzione del capitale per perdite e della connessa disciplina delle cause di scioglimento della società.

La fase dell'ammissione è estremamente semplificata: il Tribunale deve infatti verificare esclusivamente la mera ritualità della proposta e la correttezza della formazione delle classi. Nel decreto di ammissione il Tribunale provvede alla nomina del commissario giudiziale (cui si applica l'art. 92 del Codice) e a definire la data iniziale e finale per le operazioni di voto dei creditori. Sono ammesse proposte concorrenti e offerte concorrenti, stante il richiamo della relativa disciplina rispettivamente prevista dagli artt. 90 e 91 del Codice.

Anche la fase dell'omologazione è disciplinata dalle stesse regole che presidiano il procedimento relativo al concordato in continuità, si applica infatti l'art. 48 del Codice, tuttavia non trova applicazione l'art. 112 del Codice sul contenuto del giudizio di homologazione nel concordato. Il Codice (art.64-bis comma 8) si limita a prevedere che in sede di omologa del PRO ciascun creditore dissenziente ha diritto di contestare la convenienza del concordato. Solo in tal caso, il Tribunale procede alla verifica che il piano garantisce la soddisfazione del credito in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. Se la verifica dà esito positivo procede alla homologazione.

L'omologazione del PRO, nonostante la presenza di creditori dissenzienti, è possibile - come anticipato - solo se esso risulta approvato in ciascuna classe. Il debitore, tuttavia, può contestare i risultati del voto attestati dalla relazione del commissario giudiziale che certifichi la mancata unanimità, richiedendo l'accertamento del

conteggio al Tribunale, con richiesta da presentare entro 15 giorni dal deposito della relazione medesima.

In alternativa, il debitore, qualora la proposta non abbia raggiunto l'approvazione dell'unanimità delle classi, può modificare la domanda chiedendo la conversione del procedimento in concordato preventivo. La stessa possibilità è espressamente riconosciuta al debitore se un creditore contesta la convenienza del piano nelle osservazioni formulate al commissario giudiziale prima del voto e in ogni fase del procedimento, anche al di fuori delle due ipotesi espressamente regolate (art. 64-quater).

Se decorso il termine di 15 giorni dal deposito della relazione il debitore non chieda il riconteggio o la conversione del procedimento, trova applicazione l'art. 111 del codice, per cui il giudice delegato deve riferire al Tribunale il mancato raggiungimento dell'unanimità che, in presenza dello stato di insolvenza e della relativa domanda, può disporre l'apertura della liquidazione giudiziale. La memoria da depositare nell'ambito del procedimento unitario per richiedere la conversione in concordato è soggetta a pubblicazione nel registro delle imprese, da tale momento trovano applicazione le norme relative agli effetti della domanda di concordato preventivo (compreso lo spossessamento attenuato).

L'art. 64-quater disciplina anche l'ipotesi di conversione inversa: il debitore che abbia presentato una domanda di concordato preventivo può modificarla chiedendo l'omologazione secondo la disciplina del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione fino a quando non siano iniziate le operazioni di voto.

Gli effetti che derivano dall'omologazione del PRO sono assimilabili a quelli previsti per il concordato, stante il richiamo all'intera sezione VI del capo III del titolo IV in forza del quale trova applicazione anche la disciplina della risoluzione e annullamento del concordato. Gli atti posti in essere in esecuzione del piano sono esenti da revocatoria (art. 166 co. 3 lett. e)

### ***3.6 Gli strumenti per la liquidazione dell'impresa***

Il Codice della crisi, pur mantenendo ferme le regole sostanziali già previste dalla legge fallimentare, muta radicalmente la prospettiva delle soluzioni per la liquidazione dell'impresa. Nel nuovo impianto normativo la procedura di

liquidazione giudiziale sostituisce il fallimento e viene collocata successivamente alla disciplina relativa alle procedure finalizzate alla continuità aziendale. Essa, dunque, perde la centralità che assumeva nella legge fallimentare e si configura come residuale rispetto alle procedure volte al risanamento dell'impresa, alle quali lo stesso Codice riconosce priorità di trattazione. Si tratta di una logica coerente con il quadro complessivo degli istituti riformati che attribuiscono rilievo alla prevenzione della crisi e dell'insolvenza e che mirano a favorire la ristrutturazione dell'impresa rispetto alla disgregazione dei valori imprenditoriali<sup>95</sup>. L'abrogazione dei termini "fallimento" e "fallito" segna, inoltre, definitivamente l'eliminazione di qualsiasi forma di disvalore derivante dall'insuccesso imprenditoriale.

Contestualmente, viene agevolata la ripartenza del debitore attraverso regole più favorevoli sull'esdebitazione.

La liquidazione giudiziale è, altresì, preceduta dal concordato preventivo liquidatorio e dalla nuova fattispecie del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Si tratta di strumenti anch'essi volti a realizzare la liquidazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente, riducendo tuttavia i tempi per la soddisfazione dei creditori.

### ***3.6.1 Il concordato liquidatorio***

Il concordato preventivo si qualifica liquidatorio quando la soddisfazione dei creditori è realizzata attraverso il ricavato della liquidazione del patrimonio. La funzione di questo tipo di concordato è quindi quella di procurare la soddisfazione dei creditori in alternativa alla liquidazione giudiziale attraverso un piano che non preveda la continuità diretta o indiretta dell'attività imprenditoriale, ma la liquidazione del patrimonio.

Il Codice conserva rigide condizioni di accesso all'istituto, già introdotte nel 2015 in sede di riforma della legge fallimentare. Ai fini dell'ammissibilità del concordato, il quarto comma dell'articolo 84 stabilisce, infatti, che la proposta deve prevedere un apporto di risorse esterne che determini un incremento del 10% dell'attivo disponibile al momento della domanda e che assicuri una soddisfazione minima del 20% dell'ammontare complessivo dei crediti per i creditori chirografari e per i creditori privilegiati degradati.

Il procedimento per l'apertura del concordato e gli effetti della domanda seguono, invece, le medesime regole previste per il concordato in continuità aziendale sopra esaminate. Anche il contenuto del piano è il medesimo (art. 87), salva la non applicabilità delle previsioni specifiche previste per l'ipotesi della continuità. Il piano può, inoltre, prevedere l'offerta da parte di un soggetto già individuato, volta all'affitto o al trasferimento dell'azienda, di un suo ramo o di specifici beni aziendali, anche prima dell'omologazione (art. 84 co. 9). In tal caso si applica la disciplina delle offerte concorrenti introdotta dalla riforma del 2015 e sostanzialmente riprodotta dall'articolo 91 del Codice, finalizzata a sollecitare l'interesse di terzi a mettersi in competizione con gli offerenti individuati dal debitore, aumentando la contendibilità dell'impresa nell'interesse dei creditori.

Con riguardo al ruolo del Tribunale nella fase di apertura del concordato, esso è chiamato ad effettuare una valutazione non solo sull'ammissibilità giuridica della proposta, ma anche sulla fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine del concordato a raggiungere gli obiettivi prefissati. Tale valutazione, secondo i primi commentatori, implica dunque un giudizio atto a verificare oltre i profili di legalità, anche quelli di fattibilità economica del concordato, con riferimento quanto meno alla possibilità di raggiungimento della soglia minima del 20% del credito complessivo di chirografari e privilegiati degradati.

Le regole di voto, il principio della divisione in classi di creditori e le regole sulla distribuzione del valore presentano significative diversità rispetto al concordato in continuità. In primo luogo, nel concordato liquidatorio la divisione in classi dei creditori e la previsione di trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse è meramente facoltativa, salvo che per alcune categorie di creditori per le quali diventa sempre obbligatoria. Si tratta, in particolare dei titolari di crediti tributari o previdenziali per i quali non è previsto l'integrale pagamento; dei titolari di garanzie prestate da terzi; dei creditori che vengono soddisfatti anche in parte con utilità diverse dal denaro; dei creditori che hanno presentato proposte concorrenti e le parti ad esse correlate.

Con riguardo alle regole del voto l'articolo 109 prevede che il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. In caso di divisione in classi tale maggioranza deve essere raggiunta anche nel

maggior numero di classi. Sono sottoposte a votazione tutte le proposte presentate dal debitore e dai creditori, seguendo per queste ultime l'ordine temporale di deposito. Il Codice riproduce, dunque, le maggioranze previste dall'articolo 177 l.f., con alcune significative novità, quali la previsione per cui se un solo creditore è titolare di oltre la maggioranza dei crediti ammessi al voto, per l'approvazione del concordato, è necessaria anche la maggioranza per teste.

Si applicano le esclusioni dal voto previste per il concordato in continuità con riferimento ai congiunti, parti in conflitto di interessi ecc. (par. 4.4). Con riguardo, invece, al trattamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, si prevede l'esclusione dal voto se nella proposta è previsto il soddisfacimento integrale del loro credito (salvo che non rinuncino alla prelazione), mentre sono equiparati ai creditori chirografari per la parte residua del credito quando non ne è previsto il pagamento integrale.

Per la distribuzione del valore il Codice prevede l'obbligo di rispettare la regola della priorità assoluta, in base alla quale i creditori di rango inferiore non potranno essere pagati se non saranno soddisfatti integralmente i creditori di rango superiore. Resta ferma, inoltre, come già previsto dalla legge fallimentare la possibilità di procedere al pagamento non integrale dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca 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 delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali, per come attestata dal professionista indipendente. La parte residua di credito è degradata a chirografo (art. 84 co. 5). Le risorse esterne, equiparate a nuova finanza, possono invece essere distribuite ai creditori liberamente, anche in deroga all'ordine legittimo delle cause di prelazione e possono essere apportate dai soci senza obbligo di restituzione o con postergazione delle loro ragioni di debito. Quanto al giudizio di omologa, anche nel concordato liquidatorio il Tribunale deve verificare:

- a) la regolarità della procedura,
- b) esito della votazione;
- c) ammissibilità della proposta;
- d) la corretta formazione delle classi e la parità di trattamento all'interno di ciascuna classe. Accanto a tali profili il Tribunale è chiamato a valutare la fattibilità del piano

intesa come non manifesta inettitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati. Si tratta di una forma di controllo diverso e più incisivo rispetto a quello previsto nel concordato in continuità in cui la verifica del Tribunale è volta a verificare semplicemente che il piano non sia privo di ragionevoli chance di successo. Occorre segnalare come l'articolo 112 del Codice mantiene fermo, inoltre, l'istituto del cram down, previsto dall'articolo 180 l.f., ossia la possibilità per il Tribunale di omologare ugualmente il concordato quando un creditore dissenziente appartenente a una classe dissenziente, oppure in caso di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentino almeno il 20% dei crediti ammessi al voto, contestino la convenienza della proposta, purché il loro credito possa essere soddisfatto dal concordato in misura non inferiore al ricavato della liquidazione giudiziale. Con la sentenza che omologa il concordato il Tribunale nomina uno o più liquidatori e il comitato dei creditori (art. 114). Al liquidatore spetta l'esercizio di ogni azione prevista dalla legge per conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero dei crediti, nonché l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità o la sua prosecuzione se già pendente (art.115). Gli effetti che discendono dall'omologazione e l'esecuzione sono disciplinati come per il concordato preventivo in continuità dagli artt. 117 e ss. del Codice.

