



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione su novità normativa.

Rel. n. 87

Roma, 15 settembre 2022

Oggetto: FALLIMENTO ED ALTRE PROCEDURE CONCORDSUALI - IN GENERE

Nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza - Attuazione della Direttiva UE n. 1083/2019 c.d. *Insolvency* - d.lgs. n. 83/2022.

SOMMARIO:

- 1. Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.**
- 2. Le definizioni e il nuovo concetto di "crisi".**
- 3. Gli "adequati assetti" ed il ruolo dell'organo di controllo.**
 - 3.1. La segnalazione dei creditori pubblici qualificati.**
- 4. Clausole generali e prededuzione.**
- 5. La composizione negoziata.**
- 6. Piano attestato di risanamento ed accordi esecutivi.**
- 7. Accordo di ristrutturazione dei debiti: "ordinario", ad efficacia estesa e agevolato; la rinegoziazione dell'accordo.**
- 8. Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione.**
- 9. Il concordato preventivo liquidatorio.**
- 10. Il concordato preventivo in continuità.**
- 11. Il trattamento dei crediti erariali (c.d. transazione fiscale).**
- 12. La liquidazione giudiziale sostituisce il fallimento.**
- 13. Novità in tema di sovraindebitamento.**
- 14. L'esdebitazione "di diritto".**
 - 14.1. L'esdebitazione del debitore incapiente.**
- 15. Riflessi processuali e organizzativi.**

1. Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Il 15 luglio scorso, dopo oltre due anni di rinvii, è entrato in vigore il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, approvato con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e più volte modificato, prima con il c.d. Correttivo (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147), da ultimo con il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, di attuazione della Direttiva UE 20 giugno 2019, n. 1023¹.

Si tratta certamente di una novità importantissima per il nostro ordinamento, che si apre ai principi contenuti nella citata Direttiva, c.d. *Insolvency*, il cui Considerando n. 2 evidenzia programmaticamente come "... *I quadri di ristrutturazione preventiva dovrebbero innanzitutto permettere ai debitori di ristrutturarsi efficacemente in una fase precoce e prevenire l'insolvenza e quindi evitare la liquidazione di imprese sane*"².

Tale principio appare idoneo ad innovare profondamente la filosofia di fondo del diritto concorsuale, che passa da una concezione statica, di tutela esclusiva della *par condicio creditorum* e di massimizzazione del soddisfacimento dei creditori, ad una concezione dinamica, nella quale la conservazione dell'impresa in attività – pur se eventualmente in capo ad un soggetto terzo – costituisce un valore tutelato, che deve coordinarsi con i diritti dei creditori e che, anzi, può ove necessario comportare una loro ragionevole compressione, purchè lo strumento o la procedura con la quale si realizza la ristrutturazione non risulti dannosa per i creditori rispetto ad una ipotetica alternativa liquidatoria.

Non è ovviamente possibile, in questa sede, ripercorrere *funditus* l'intero articolato normativo, che si compone di circa 400 articoli e che sostituisce integralmente la legge fallimentare del 1942, peraltro anch'essa più volte rimaneggiata negli ultimi anni, con una norma di carattere transitorio contenuta nell'art. 390 c.c.i., secondo cui "*I ricorsi per dichiarazione di fallimento e le proposte di concordato fallimentare, i ricorsi per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione, per l'apertura del concordato preventivo, per l'accertamento dello stato di insolvenza delle imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa e le domande di accesso alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento depositati prima dell'entrata in vigore del presente decreto sono definiti secondo le disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché della legge 27 gennaio 2012, n. 3. Le procedure di fallimento e le altre procedure di cui al comma 1, pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure aperte a seguito della definizione dei ricorsi e delle domande di cui al medesimo comma sono definite secondo le disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché della legge 27 gennaio 2012, n. 3*".