### ***3.6.2 Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio***

Il concordato liquidatorio semplificato è un istituto fortemente innovativo, introdotto durante l'emergenza pandemica, per fare fronte al potenziale incremento delle situazioni di insolvenza delle imprese da essa generato. L'istituto è però funzionalmente connesso alla composizione negoziata della crisi, potendo accedervi soltanto il debitore che abbia intrapreso virtuosamente, ma senza successo il percorso di composizione negoziata. Si tratta di una fattispecie autonoma di concordato con cessione dei beni, che può condurre anche al trasferimento dell'intera azienda o di suoi rami, senza la necessità di rispettare le rigide condizioni di accesso previste per il concordato liquidatorio ordinario e con significative semplificazioni procedurali volte a garantire una rapida liquidazione, a fronte di specifici presidi diretti a realizzare l'equilibrio degli interessi delle diverse parti coinvolte. I tratti principali

che differenziano il concordato liquidatorio semplificato rispetto alle altre forme di concordato riguardano, in particolare:

- i) i presupposti di accesso alla procedura;
- ii) le semplificazioni del procedimento;
- iii) le modalità della cessione d'azienda;
- iv) il giudizio di omologazione.

Configurandosi come uno dei possibili esiti della composizione negoziata della crisi, possono accedere al concordato liquidatorio semplificato tutte le imprese in possesso dei requisiti oggettivi e soggettivi per la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto. A differenza del concordato liquidatorio ordinario – accessibile alle sole imprese commerciali non minori, che si trovino in stato di crisi o di insolvenza – alla nuova procedura possono, pertanto, ricorrere tutte le imprese iscritte al Registro delle imprese (a prescindere dalla natura dell'attività esercitata e dalle dimensioni) che si trovino nella situazione di squilibrio patrimoniale, economico e finanziario che rende probabile la crisi o l'insolvenza.

Alla procedura, tuttavia, il debitore non può accedere in via autonoma e diretta come avviene nelle altre forme di concordato, ma può ricorrervi solo quando l'esperto relazione che conclude la composizione assistita della crisi dichiara che:

- i) le trattative si siano svolte secondo buona fede e correttezza;
- ii) che le stesse non abbiano avuto esito positivo;
- iii) che non siano praticabili né le soluzioni interamente stragiudiziali, né la presentazione del ricorso per l'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti, per il superamento della situazione di crisi o di insolvenza in cui l'impresa si trova.

Dal complesso di tali condizioni si ricava che, ai fini dell'accesso al concordato semplificato, non è sufficiente che il debitore abbia volontariamente intrapreso il percorso della composizione negoziata, ma è necessario che le trattative con i creditori si siano effettivamente svolte e che, nonostante l'impegno del debitore, non sia stato possibile raggiungere una soluzione negoziale.

Da un punto di vista oggettivo, trattandosi di una procedura autonoma rispetto al concordato liquidatorio non sono applicabili le condizioni d'accesso relative a quest'ultima alla procedura (ad es. l'obbligo di garantire con la proposta il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari;

l'incremento di almeno il 10% dell'attivo disponibile attraverso l'apporto di risorse esterne).

Le principali semplificazioni del procedimento riguardano:

- i) l'assenza della fase di ammissione al concordato;
- ii) l'omissione del voto dei creditori;
- iii) la nomina di un ausiliario in luogo del commissario giudiziale. Tali semplificazioni consentono all'impresa di giungere rapidamente al giudizio di omologa senza che siano pregiudicati gli interessi delle parti coinvolte. Il concordato semplificato, infatti, segue a una fase in cui la situazione finanziaria, economica e patrimoniale dell'impresa, unitamente all'impercorribilità di altre soluzioni, è già stata vagliata dall'esperto nella composizione negoziata della crisi. I creditori, inoltre, già adeguatamente informati nel corso delle trattative e messi in condizione di valutare le proposte del debitore, beneficiano di un giudizio di omologa rafforzato rispetto al concordato ordinario, proprio per compensare le omissioni delle fasi precedenti. Anche la mancata nomina del commissario giudiziale consente di evitare duplicazioni di compiti e funzioni, in parte già assolti dall'esperto in fase di composizione negoziata della crisi e, in parte, assorbiti dalla nuova figura dell'ausiliario nominato dal Tribunale.

Il procedimento ha avvio con il deposito da parte del debitore della proposta di concordato e del piano di liquidazione dei beni, entro 60 giorni dal ricevimento della comunicazione della relazione dell'esperto di conclusione della composizione negoziata, a pena di decadenza. Alla proposta e al piano devono essere allegati i documenti normalmente richiesti per la presentazione di una domanda di accesso al procedimento unitario indicati dall'art. 39 del Codice. La domanda, con cui il debitore chiede direttamente l'omologa del concordato, è presentata con ricorso al Tribunale del luogo in cui l'impresa ha il proprio center of main interests cd. COMI. Il ricorso è comunicato al pubblico ministero ed è pubblicato a cura della cancelleria del Tribunale al Registro delle imprese. Dalla pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese decorrano gli effetti normalmente previsti in caso di concordato preventivo, compresi quelli protettivi del patrimonio del debitore. Successivamente al deposito del ricorso il Tribunale fissa l'udienza per l'omologazione, dopo avere valutato la ritualità della proposta e acquisito la relazione finale dell'esperto, oltre a

un parere dallo stesso redatto sui presumibili risultati della liquidazione e delle garanzie offerte da eventuali acquirenti. Con lo stesso decreto con cui fissa l'udienza, il Tribunale nomina un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile, assegnando ad esso un termine per il deposito di un parere sulla proposta e sul piano. L'ausiliario coadiuva il Tribunale e vigila sull'attività del debitore nel corso della procedura, attivando il procedimento per la revoca del concordato qualora ne ravvisi i fatti e le circostanze, analogamente a quanto avviene nel concordato preventivo ordinario ad opera del commissario giudiziale. Contestualmente il Tribunale ordina la comunicazione ai creditori risultanti dall'elenco depositato, se possibile tramite posta elettronica certificata, della proposta, della relazione e del parere dell'esperto e del parere dell'ausiliario, specificando dove possono essere reperiti i dati per la valutazione della proposta. Nei dieci giorni che precedono l'udienza tutti i creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione.

In sede di omologa, il Tribunale assume i mezzi di prova richiesti dalle parti o disposti d'ufficio verifica:

- i) la regolarità del contraddittorio e del procedimento, nonché il rispetto dell'ordine legittimo delle cause di prelazione;
- ii) la fattibilità del piano di liquidazione intesa come la concreta realizzabilità degli obiettivi di soddisfazione dei creditori individuati dal piano stesso;
- iii) che la proposta non arrechi pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, sulla base di una valutazione comparativa di tale scenario che potrà essere individuata anche grazie al supporto dell'ausiliario;
- iv) che comunque sia assicurata un'utilità a ciascun creditore, anche diversa dal denaro.

Il giudizio di omologa si estende, dunque, a valutazioni normalmente spettanti ai creditori, che coinvolgono il merito e la convenienza della proposta e del piano di concordato e che si giustificano, limitatamente a tale procedura, come contrappeso al venir meno delle prerogative del voto e dei presidi informativi posti a tutela dei creditori nella fase di ammissione al concordato.

In caso di esito positivo del giudizio il Tribunale omologa il concordato con decreto motivato immediatamente esecutivo, reclamabile alla Corte di appello nei successivi

30 giorni. Il provvedimento della Corte di appello è a sua volta ricorribile in cassazione.

Con il decreto di omologa, infine, il Tribunale nomina il liquidatore che seguirà la fase della liquidazione dei beni, regolata dalle disposizioni di cui all'art. 114 del Codice l.f. per il concordato ordinario, che si applicano in quanto compatibili.

Nel caso in cui il piano di concordato preveda un'offerta da parte di un soggetto già individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore dell'intera azienda spetta al liquidatore procedere alla vendita stessa dopo aver verificato "l'assenza di soluzioni migliori sul mercato".

Nel caso in cui il piano preveda che il trasferimento abbia luogo prima dell'omologazione, all'offerta darà esecuzione l'ausiliario, previa autorizzazione del Tribunale, dopo aver allo stesso modo verificato soltanto l'assenza di ulteriori soluzioni migliori sul mercato.

Alla vendita, infine, si applicano gli articoli da 2919 a 2930 del Codice civile, con gli effetti propri delle vendite forzate nell'ambito delle procedure esecutive.

### ***3.6.3 La Liquidazione giudiziale***

Il Codice sostituisce i termini fallimento e fallito, rispettivamente, con quelli di "liquidazione giudiziale" e "debitore". La modifica è volta a eliminare l'aurea di negatività, discredito, anche personale, e stigma sociale che storicamente si accompagna al fallimento, e ad allineare il nostro ordinamento al cambiamento culturale in atto a livello europeo<sup>102</sup> per cui l'insolvenza rappresenta un fenomeno non più irreparabile ma connaturato all'attività d'impresa e accentuato dalle crisi sistemiche degli ultimi anni, superabile attraverso l'esdebitazione e l'opportunità di un nuovo ingresso nel mercato.

La procedura di liquidazione giudiziale è collocata topograficamente soltanto dopo le disposizioni sugli strumenti negoziali per la ristrutturazione. Questa scelta riflette la volontà di invertire il rapporto tra procedure che favoriscono la continuità aziendale e procedure liquidatorie, in favore delle prime, riservando la liquidazione ai soli casi in cui lo stato di insolvenza sia ormai irreversibile.

Accanto alle modifiche terminologiche e alla nuova collocazione sistematica, la procedura di liquidazione giudiziale (ex fallimento), tuttavia, non subisce in generale

significative modifiche. Le novità sono dirette principalmente ad estendere il novero dei soggetti legittimati a presentare la domanda di apertura della liquidazione e a rendere la procedura più rapida e snella, con l'obiettivo di ridurre il più possibile la durata. Pertanto, la trattazione in questa sede è limitata alle principali novità introdotte dal codice della crisi rispetto a quanto già previsto dalla legge fallimentare. La domanda per l'apertura della liquidazione giudiziale, nelle forme del procedimento unitario, può essere proposta oltre che dal debitore, creditori e pubblico ministero, anche dagli organi e dalle autorità amministrative che esercitano funzioni di controllo e vigilanza sull'impresa. Ne consegue che nell'ambito delle società di capitali la domanda potrà essere proposta anche dall'organo di controllo. La fase dell'istruttoria è caratterizzata da termini stringenti, che possono essere abbreviati dal presidente del Tribunale o dal giudice relatore nei casi di urgenza e dall'acquisizione d'ufficio di dati ed elementi conoscitivi da enti pubblici o banche dati, in via telematica, come dichiarazioni fiscali, presenza di debiti contributivi, iscrizioni a ruolo, ecc., finalizzati sia ad evitare l'apertura di procedure inutili (relative ad esempio ad imprese di dimensione inferiore alle soglie dimensionali), che ad evidenziare situazioni di insolvenza "particolarmente rilevanti" per il mercato e la tutela del credito.

Fermo il principio della priorità della trattazione delle domande rivolte all'apertura di procedimenti finalizzati alla ristrutturazione il Tribunale dichiara con sentenza l'apertura della liquidazione accertati il presupposto soggettivo di imprenditore commerciale non minore del debitore e la sussistenza dello stato di insolvenza. La sentenza che dispone l'apertura della procedura liquidatoria, oltre alla nomina degli organi della procedura, fissa i termini per l'insinuazione delle domande di ammissione al passivo e l'udienza di approvazione dello stato passivo e contiene l'autorizzazione preventiva affinché il curatore possa accedere a banche dati ed acquisire documentazione contabile e bancaria, al fine di poter ricostruire in modo rapido e completo le vicende dell'impresa e le cause dell'insolvenza, nonché eventuali responsabilità (art. 49, comma 3 lett. f).

In questa prima fase una modifica di rilievo è quella della disciplina della redazione della cd. Relazione ex art. 33 l.f. e dei rapporti informativi. In particolare, l'articolo 130 del Codice prevede che il curatore deve redigere dapprima un'informativa

sintetica al giudice delegato entro trenta giorni dall'apertura della procedura, comprensiva dell'indicazione delle cause dell'insolvenza e della responsabilità del debitore. Entro sessanta giorni dal decreto di esecutività dello stato passivo deve, invece, presentare al medesimo giudice delegato una relazione particolareggiata che deve soffermarsi sulla diligenza spiegata dal debitore nell'esercizio dell'impresa e sulla responsabilità del medesimo e di altri e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale. A questa relazione deve essere allegato il bilancio dell'ultimo esercizio, redatto dal curatore -come in passato- nel caso in cui il debitore non vi provveda.

Nel caso in cui la procedura riguardi società o altro ente la relazione deve soffermarsi sulla responsabilità degli amministratori e degli organi di controllo, dei soci ed eventualmente di estranei alla società. Nel caso di società che faccia parte di un gruppo il curatore deve anche riferire sulla natura dei rapporti con altre società ed enti allegando le informazioni raccolte sulle rispettive responsabilità, avuto riguardo agli effetti economici e contrattuali con le altre imprese del gruppo. Questa relazione ove non si faccia luogo all'accertamento del passivo è depositata entro 180 giorni dall'apertura della liquidazione giudiziale. Tutti questi atti debbono essere trasmessi in copia al pubblico ministero. Un ulteriore rapporto è presentato dal curatore ogni quattro mesi.

Con la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale il Tribunale fissa il luogo, il giorno e l'ora dell'udienza per l'esame dello stato passivo e assegna ai creditori e ai terzi che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del fallito, il termine perentorio di trenta giorni prima dell'udienza per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione.

L'articolo 200 del Codice attribuisce al curatore il compito di comunicare ai creditori e ai terzi suindicati mediante posta elettronica certificata o lettera raccomandata:

- 1) che possono partecipare al concorso trasmettendo la domanda al curatore a mezzo di posta elettronica certificata;
- 2) la data dell'udienza e il termine entro il quale la domanda deve essere presentata;
- 3) ogni altra informazione utile per agevolare la presentazione della domanda;
- 4) il domicilio digitale assegnato alla procedura.

La domanda si propone con ricorso e deve indicare, a pena di inammissibilità: la procedura alla quale si intende partecipare; le generalità del creditore; il credito vantato o il bene del quale si richiede la restituzione o la rivendicazione; le ragioni in fatto e in diritto alla base della pretesa; l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica a cui ricevere le comunicazioni; l'eventuale indicazione del titolo di prelazione che assiste il credito vantato e la descrizione del bene sul quale la prelazione speciale si esercita; Al ricorso devono essere allegati i documenti dimostrativi del diritto fatto valere.

In attuazione del principio di delega che richiedeva di chiarire le modalità di verifica dei diritti vantati sui beni del debitore che sia costituito datore di ipoteca, l'articolo 201 ha esteso i tempi e le modalità di presentazione delle domande di insinuazione allo stato passivo a quelle di partecipazione al riparto delle somme ricavate dalla liquidazione dei beni compresi nella procedura ipotecata a garanzia dei beni altrui. A tal fine è altresì previsto che la domanda di insinuazione al passivo debba contenere anche l'indicazione dell'ammontare del credito per il quale si intende partecipare al riparto se il debitore nei cui confronti è aperta la liquidazione è terzo datore di ipoteca.

Come in passato, la domanda produce i medesimi effetti della domanda di liquidazione giudiziale, e dunque, interrompe la prescrizione. Secondo le nuove norme, tuttavia, tali effetti operano non solo sino alla chiusura della procedura, ma anche nei giudizi e nelle operazioni che proseguono dopo il decreto di chiusura della procedura stessa.

Il curatore predispose l'elenco dei creditori e dei titolari di diritti sui beni del fallito, formulando il progetto di stato passivo con le conclusioni circa l'ammissibilità e la fondatezza di ciascuna domanda di insinuazione. Tale progetto deve essere depositato almeno quindici giorni prima dell'udienza fissata per la verifica, e le parti possono presentare osservazioni scritte e documenti integrativi fino all'udienza. All'udienza fissata per l'esame il giudice delegato decide con decreto succintamente motivato, su ciascuna domanda, disponendone l'accoglimento anche parziale o con riserva, ovvero il rigetto. Al termine dell'esame di ciascuna domanda il giudice delegato forma lo stato passivo e lo rende esecutivo con decreto depositato in cancelleria.

L'articolo 207 disciplina il procedimento per l'impugnazione dello stato passivo prevedendo per favorire un più rapido svolgimento della procedura che se nessuna delle parti costituite compare alla prima udienza, oppure se non compare solo il ricorrente costituito, il giudice ordina che la causa sia cancellata dal ruolo e dichiara l'estinzione del processo. Con le stesse finalità acceleratorie è previsto, inoltre, che eventuali errori materiali del progetto possano essere corretti senza instaurazione del contraddittorio se tutte le parti sono concordi nel chiedere la medesima correzione.

Alcune significative modifiche sono state, infine, introdotte alla disciplina delle domande tardive, ossia le domande presentate oltre il termine di 30 giorni prima dell'udienza per la verifica dello stato passivo, considerate nella prassi una delle principali ragioni di ritardo nella procedura. In particolare, l'articolo 208 del Codice ha ridotto il termine per la presentazione di tali domande da dodici a sei mesi dopo il deposito del decreto di esecutività dello stato passivo (prorogabile fino a dodici mesi e non più fino a diciotto in caso di particolare complessità della procedura). Per le domande ultratardive, ossia quelle presentate dopo tale termine fino a quando non siano esaurite le operazioni per il riparto, l'ultimo comma della stessa disposizione ha chiarito che sono dichiarate inammissibili dal giudice delegato quando il creditore non ha indicato la causa del ritardo e i mezzi di prova per dimostrare che lo stesso non è stata a lui imputabile.

Importante è il principio, sancito dall'art. 136 CCII co. 2, secondo cui il curatore procede alla liquidazione dell'attivo contemporaneamente all'accertamento del passivo, venendo meno la regola che originariamente stabiliva che la liquidazione seguisse l'accertamento. La norma deve essere coordinata con il disposto dell'art. 213, che stabilisce che il programma di liquidazione indichi la data da cui avrà inizio la liquidazione dell'attivo, consentendo al curatore di tener conto di situazioni in cui sia opportuno non far luogo alla liquidazione immediata dei beni, fermo in ogni caso restando il potere della Corte d'appello in sede di reclamo contro la sentenza di apertura della liquidazione di sospendere la liquidazione (art. 52 CCII). Prima dell'approvazione del programma di liquidazione, la liquidazione dei beni può avvenire solo su autorizzazione del GD e solo quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori.

Per favorire la prosecuzione dell'attività aziendale anche nel corso della liquidazione giudiziale, l'articolo 211 del Codice stabilisce che l'apertura della procedura non determina la cessazione dell'attività d'impresa quando:

- a) il Tribunale con la sentenza che dichiara aperta liquidazione autorizza il curatore a proseguire l'esercizio dell'impresa se dall'interruzione può derivare un grave danno e purché la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori;
- b) successivamente il giudice delegato con decreto, su proposta del curatore e previo parere favorevole del comitato dei creditori autorizza l'esercizio dell'impresa.

Si tratta dell'istituto dell'esercizio provvisorio dell'impresa, già previsto dalla legge fallimentare. Rispetto alla previgente formulazione delle norme, tuttavia, la continuazione dell'attività non rappresenta una facoltà che può essere concessa dal Tribunale e diventa il regime ordinario quando ricorrono le condizioni suindicate. Rimangono, invece, ferme le disposizioni volte a garantire un costante monitoraggio sull'attività per evitare che dalla prosecuzione possa derivare un pregiudizio per gli interessi dei creditori. In particolare, si prevede che durante il periodo di esercizio, il curatore deve:

- 1) convocare il comitato dei creditori almeno ogni tre mesi per informarlo dell'andamento della gestione, affinché si esprima sull'opportunità di proseguire l'esercizio;
- 2) depositare un rendiconto dell'attività ogni semestre;
- 3) informare in ogni caso il giudice delegato e il comitato dei creditori di circostanze sopravvenute che possono influire sulla prosecuzione dell'esercizio.

Acquisite tutte le informazioni periodiche, il Tribunale può ordinare in qualsiasi momento la cessazione dell'esercizio provvisorio quando ne ravvisi l'opportunità.

La disciplina dell'affitto d'azienda o dei suoi rami contenuta nell'articolo 212 del Codice non presenta novità e riproduce in modo sostanzialmente identico le disposizioni dell'articolo 104 bis l.f.

Il Codice conferma la centralità del programma di liquidazione come strumento di pianificazione e indirizzo delle modalità e dei tempi per la realizzazione dell'attivo, con alcune importanti novità. Il programma di liquidazione deve ora essere redatto entro 150 giorni dalla sentenza di apertura della liquidazione e il primo esperimento di vendita dei beni ricompresi nell'attivo deve svolgersi entro 8 mesi dall'apertura

della procedura, mentre sono stati mantenuti i termini massimi di 5 anni (in casi eccezionali 7 anni) per completare l'attività liquidatoria. Il mancato rispetto di tali termini costituisce motivo di revoca per giusta causa del curatore.

L'art. 216 del Codice limita il ruolo del giudice delegato nelle vendite rimettendo al curatore ed al suo programma di liquidazione l'individuazione delle modalità più opportune con le quali svolgersi, comunque legate a procedure competitive o in alternativa alle forme del codice di procedura civile, confermando altresì la necessaria pubblicità sul portale delle vendite pubbliche (di regola con almeno 30 gg di preavviso, riducibili solo in caso di assoluta urgenza e previa autorizzazione del g.d.).

Con riguardo al contenuto del programma, esso deve essere diviso in sezioni e indicare separatamente criteri e modalità della liquidazione dei beni e della riscossione dei crediti, con l'indicazione dei tempi presumibili di realizzo. Il programma deve indicare anche le azioni giudiziali e il subentro nelle liti pendenti, con i costi per il primo grado di giudizio, l'eventualità dell'esercizio provvisorio e dell'affitto d'azienda, le modalità per la cessione unitaria dell'azienda o delle cessioni in blocco dei beni, nonché il termine entro il quale avrà inizio la liquidazione e quello del suo presumibile completamento.

Rimane ferma la facoltà per il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, di non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appare manifestamente non conveniente, ma viene precisato che tale attività si presume manifestamente non conveniente dopo sei esperimenti di vendita cui non ha fatto seguito l'aggiudicazione, salvo che la prosecuzione dell'attività liquidatoria non sia autorizzata dal giudice delegato.

Con riguardo alle modalità della liquidazione, il Codice non prevede significative novità rispetto alla disciplina prevista dalla legge fallimentare. Ciò che occorre segnalare è che le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione devono essere effettuati con modalità telematiche mediante il portale delle vendite pubbliche, salvo che tali modalità siano pregiudizievoli per gli interessi dei creditori o per il sollecito svolgimento della procedura.

A tal fine il curatore effettua la pubblicità sul portale dell'ordinanza di vendita e di ogni altro atto o documento utile, almeno trenta giorni prima della vendita (termine che può essere ridotto in caso di urgenza). Gli interessati a presentare l'offerta di acquisto formulano, tramite il portale, la richiesta di esaminare i beni in vendita. L'offerta non è efficace se perviene oltre il termine stabilito nell'avviso pubblicato e nell'ordinanza di vendita o se l'offerente non presta cauzione nella misura indicata. L'offerta è efficace anche se inferiore di non oltre un quarto del prezzo indicato nell'ordinanza. Entro cinque giorni dal trasferimento di ciascun bene il curatore ne dà notizia agli organi della procedura mediante deposito nel fascicolo informatico.

Il giudice delegato, su istanza del debitore, del comitato dei creditori o di altri interessati, con decreto motivato può sospendere le operazioni di vendita o impedire il perfezionamento della vendita avvenuta quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello ritenuto congruo. Se il prezzo offerto è inferiore in misura non superiore a un quarto rispetto a quello indicato nell'ordinanza di vendita, il giudice può impedire il perfezionamento della vendita se ricorrono elementi idonei a dimostrare che una nuova vendita possa dar luogo al conseguimento di un prezzo pari almeno a quello stabilito nell'ordinanza. Una volta eseguita la vendita e riscosso il prezzo il giudice delegato ordina con decreto la cancellazione delle iscrizioni dei pignoramenti, dei sequestri e di ogni altro vincolo esistente sul bene (art. 217).

Anche la fase della distribuzione del ricavato delle vendite non subisce particolari modifiche. L'articolo 220 del Codice, tuttavia, pur ribadendo i principi già previsti dalla legge fallimentare in materia, impone al curatore di trasmettere ai creditori il progetto di riparto delle somme disponibili solo se l'entità del passivo accertato consenta una ripartizione in misura apprezzabile. I creditori possono proporre reclamo al giudice delegato contro il progetto di riparto entro quindici giorni dalla ricezione della comunicazione da parte del curatore. Decorso tale termine il giudice dichiara esecutivo il progetto.

Compiuta la liquidazione dell'attivo, il curatore presenta al giudice delegato il rendiconto finale dell'attività di gestione della procedura, delle modalità con cui ha attuato il programma di liquidazione e del relativo esito. Il giudice delegato fissa l'udienza per l'approvazione del rendiconto e se non corso di queste non ci sono contestazioni, approva il rendiconto e ordina il riparto delle somme ai creditori.

L'articolo 233 del Codice regola i casi di chiusura della procedura, prevedendo:

- a) la mancata presentazione di domande di ammissione al passivo;
- b) riparto dell'intero ammontare dei crediti ammessi e pagamento delle spese da soddisfare in prededuzione, anche prima della ripartizione finale dell'attivo;
- c) la compiuta ripartizione dell'attivo; d) impossibilità di soddisfare neppure in parte, i creditori concorsuali, i crediti prededucibili e le spese di procedura.

Tale disposizione prevede, inoltre, che in caso di chiusura della procedura di liquidazione giudiziale di società di capitali per mancata presentazione di domande di ammissione al passivo o per soddisfazione integrale dei crediti, il curatore deve convocare l'assemblea ordinaria dei soci per le deliberazioni necessarie ai fini della ripresa dell'attività o della sua cessazione. Se la chiusura avviene per riparto finale o incapacienza del patrimonio, il curatore deve invece richiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese.

La chiusura della procedura è dichiarata con decreto dal Tribunale (art. 235). La pendenza di eventuali giudizi o procedimenti esecutivi nei quali il curatore conserva la legittimazione, non impedisce la chiusura della procedura (cd. chiusura anticipata). Il Codice, in particolare, in attuazione di un espresso principio di delega, ha chiarito che per tali giudizi si intendono quelli aventi ad oggetto i diritti derivanti dalla liquidazione. Chiusura della procedura Chiusura cd. anticipata - 76 giudiziale e quelli, anche di natura cautelare o esecutiva, finalizzati ad ottenere l'attuazione delle decisioni favorevoli conseguite dalla liquidazione giudiziale.

La chiusura della procedura di liquidazione giudiziale può avvenire anche attraverso un concordato (artt. 240-253), denominato ora "concordato nella liquidazione giudiziale".

La proposta di concordato può essere presentata dai creditori o da terzi anche prima che sia stato adottato il decreto che rende esecutivo lo stato passivo. Essa può essere presentata invece dal debitore, da società a cui partecipa o da società sottoposte a comune controllo, solo decorso un anno dalla sentenza che ha dichiarato aperta la liquidazione giudiziale e non più di due anni dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo. L'articolo 240 del Codice ha introdotto, inoltre, un'ulteriore condizione per la proposta del creditore stabilendo che quest'ultima, ai fini della sua ammissibilità,

deve prevedere – come nel caso di concordato preventivo liquidatorio – l’apporto di risorse che incrementino il valore dell’attivo di almeno il 10%.

Il contenuto della proposta rimane il medesimo di quello previsto dall’articolo 124 l.f: possibilità di suddivisione in classi di creditori (con l’obbligo di formazione di una classe di obbligazionisti o altri portatori di strumenti finanziari) e trattamento differenziato tra le classi nel rispetto del principio dell’ordine legittimo delle cause di prelazione; ristrutturazione dei debiti con qualsiasi forma; soddisfazione non integrale dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, purché non inferiore al valore di mercato, in caso di liquidazione giudiziale, dei beni o diritti sui quali grava la prelazione attestato dal professionista; operazioni societarie; cessione delle azioni di pertinenza della massa, ecc.

Anche la procedura per l’approvazione del concordato e le regole del voto rimangono pressoché immutate. Analogamente a quanto previsto nel concordato preventivo viene, tuttavia, disposto espressamente che sono esclusi dal voto i creditori portatori di un interesse in conflitto con quello della massima soddisfazione dei creditori.

Il concordato è omologato dal Tribunale con decreto non soggetto a gravame, verificata la regolarità della procedura e l’esito della votazione. In caso di concordato con classi, il Tribunale può omologare ugualmente il concordato se nell’ambito di una classe dissenziente un creditore contesti la convenienza della proposta, qualora il credito possa essere soddisfatto in misura non inferiore a quanto avverrebbe in caso di liquidazione (cram down). Il concordato diventa efficace dal momento in cui scadono i termini per le opposizioni e per le impugnazioni contro il decreto di omologazione. Una volta divenuto definitivo il decreto di omologazione il curatore presenta il conto della gestione e il Tribunale dichiara chiusa la procedura di liquidazione giudiziale.

#### *L’esdebitazione*

Il beneficio della esdebitazione, e cioè della liberazione dai debiti residui in caso di liquidazione, rientra tra gli istituti maggiormente modificati dal Codice della Crisi rispetto alla legge fallimentare, in conseguenza dell’attuazione dei principi della direttiva<sup>107</sup> volti a promuovere la liberazione dai debiti in tempi rapidi del debitore

onesto e meritevole (discharge) per consentire la ripartenza della sua attività (fresh start) a beneficio dell'intero sistema economico.

A tal fine, in particolare, il Codice prevede il diritto del debitore di ottenere l'esdebitazione entro tre anni dall'apertura di una procedura di liquidazione giudiziale o controllata. L'esdebitazione, inoltre, opera alla chiusura della procedura anche se essa è dichiarata prima della scadenza del termine di 3 anni ( cd. esdebitazione anticipata).

Altra importante novità è costituita dalla estensione della possibilità di accesso all'esdebitazione, prima riservata ai soli imprenditori individuali e alle persone fisiche soggette alla disciplina sul sovraindebitamento<sup>109</sup>, ad ogni debitore nei confronti del quale sia aperta una procedura di liquidazione giudiziale o controllata, comprese le società e gli altri enti. In tale ultimo caso, le condizioni di meritevolezza cui è subordinata la concessione del beneficio sono riferite ai legali rappresentanti degli enti e ai soci limitatamente responsabili di società, se esistenti. A questi ultimi, peraltro, si estende l'efficacia della liberazione dai debiti conseguente all'esdebitazione della società.

Immutate rispetto alla disciplina previgente resta, invece, l'indicazione dei debiti esclusi dall'esdebitazione<sup>111</sup> e delle condizioni soggettive di meritevolezza necessarie per l'ammissione. A queste condizioni si aggiungono, inoltre, i due seguenti ulteriori limiti: il debitore non può accedere all'esdebitazione se vi ha beneficiato nei cinque anni precedenti e, comunque, se vi ha già beneficiato per due volte.

Con riguardo al procedimento di accesso all'esdebitazione, esso diverge a seconda della procedura cui è soggetto il debitore. Nel caso di liquidazione giudiziale, il tribunale dichiara l'esdebitazione, sentiti gli organi della procedura e verificata la sussistenza delle condizioni previste dalla legge: i) contestualmente alla chiusura della procedura, anche se non sono ancora decorsi tre anni dalla data in cui la stessa è stata aperta, ed anche se proseguono alcuni giudizi e i procedimenti relativi alla liquidazione, come è ora consentito dall'art. 234 CCII; oppure ii) su istanza del debitore quando siano decorsi almeno tre anni dalla data in cui è stata aperta la procedura di liquidazione giudiziale e non sia ancora intervenuta la chiusura.

Il decreto con il quale il tribunale pronuncia l'esdebitazione viene comunicato agli organi della procedura, al pubblico ministero e ai creditori non integralmente soddisfatti i quali possono proporre reclamo entro 30 giorni. Il decreto che nega l'esdebitazione deve invece essere notificato al debitore, essendo anch'egli legittimato a proporre reclamo.

La disciplina regola, infine, il rapporto tra l'intervenuta esdebitazione a seguito di chiusura della procedura ed eventuali riparti sopravvenuti all'esito dei giudizi e delle procedure esecutive portate avanti dalla curatela, come è ora consentito dall'art. 234 CCI. L'esdebitazione non incide su tali giudizi o procedimenti e l'eventuale maggior riparto dovrà essere distribuito tra i creditori. Non sono invece regolati gli effetti sulla procedura, quanto a spossessamento e disciplina dei beni sopravvenuti, nell'ipotesi in cui l'esdebitazione sia dichiarata senza che intervenga la chiusura della liquidazione.

Nel caso di liquidazione controllata, compresa quella di società qualificabili come imprenditori minori e agricoli, l'esdebitazione opera di diritto, a seguito del provvedimento di chiusura o anteriormente, decorsi tre anni dalla sua apertura, senza necessità di presentare un'apposita istanza. Ulteriore condizione di accesso al beneficio dell'esdebitazione in caso di liquidazione controllata, oltre a quelle previste in via generale dell'art. 280 CCI, è il non aver determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode. Il decreto che consenta o neghi l'esdebitazione è reclamabile entro trenta giorni dal pubblico ministero, dai creditori (tutti, anche quelli soddisfatti) e dal debitore, cui è comunicato.

L'esdebitazione del sovraindebitato, tuttavia, al fine di evitare ogni incertezza in merito, viene comunque dichiarata con decreto dal Tribunale, iscritto al registro delle imprese su richiesta del cancelliere per le imprese o pubblicato in apposita area del sito web del Tribunale o del Ministero della Giustizia, in caso di consumatori e professionisti .

Nell'ambito della disciplina dedicata all'esdebitazione del sovraindebitato è infine introdotta una speciale disciplina di favore dedicata al debitore persona fisica meritevole, imprenditore e non, che non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, diretta o indiretta, nemmeno in prospettiva futura, tenuto conto della prevalente necessità di assicurare il mantenimento della sua famiglia

### *La regolazione della crisi e dell'insolvenza di gruppo*

Il titolo VI del Codice prevede una specifica disciplina per la gestione delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza che coinvolgono più imprese facenti parte di un gruppo attraverso due strumenti principali: l'instaurazione di un'unica procedura oppure il coordinamento tra procedure aperte separatamente.

La stessa distinzione tra procedura unitaria o coordinata ricorre nell'ambito del percorso della composizione negoziata della crisi.

L'articolo 284 CCI, prevede che più imprese appartenenti a un medesimo gruppo che versino in uno stato di crisi o insolvenza possono proporre con un unico ricorso la domanda di accesso alla procedura, presentando un piano unico oppure più piani tra loro collegati riferiti alle imprese del gruppo. Le proposte di concordato rivolte ai creditori devono, invece, essere distinte e seguire distinte votazioni, ancorché contestuali, in virtù del principio sancito dalla legge delega che impone la separazione delle masse attive e passive delle singole imprese. È altresì prevista la possibilità di presentare un unico ricorso per l'omologa di un accordo di ristrutturazione dei debiti, con un unico piano o con più piani interferenti, nonché quella di formalizzare un unico piano attestato di risanamento.

Condizione di accesso alla procedura unitaria è la maggior convenienza della soluzione di gruppo rispetto a quella della presentazione di un piano concordatario o di un accordo di ristrutturazione autonomo per ciascuna impresa. La maggior convenienza va valutata alla stregua del perseguimento dell'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori delle singole imprese del gruppo, nonché dell'obiettivo del risanamento dell'esposizione debitoria e del riequilibrio finanziario di ciascuna impresa del gruppo.

Il piano di concordato può prevedere la liquidazione di alcune e la riorganizzazione di altre imprese del gruppo, così come pure alcune operazioni contrattuali e riorganizzative, inclusi i trasferimenti di risorse infragruppo, a condizione che un professionista indipendente ne attesti la necessità e la coerenza ai fini dell'attuazione della continuità aziendale programmata e del soddisfacimento dei creditori. Tale previsione attenua in parte il principio dell'autonomia delle masse, ammettendo una forma di consolidamento sostanziale, derogando al principio della responsabilità patrimoniale di cui all'articolo 2740 c.c., ritenuto dalla giurisprudenza della

Cassazione ostacolo – insuperabile in via interpretativa – all’ammissibilità di procedure unitarie. Nel caso in cui siano previste operazioni di questo tipo possono proporre opposizione all’omologazione:

i) i creditori dissenzienti appartenenti a una classe dissenziente o, in assenza di classi, i creditori dissenzienti che rappresentino almeno il 20% dei crediti ammessi al voto con riferimento a una singola società;

ii) i soci di minoranza delle imprese del gruppo che si ritengono danneggiati da tali operazioni. Nel primo caso il Tribunale procede all’omologazione se ritiene che il piano non arrechi pregiudizio ai creditori rispetto alla loro prevedibile soddisfazione in sede di liquidazione; nel secondo se è possibile la sussistenza di un pregiudizio, in considerazione dei vantaggi compensativi derivanti alle singole società dal piano o dai piani concordatari di gruppo (art. 285, co. 5). Questa disposizione, in particolare, appare rilevante per un duplice profilo: da un lato perché rappresenta una delle poche disposizioni che tiene conto del ruolo dei soci nelle ristrutturazioni e dall’altro perché consente l’ingresso anche nella materia concorsuale della teoria dei vantaggi compensativi, sebbene essa richieda una reinterpretazione in funzione concordataria. L’adattamento del criterio dei vantaggi compensativi al diritto della crisi consente di ipotizzare l’ammissibilità di forme di aggregazione patrimoniale a condizione che il sacrificio imposto alla singola società che cede attivo alle altre trovi un bilanciamento nella partecipazione al piano di gruppo. In questa direzione attenta dottrina ha sottolineato che in sede concorsuale tale criterio potrà essere applicato non solo in chiave “indennitaria” (cioè in relazione ai benefici derivanti dalla procedura di gruppo in termini di risparmi di spesa, continuazione delle forniture, ecc.), ma anche “redistributiva” del plusvalore generato dalla soluzione unitaria.

Una volta aperta la procedura, il carattere unitario della stessa si manifesta nella nomina di un unico giudice delegato e di un unico commissario giudiziale; nell’unicità del fondo per le spese; nella contestualità delle votazioni da parte dei creditori delle società che hanno presentato il ricorso; nel principio di stabilità del concordato di gruppo in virtù del quale, una volta omologato, non può essere risolto o annullato se i presupposti dell’annullamento o della risoluzione si verificano solo rispetto a una o ad alcune imprese del gruppo, a meno che non risulti significativamente compromessa l’attuazione del piano anche nei confronti delle altre

imprese. L'articolo 287 CCI prevede, infine, che più imprese, nel caso in cui si verifichi una situazione di insolvenza, possono essere sottoposte a una procedura di liquidazione giudiziaria sulla base di un unico ricorso. Si tratta di un'iniziativa volontaria e non è prevista alcun intervento del tribunale, né del curatore, in funzione dell'apertura di una procedura di gruppo attraverso la riunione di più procedimenti (anche se il curatore può segnalare agli organi sociali delle diverse società del gruppo eventuali situazioni di insolvenza e financo chiedere per esse l'apertura della liquidazione giudiziale).

Anche nel caso della liquidazione giudiziale, eventuali forme di coordinamento della liquidazione degli attivi devono essere funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori, fermo restando il principio della separazione delle masse. È nominato un unico giudice delegato e un unico curatore, mentre è prevista la costituzione di un comitato dei creditori per ciascuna impresa insolvente.

La soluzione della procedura unitaria realizza una forma di procedural consolidation che non costituisce un obbligo per le imprese del gruppo, essendo ammesso anche un accesso separato ad autonome procedure di crisi. In tal caso operano, tuttavia, obblighi informativi a carico delle imprese e obblighi di collaborazione tra organi delle diverse procedure (288-289 CCI), al fine di garantire una gestione efficiente della crisi o dell'insolvenza del gruppo.

La disciplina della crisi e dell'insolvenza di gruppo è infine completata da alcune disposizioni comuni sia alle procedure unitarie sia alle procedure coordinate, che riguardano le azioni esperibili dal curatore (azione revocatoria e revocatoria aggravata, azione di responsabilità ex art. 2497 c.c. nei confronti del soggetto che esercita attività di direzione e coordinamento, denuncia ex art. 2409 c.c. nei confronti di amministratori e sindaci delle imprese del gruppo non assoggettate alla procedura di liquidazione) e la disciplina del rimborso dei crediti derivanti da finanziamenti infragruppo, delineata in coerenza con le previsioni dell'articolo 2497 quinquies e 2467 c.c.

L'art. 25 del codice consente a più imprese appartenenti al medesimo gruppo di accedere alla composizione negoziata della crisi, in funzione della conduzione unitaria delle trattative con i creditori, quando si verifichi una situazione di squilibrio

patrimoniale o finanziario che rende probabile la crisi o l'insolvenza di più imprese dello stesso gruppo.

La composizione negoziata della crisi di gruppo può realizzarsi attraverso due percorsi diversi, entrambi finalizzati a uno svolgimento unitario, ove possibile, delle trattative.

Il primo percorso ha avvio su iniziativa di più imprese del gruppo, che si trovano nella situazione di squilibrio che legittima il ricorso alla composizione negoziata e che hanno sede legale nel territorio dello Stato. Tali imprese possono chiedere al segretario generale della Camera di commercio, industria e artigianato la nomina di un unico esperto indipendente che possa agevolare le trattative con i creditori di tutte le società interessate. L'istanza deve essere presentata attraverso la piattaforma telematica Le azioni del curatore verso altre imprese del gruppo Composizione negoziata di gruppo L'iniziativa da parte di più imprese del gruppo Le procedure coordinate - 83 nazionale da ciascuna impresa che intende accedere alla composizione di gruppo e deve essere rivolta alla Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato ove è iscritta la società o l'ente con sede nel territorio dello Stato che, in base alla pubblicità di cui all'articolo 2497 bis del Codice civile, esercita direzione e coordinamento<sup>121</sup>.

Ai documenti da allegare all'istanza di composizione negoziata (su cui v. par. 3.2) deve essere aggiunta una relazione contenente informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi e contrattuali, l'indicazione del registro delle imprese o dei registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ai sensi dell'articolo 2497 bis del Codice civile e il bilancio consolidato di gruppo ove redatto. Tale documentazione è diretta a fornire all'esperto nominato un quadro della situazione del gruppo e dei rispettivi legami tra imprese, al fine di valutare l'opportunità di svolgere trattative congiunte e di avvalersi dell'ausilio delle società in bonis nella ricerca di una soluzione efficiente per il superamento della crisi.

Una volta nominato, l'esperto deve svolgere i compiti che gli sono propri in modo unitario per tutte le imprese che hanno formulato l'istanza, valorizzando le sinergie derivanti dall'appartenenza al gruppo. A tal fine, in particolare, l'esperto potrà valutare la possibilità di coinvolgere nelle trattative anche le imprese che non versano nella situazione di squilibrio necessaria per accedere alla composizione

negoziata, quando il contributo delle stesse possa agevolare la conclusione di una soluzione negoziale e la conservazione della continuità aziendale delle imprese del gruppo. Si pensi ad esempio al caso in cui le imprese in bonis rilascino garanzie o concedano finanziamenti infragruppo.

È da rilevare, tuttavia, che nello svolgere in modo unitario le trattative l'esperto dovrà sempre tenere conto degli interessi dei creditori delle singole imprese, in coerenza dei principi della responsabilità patrimoniale e della separazione in sede concorsuale delle masse attive e passive. Nel caso in cui, inoltre, lo stesso esperto ritenga che lo svolgimento congiunto possa rendere eccessivamente gravose le trattative potrà disporre che queste si svolgano per singole imprese. Tale valutazione potrà avvenire anche a trattative unitarie già iniziate quando, ad esempio, gli imprenditori non garantiscano all'esperto flussi informativi adeguati relativi alle dinamiche infragruppo.

In mancanza di tale pubblicità il luogo di competenza sarà quello dell'impresa italiana con la maggiore esposizione debitoria, che secondo le disposizioni dello stesso decreto, dovrà essere verificata guardando alla voce D del passivo nello stato patrimoniale prevista dall'articolo 2424 del codice civile, in base all'ultimo bilancio approvato e inserito nella piattaforma.

Il secondo percorso per la composizione negoziata di gruppo è avviato in un momento successivo alla presentazione di istanze separate presentate da più imprese, su iniziativa degli esperti nominati nelle singole procedure, sentiti gli imprenditori e i creditori con i quali sono in corso le trattative. A seguito della presentazione di più istanze disgiunte spetta, dunque, agli esperti il compito di valutare l'opportunità di proporre una trattazione unitaria, che potrà essere condotta, con i medesimi criteri suindicati, da un unico esperto designato di comune accordo tra quelli già nominati. In assenza di designazione la composizione proseguirà con l'esperto nominato per primo. Qualora gli esperti non ritengano utile o opportuna la conduzione unitaria delle trattative, essi dovranno comunque sollecitare le imprese assistite a garantire lo scambio dei flussi informativi necessari per la più efficiente conduzione delle singole composizioni negoziate.

Nel corso della composizione negoziata di gruppo, infine, a prescindere dal percorso con cui essa può essere intrapresa, possono essere richieste al Tribunale le misure

protettive del patrimonio e le autorizzazioni al Tribunale previste nella composizione negoziata ordinaria, compresa l'autorizzazione a contrarre finanziamenti infragruppo prededucibili, a condizione che ne sia stato informato l'esperto e che questi non abbia manifestato il suo dissenso. Agli stessi finanziamenti infragruppo e alle medesime condizioni non si applica, inoltre, la regola della postergazione prevista dagli articoli 2467 e 2497 quinquies del Codice civile.

Con riguardo agli esiti delle trattative, questi saranno gli stessi di quelli previsti per la composizione negoziata della crisi di singole imprese, contratto con uno o più creditori che sia idoneo a garantire la continuità aziendale per almeno due anni; convenzione di moratoria o accordo che produce gli effetti del piano attestato di risanamento ex articolo 67, terzo comma, lett. d), potranno essere concluse unitariamente.

### ***3.7 Profili processuali***

Il Capo IV del Titolo III del Codice contiene le regole processuali volte a disciplinare il procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale, nonché la richiesta delle misure cautelari e protettive. Si tratta di regole molto complesse e di non agevole applicazione.

Con particolare riguardo al procedimento unitario è da rilevare come la direttiva europea offriva una reale opportunità di semplificazione del sistema prevedendo un approccio per istituti, anziché per procedure. Seguire questo approccio avrebbe consentito di ridurre le molte procedure (composizione assistita della crisi; accordi in esecuzione di piani L'iniziativa dei singoli esperti Il procedimento unitario - 85 attestati di risanamento; accordi di ristrutturazione dei debiti ordinari, agevolati e ad efficacia estesa, convenzione di moratoria concordato preventivo liquidatorio e in continuità aziendale, liquidazione giudiziale) a due sole categorie: quelle per la liquidazione e quelle per la continuità aziendale, cui accedere attraverso un'unica istanza, con ampia flessibilità di scelta tra gli strumenti, senza cesure tra gli stessi.

Le regole previste dal Codice pur perseguendo idealmente tale obiettivo non lo hanno compiutamente realizzato. Le procedure si introducono con un unico ricorso, ma continuano ad avere discipline autonome e separate. Una radicale semplificazione

in linea con i principi europei avrebbe generato grandissimi benefici in termini di tempi di gestione della crisi ed efficienza della giustizia, tuttavia, il travagliato iter normativo che ha condotto all'adozione e all'entrata in vigore del Codice non hanno consentito di sfruttare questa chance.

### **3.7.1 Il procedimento unitario per l'accesso alle procedure**

L'articolo 7 del Codice della Crisi prevede che tutte le domande dirette alla regolazione della crisi o dell'insolvenza devono essere trattate nell'ambito di un unico procedimento. L'obiettivo di questa disposizione è quello di ridurre il rischio di sovrapposizioni tra procedure attraverso la creazione di un unico contenitore processuale in cui far confluire le domande di tutti i soggetti legittimati, ancorché tra loro contrapposte (debitore, creditori, pubblico ministero, organi di controllo). A tal fine le domande presentate successivamente devono essere riunite alla precedente. Dopo la presentazione della domanda il percorso processuale si diversifica, in base a che si acceda ad una soluzione negoziata (art. 44) o liquidatoria (art. 41).

Una volta riunite le domande il Tribunale deve trattare con precedenza quelle dirette a una soluzione negoziale della crisi. L'apertura della liquidazione giudiziale può essere, infatti, dichiarata solo quando eventuali domande alternative non sono accolte e purché vi sia l'istanza di uno dei soggetti legittimati e sia accertato lo stato di insolvenza. In questo modo il Codice mira a favorire le procedure per la continuità d'impresa e chiarisce la questione che si era posta in passato sul rapporto tra domanda di concordato preventivo e istanza di fallimento contestualmente presentate, aderendo all'orientamento giurisprudenziale prevalente.

Il Codice subordina la trattazione prioritaria delle soluzioni concordate rispetto alla liquidazione a tre condizioni:

- i) che la domanda non sia manifestamente inammissibile;
- ii) che il piano non sia manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati; iii) che nella proposta sia espressamente indicata la convenienza per i creditori o nel caso di concordato in continuità, le ragioni di assenza di pregiudizio per i creditori.

Questa misura è volta a contemperare le esigenze di tutela della continuità di impresa con l'interesse dei creditori ad un uso non dilatorio e pregiudizievole delle procedure

negoziali. La disposizione, tuttavia, rimette ad una valutazione discrezionale del giudice la verifica della ricorrenza di tali condizioni, imponendo un giudizio sulla convenienza (o di assenza di pregiudizio) per i creditori in una fase del tutto preliminare in cui, peraltro, il piano potrebbe ancora non essere stato presentato (in caso di concordato con riserva, su cui v. infra), con il rischio di creare incertezza e interpretazioni diverse sul rapporto tra domande di liquidazione e strumenti diversi.

L'apertura della liquidazione giudiziale può essere, invece, sempre disposta nella fase dell'impugnazione di un provvedimento di rigetto dell'omologa della soluzione concordata. Il principio della priorità di trattazione si esaurisce, infatti, alla definizione della domanda di accesso alla procedura, e dunque, alla decisione del primo grado di giudizio.

Al fine di contenere il fenomeno della presentazione abusiva di domande dirette alla ristrutturazione, al solo fine di evitare l'apertura della liquidazione giudiziale, il Codice prevede che quando il procedimento unitario diretto all'apertura di uno strumento per la ristrutturazione è già pendente, la domanda di apertura della liquidazione giudiziale può essere proposta nel medesimo procedimento fino al momento della rimessione della causa al collegio. All'opposto qualora sia già pendente un procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale la domanda per l'accesso ad uno strumento di ristrutturazione deve essere proposta a pena di decadenza entro la prima udienza. Successivamente la domanda non potrà essere proposta fino alla conclusione del procedimento di liquidazione giudiziale. Tale decadenza non si applica se la domanda è proposta all'esito della composizione negoziata.

La domanda di accesso a tutte le procedure previste dal Codice è presentata con ricorso al Tribunale del luogo in cui l'impresa ha il centro principale dei propri interessi. Ai fini dell'individuazione della competenza, il Codice recepisce, dunque – in piena attuazione dell'art. 2, co. 1, lett. f) della legge delega – il principio comunitario del Center of main interests, cd. COMI, previsto dal Regolamento (UE) 848/2015 e generalmente inteso dalla giurisprudenza europea come il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale e riconoscibile dai terzi la gestione dei suoi interessi.

Nel caso in cui si tratti di procedure di amministrazione straordinaria (escluse dall'applicazione del Codice) o di gruppi di imprese di rilevante dimensione la domanda è presentata al tribunale sede delle sezioni specializzate del luogo in cui l'impresa o il gruppo ha il COMI. Se le imprese appartenenti al gruppo hanno il proprio centro degli interessi principali in circoscrizioni giudiziarie diverse, allora si farà riferimento al COMI della società o ente o persona fisica che esercita l'attività di direzione e coordinamento, oppure, in mancanza, a quello dell'impresa che in base all'ultimo bilancio approvato presenta la maggiore esposizione debitoria. Con tali previsioni si è inteso riservare la gestione delle procedure più complesse ai Tribunali maggiormente specializzati.

Alla domanda introduttiva presentata dal debitore deve essere allegata una corposa documentazione: le scritture contabili e fiscali obbligatorie; le dichiarazioni dei redditi concernenti i tre esercizi o anni precedenti; le dichiarazioni IRAP e le dichiarazioni annuali IVA relative agli stessi periodi; i bilanci degli ultimi tre esercizi; una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata; uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività; un'idonea certificazione dei debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi; l'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; l'elenco dei titolari di 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 nell'ultimo quinquennio (quest'ultima non è necessaria in caso di domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione). Nel caso in cui il debitore intenda accedere ad una procedura con riserva la documentazione necessaria è limitata ai bilanci degli ultimi tre esercizi oppure per le imprese non soggette all'obbligo di redazione del bilancio alle dichiarazioni dei redditi e IRAP relative ai tre esercizi precedenti e all'elenco dei creditori e dei rispettivi crediti, con l'obbligo di depositare gli altri documenti nel termine previsto dal giudice

La domanda del debitore è comunicata dal cancelliere al registro delle imprese, per l'iscrizione che deve avvenire entro il giorno seguente con menzione delle misure protettive richieste, ed è trasmessa unitamente ai documenti allegati al pubblico ministero. Le domande presentate da soggetti diversi dal debitore devono, invece,

essere notificate a quest'ultimo a mezzo PEC. Se questa non è possibile a causa del destinatario la notifica si effettua mediante inserimento del ricorso nell'area web riservata realizzata dal Ministero dello sviluppo economico. Se non è possibile per causa non imputabile al destinatario, è eseguita di persona o con deposito dell'atto nella casa comunale. Alle persone fisiche è data notizia del deposito anche con affissione dell'avviso in busta chiusa presso l'abitazione e per raccomandata.

Con la presentazione della domanda e l'eventuale riunione a quelle successivamente presentate si esauriscono le regole comuni del procedimento unitario.

Ad esso, infatti, seguono procedimenti distinti, regolati da norme differenti (art. 41 per la liquidazione giudiziale; artt. 44-47 per l'accesso al concordato preventivo o per l'omologa degli accordi di ristrutturazione). È possibile il passaggio dall'uno all'altro procedimento quando la domanda di accesso ad uno strumento per la ristrutturazione non sia accolta, in tutti i casi in cui sia dichiarata inammissibile o improcedibile (art. 7 ultimo comma) oppure quando, nei casi di domanda "con riserva", sia decorso inutilmente o sia stato revocato il termine per il deposito della documentazione, o il debitore non abbia depositato le spese di procedura o nei casi di mancata approvazione o omologazione dello strumento. In tutte queste ipotesi il tribunale può dichiarare l'apertura della liquidazione giudiziale, su istanza dei soggetti legittimati, accertato lo stato di insolvenza.

La domanda è sempre rinunciabile dalla parte che l'ha proposta determinando l'estinzione del procedimento unitario, fatta salva la possibilità per le parti intervenute e per il pubblico ministero di proseguire il procedimento per la liquidazione giudiziale. Anche quest'ultimo può rinunciare alla domanda di apertura della liquidazione se ritiene non sussistenti i relativi presupposti.

### ***3.7.2 Il procedimento per l'accesso agli strumenti con riserva***

Il debitore può anche depositare la domanda per l'accesso ad uno strumento per la ristrutturazione anche senza allegarvi la proposta, gli accordi con i creditori e il piano munito della relazione del professionista, depositando esclusivamente i documenti richiesti dall'art. 39 comma 3. In questo caso, il Tribunale con decreto concede un termine compreso tra 30 e 60 giorni (prorogabile in assenza di domande per

l'apertura della liquidazione giudiziale di ulteriori 60 giorni) per il deposito, alternativamente:

- i) di una proposta di concordato preventivo, con il relativo piano e l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità dello stesso, oltre ai documenti richiesti dall'art. 39 co. 1 e 2;
- ii) di una domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti con la documentazione di cui all'art. 39 co. 1;
- iii) di una domanda di omologazione di un piano ristrutturazione (PRO), con la documentazione di cui all'art. 39 commi 1 e 2.

Con il decreto che concede il termine, il Tribunale fissa gli obblighi informativi mensili a carico del debitore (che devono riguardare anche la gestione finanziaria dell'impresa e comprendono una relazione mensile sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria che viene pubblicata nel registro delle imprese) l'attività compiuta ai fini della predisposizione della proposta e del piano e nomina sempre il commissario giudiziale, al quale spetta il compito di riferire al Tribunale su ogni atto di frode nei confronti dei creditori e su ogni circostanza nella condotta del debitore che possa pregiudicare la soluzione efficace della crisi. Il decreto dispone, altresì, il versamento entro dieci giorni della somma per le spese della procedura necessaria fino alla scadenza del termine concesso. Il decreto è comunicato entro il giorno successivo al deposito in cancelleria al debitore, al pubblico ministero e ai soggetti che hanno presentato istanza di liquidazione giudiziale. Nello stesso termine è trasmesso al registro delle imprese per l'iscrizione entro il giorno successivo (art. 45 CCI). Il Codice prevede, infine, che il Tribunale, su segnalazione di un creditore, del pubblico ministero o del commissario giudiziale, revoca il termine eventualmente concesso al debitore in caso di:

- i) atti di frode nei confronti dei creditori o di condotte del debitore che pregiudichino il risanamento;
- ii) gravi violazioni degli obblighi informativi;
- iii) omesso versamento delle spese per la procedura.

La revoca è disposta con decreto non reclamabile, sentito il debitore e i creditori che hanno presentato istanza di liquidazione giudiziale. Nel caso in cui nel termine concesso non sia depositata la documentazione necessaria per l'apertura della

procedura, o qualora tale termine sia revocato, il Tribunale – su istanza dei soggetti legittimati e accertato lo stato di insolvenza – dichiara l’apertura della liquidazione giudiziale.

### ***3.8 Le misure cautelari e protettive***

All’interno del procedimento unitario per l’accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell’insolvenza si colloca la disciplina delle misure cautelari e protettive del patrimonio del debitore (artt. 54 e 55). Una speciale disciplina è poi dedicata a tali misure nell’ambito della composizione negoziata (art. 18-19 CCI). Alle misure protettive si applica in ogni caso il termine massimo di durata di 12 mesi, anche non continuativi, previsto dall’art. 8 del Codice, sia che esse prendano effetto dalla composizione negoziata sia che siano richieste nell’ambito del procedimento unitario.

Le misure cautelari sono definite dal Codice come quei provvedimenti emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o 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 o e dell’insolvenza e delle procedure di insolvenza. Si tratta di misure che si pongono in linea di continuità con quelle previste nella disciplina previgente nell’ambito dell’istruttoria prefallimentare (v. art. 15, co. 8 l.f.). La novità rispetto al passato è che esse possono essere concesse anche nei procedimenti relativi agli strumenti per la ristrutturazione. Quanto al loro contenuto, l’art. 54 CCI richiama il principio di atipicità, chiarendo che il tribunale, nel corso dei procedimenti, può emettere i provvedimenti cautelari inclusa la nomina di un custode dell’azienda o del patrimonio che appaiano i più idonei ad assicurare provvisoriamente l’attuazione delle sentenze di omologazione o di apertura delle procedure di insolvenza (ad. es. il sequestro conservativo o giudiziario dei beni, la revoca o la temporanea sostituzione dell’organo amministrativo, l’ordine di sospensione o limitazione dei pagamenti ai creditori).

Tali misure sono disposte dal Tribunale “su istanza di parte”. Non è chiaro chi sia legittimato a presentare la relativa istanza. Da un punto di vista processuale, tuttavia, la collocazione della domanda cautelare all’interno del procedimento unitario dovrebbe comportare che possa essere avanzata soltanto da chi è parte del

procedimento, e dunque, da chi ha richiesto l'apertura di una procedura per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, secondo la legittimazione prevista per le diverse procedure. Ne consegue che essa potrà essere richiesta al Tribunale nell'ambito del concordato preventivo, nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione o di un accordo di ristrutturazione dei debiti soltanto dal debitore; e dai creditori, dal pubblico ministero, dagli organi di controllo della società, dall'autorità di vigilanza, o dal debitore stesso, qualora sia stata presentata istanza per la liquidazione giudiziale. Questa interpretazione porterebbe ad escludere che i creditori possano richiedere l'applicazione di misure cautelari anche invasive, come il sequestro d'azienda o la nomina di un custode quando il debitore ricorra a una soluzione negoziale della crisi d'impresa. Le misure cautelari possono inoltre essere emesse su istanza dei soggetti legittimati anche dopo l'accesso alla composizione negoziata da parte del debitore, qualora sia contemporaneamente pendente un procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 54 co. 1 secondo periodo). In tal caso, il giudice del procedimento deve tenere conto dello stato delle trattative e delle misure protettive già concesse o confermate.

Le misure protettive, invece, sono quelle misure richieste dal solo debitore volte ad evitare che le azioni individuali dei creditori sul patrimonio del debitore 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 a uno degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza (art. 2, co. 1, lett. p). A tal fine il Codice prevede che se il debitore ne fa richiesta nella domanda di accesso alle procedure, dalla pubblicazione di tale domanda nel registro delle imprese, i creditori anteriori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e sui i diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa, a pena di nullità delle stesse, restano sospese le prescrizioni e non si verificano le decadenze. Dalla stessa data inoltre non può essere pronunciata la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale.

Gli effetti della sospensione delle azioni individuali dei creditori si producono, dunque, immediatamente dalla data della pubblicazione della domanda nel registro delle imprese ma a differenza del passato, solo a condizione che il debitore ne faccia espressamente richiesta.

Entro trenta giorni da tale data il Tribunale deve confermare le misure protettive stabilendone la durata, che non può essere superiore a 4 mesi, salva la possibilità di eventuali proroghe o rinnovi se sono stati compiuti significativi progressi nelle trattative sul piano di ristrutturazione e se la proroga non arreca ingiusto pregiudizio ai diritti e interessi delle parti (art. 54 commi 3 e 4 CCI). Si tratta, dunque, di un meccanismo di “automatic stay” per il primo periodo (purché il debitore ne faccia richiesta), accompagnato da una successiva verifica del Tribunale in funzione di tutela dei creditori. Se il provvedimento di conferma non è adottato nel termine previsto, le misure protettive cessano di avere efficacia.

Ulteriori misure protettive temporanee possono essere richieste anche dopo il deposito della domanda, con una successiva istanza, 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. Non si tratta di misure di contenuto diverso rispetto a quelle generali e automatiche ma delle cd. misure selettive, temporanee e specifiche, che possono essere richieste nell’ambito del procedimento unitario, quando non siano state richieste nella domanda di accesso agli strumenti per la ristrutturazione le misure generali, per evitare che il patrimonio resti soggetto alle aggressioni di singoli creditori o di alcuni di essi.

Le misure protettive possono essere richieste anche nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione, allegando la documentazione di cui all'articolo 39, comma 1, e la proposta di accordo corredata da un’attestazione del professionista indipendente che attesta che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e che la stessa, se accettata, è idonea ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. Sono esclusi dall’ambito di operatività di tali misure protettive i diritti di credito dei lavoratori (art. 54, comma 7).

Sulla richiesta di concessione di misure cautelari e di misure protettive selettive e richieste in fase di trattativa degli accordi di ristrutturazione dei debiti, il giudice designato dal presidente del tribunale o di sezione, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più

opportuno agli atti di istruzione indispensabili alla concessione della misura richiesta. Inoltre, il giudice quando la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento, può concedere le misure inaudita altera parte con decreto motivato. In tal caso fissa, con lo stesso decreto, l'udienza di comparizione delle parti avanti a sé, assegnando un termine perentorio al richiedente non superiore a otto giorni per la notifica del ricorso e del decreto alle altre parti. All'udienza il giudice conferma, modifica o revoca i provvedimenti già emanati con decreto. L'ordinanza che conclude il procedimento è reclamabile. Le misure perdono efficacia al momento della pubblicazione delle sentenze di omologazione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza. Infine, misure protettive possono essere richieste anche con la domanda di accesso ad un concordato preventivo o ad un accordo di ristrutturazione o ad un piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione con riserva di deposito degli accordi, della proposta, del piano e degli altri documenti richiesti ai sensi dell'art. 44 del Codice. Tali misure conservano efficacia anche se alla scadenza fissata dal giudice per il deposito della documentazione necessaria, il debitore propone una domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi diverso da quello indicato nella domanda originaria. Il Codice stabilisce che su istanza del debitore o del commissario giudiziale, o in caso di atti di frode o quando l'attività intrapresa dal debitore non consente di pervenire proficuamente alla composizione assistita o alla regolazione della crisi, anche delle altre parti del procedimento o del pubblico ministero, il Tribunale può disporre la revoca o la modifica delle misure concesse. Le misure protettive perdono efficacia al momento della pubblicazione delle sentenze di omologazione degli strumenti e di apertura delle procedure di insolvenza.

## CONCLUSIONI

L'attuale momento di crisi economica e sociale è indubbiamente il peggiore dal secondo dopoguerra; i recenti dati Istat a proposito sono inequivocabili : nel corso dell'ultimo anno quasi mille aziende al giorno hanno cessato la propria attività comportando un tasso di disoccupazione che si attesta intorno al 13% e sale al 35 % tra i giovani d'età compresa tra i 19 ed i 35 anni. In uno scenario così sconcertante la tematica della crisi d'impresa e del risanamento è cruciale. Le ragioni di una situazione così drammatica sono molteplici e complesse: elevato livello di competitività, rapido sviluppo tecnologico, globalizzazione, fragilità del sistema finanziario, disequilibranze nel costo del lavoro. A queste, vanno aggiunte peculiarità proprie del nostro Paese : una pressione fiscale ormai diventata insostenibile, una burocrazia vessatoria, un livello di evasione fiscale che non ha eguali in Europa, l'incertezza del diritto, la corruzione, la mancanza di vere politiche industriali, una classe imprenditoriale che non ha saputo/voluto investire in ricerca, sviluppo ed innovazione. La grande crisi finanziaria scatenatasi in Occidente nell'estate del 2008 è divenuta ben presto produttiva per la caduta della domanda globale indotta dall'afflosciamento delle bolle speculative legate a mutui e derivati . Il nostro paese, caratterizzato dai distretti industriali, si concentra su produzioni a basso livello tecnologico che risentono in maniera più ampia del peso sempre maggiore dei paesi emergenti.

La crisi finanziaria si è acuita profondamente allargandosi a tutti i settori imprenditoriali; il termine default viene associato al nome di imprese multinazionali ritenute solidissime, di interi distretti industriali, addirittura anche a quello di Paesi considerati avanzati. Il sistema bancario ha stretto drasticamente i cordoni del credito e del supporto alle imprese, togliendo a queste l'ossigeno vitale necessario per supportare il business e per sopravvivere. In tale scenario, soltanto chi dispone di liquidità in eccesso, o di un'elevatissima credibilità finanziaria, riesce a garantire regolarmente lo sviluppo del proprio business; per tutte le altre realtà, che fino a ieri contavano sul supporto degli istituti di credito per la copertura dei fabbisogni finanziari, è diventato di vitale importanza individuare e mettere in atto strategie alternative straordinarie. L'aspetto più drammatico, in tale ambito, è che anche le

imprese più virtuose, ovvero quelle che, nonostante la crisi generalizzata, continuano a ricevere ordini, ad investire e a preservare i posti di lavoro, vengono fortemente penalizzate da eventi non direttamente controllabili. L'insuccesso di un'azienda non è mai una questione privata, per il ruolo che essa svolge in generale nel tessuto economico-sociale in cui è nata e in cui si trova inserita e, più particolarmente, per il coinvolgimento degli interessi di una pluralità di stakeholder. L'ambiente in cui l'azienda vive è sociale, politico, morale ed è economico; essa è un sistema economico che, innanzi tutto, ha cagioni di interdipendenza con quello non economico dell'ambiente nel quale si svolge, da cui trae un primo aspetto sociale, morale e politico. Basandosi proprio su considerazione come queste, il legislatore ha introdotto (o modificato) nel marzo 2005, e successive modifiche, nuovi istituti (strumenti) alternativi al fallimento che, partendo dal presupposto della crisi come elemento oggettivo, permettono all'imprenditore di utilizzare questa condizione di debolezza per affrontare una soluzione negoziale nei rapporti con i creditori e il rilancio conseguente dell'azienda. Gli istituti recentemente riformati, concordato preventivo, piano di risanamento attestato e accordi di ristrutturazione, palesano vantaggi e limiti particolari che ne fanno strumenti più o meno adatti ad affrontare la crisi d'impresa in relazione alle necessità specifiche del singolo debitore.

## BIBLIOGRAFIA

- ARGNANI.D, La nuova liquidazione giudiziale, Il Sole 24 ore, Aprile 2019, Milano
- BARBIERI.G, L'esercizio dell'impresa in liquidazione giudiziale, Il Sole 24 ore, Aprile 2019, Milano
- BAUCO.C, Gli accordi di ristrutturazione agevolati e a efficacia estesa, Il Sole 24 ore, Aprile 2019, Milano
- BERTOLI G. (2000), Crisi d'impresa, op. cit., Egea, Milano
- BONELLI.A, Crisi d'impresa: il ruolo degli organi di controllo nelle segnalazioni interne ed esterne, Ipsoa, 2019, Milano.
- BURRONI.D, I piani attestati di risanamento nel Codice della crisi, Il Sole 24 ore, Aprile 2019, Milano
- CAPPAI.F, Le novità del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, Il Sole 24 ore, Marzo 2019, Milano
- CESARE.F, OCRI, il destinatario delle procedure di allerta, Il Sole 24 ore, Aprile 2019, Milano
- CHERUBINI.G, Dal fallimento alla liquidazione giudiziale, Maggioli editore, Marzo 2019, Roma
- CODICE CIVILE, Leggi complementari e trattati europei, XII edizione, Maggioli Editore, 2015, Rimini.
- CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL' INSOLVENZA, Dal fallimento alla liquidazione giudiziale, SEAC editore, 2019
- COSTA G., GUBITTA P. (2004), Organizzazione aziendale. Mercati, gerarchie e convenzioni, McGraw-Hill, Milano
- FALINI.A, Le cause della crisi d'impresa, McGraw Hill, 2018, Milano

FAUCEGLIA.G, PANZANI.L, Effetti del Fallimento per i Creditori, Tomo I, 2009, Utet giuridica, Milano

GROSSI.M.R, La Riforma della Legge Fallimentare, Giuffrè Editore, 2005, Milano

GUGLIELMUCCI L. (2008), Diritto fallimentare, III° ediz., G. Giappichelli Editore, Torino

LEGA.G, Procedure di allerta: a chi spetta effettuare le segnalazioni interne ed esterne, Ipsoa, Marzo 2019, Milano

PARRAVICINI.M, I creditori pubblici qualificati: nuovo controllo tutto esterno, Il sole 24 ore, Marzo 2019, Milano

QUAGLIA, Il percorso di allerta: l'approccio esterno e interno, Il Sole 24 ore, Aprile 2019, Milano

SCIARELLI S. (1995), La crisi d'impresa, op. cit., Cedam, Padova

SCIARELLI S. (1995), La crisi d'impresa. Il percorso gestionale di risanamento nelle piccole e medie imprese, Cedam, Padova

SCIARELLI S. (2002), «La produzione del valore allargato quale obiettivo dell'etica nell'impresa», Finanza, marketing & produzione, vol. 20, n. 4

SERRA.L, Organismo di composizione assistita della crisi (OCRI), Altalex, Febbraio 2019, Milano

TEDESCHI-TOSCHI A. (1990), «Crisi d'impresa tra crisi di sistema e dottrina manageriale», Finanza Marketing e Produzione, n. 2

TETI.S, Le procedure di allerta, Giappichelli Editore, 2019, Torino

TETI.S, Procedure di allerta, G.Giappichelli Editore, Luglio 2019, Torino

TRENTINI.C, La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, Il Sole 24 ore, Aprile 2019, Milano

ZANICHELLI.V, La nuova disciplina del concordato preventivo, Neldiritto editore,  
2019, Roma

## SITOGRAFIA

<http://www.camcom.gov.it/>

<http://www.ilcaso.it/crisidimpresa.php>

<http://www.ipsoa.it/>

<http://www.mef.gov.it/>

<https://commercialisti.it/>

<https://www.altalex.com/>

<https://www.ateneoweb.com/>

<https://www.commercialistatelematico.com/>

<https://www.edotto.com/>

<https://www.filodiritto.com/>

<https://www.gazzettaufficiale.it/>

<https://www.ilsole24ore.com/>

<https://www.normattiva.it/>

<https://www.seac.it/>