¹ Si ricorda che il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (il cui testo aggiornato è consultabile al seguente link: <https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2019:14>) ha avuto un iter piuttosto travagliato: approvato con il d.lgs. n. 14/2019 (pubblicato sulla G.U. n. 6 del 14 febbraio 2019) in attuazione dei principi direttivi contenuti nella l. n. 155/2017, l'articolato è stato profondamente modificato prima ancora della sua entrata in vigore con il c.d. correttivo di cui al d.lgs. n. 147/2020 (a sua volta pubblicato sulla G.U. n. 276 del 5 novembre 2020). L'articolo 5, comma 1, del d.l. n. 23/2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 40/2020 (il testo coordinato con le modifiche è consultabile sulla G.U. n. 143 del 6 giugno 2020), emanato nel pieno della c.d. "prima ondata" della tristemente famosa pandemia da Covid-19, aveva poi rinviato l'entrata in vigore del CCI al 1° settembre 2021. Quindi l'art. 1 del già citato d.l. n. 118/2021 (in G.U. n. 202 del 24 agosto 2021) ha posticipato l'entrata in vigore del nuovo Codice al 16 maggio 2022 e rinviato alla fine del 2023 l'entrata in vigore dell'intero Titolo II, dedicato all'allerta ed alla composizione assistita davanti agli OCRI – Organismi di composizione della crisi. Infine, il decreto PNRR 2 ha rinviato di circa due mesi (dal 16 maggio al 15 luglio 2022) l'entrata in vigore del nuovo Codice.

² La Direttiva UE 2019/1023, del 20 giugno 2019, è riportata in allegato [ALL. 1]. Parimenti è prodotto, per maggiore comodità, il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83 [ALL. 2], con la relativa Relazione tecnica ed illustrativa [ALL. 3].

L'ampiezza del nuovo *corpus* normativo deriva, altresì, con uno sforzo di *reductio ad unitatem* del legislatore, dal fatto che lo stesso comprende anche l'intera materia del sovraindebitamento, in precedenza regolata dalla legge extracodicistica n. 3 del 2012 e succ. modd.

La presente relazione si concentra pertanto sui principi del nuovo Codice e sulle principali novità che esso contiene rispetto alla previgente normativa, apparendo utile fin da subito, sia pure in un'ottica introduttiva e schematica, evidenziare le maggiori novità che interesseranno gli uffici giudiziari nell'applicazione delle nuove norme. Non vengono inoltre qui trattate, *ratione materiae*, le disposizioni di carattere penale contenute nei Titoli VIII e IX del nuovo articolato normativo³.

Il nuovo Codice⁴ si articola, per individuarne sin da subito le coordinate "topografiche", in ben dieci Titoli, come si seguito elencati:

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 – 391)

2. Le definizioni e il nuovo concetto di "crisi".

Prendendo esempio da una metodologia di legiferazione diffusa all'estero ed in ambito unionale, l'art. 2 del nuovo Codice contiene una lunga serie di definizioni. Fra queste spicca, indubbiamente, quella contenuta nella lettera a), con cui si apre tale elencazione, cioè il concetto di "crisi" definito 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"*⁵.

³ Le stesse norme di carattere penale potrebbero, inoltre, essere oggetto di una ulteriore riforma, alla luce della relazione finale recentemente depositata dalla Commissione ministeriale sui reati fallimentari, istituita con d.m. 13 ottobre 2021.

⁴ Per una prima lettura delle nuove disposizioni modificate dal d.lgs. n. 83/2022 consulta, senza pretesa di completezza, AMBROSINI, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, in www.ilcaso.it, *Ristrutturazioni aziendali* [ALL. 1 Dottrina]; STANGHELLINI, *Il Codice della crisi dopo il d.lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della direttiva europea in materia di "quadri di ristrutturazione preventiva"*, in www.ilcaso.it, *Ristrutturazioni aziendali* [ALL. 2]; ZANICHELLI, *Commento a prima lettura del decreto legislativo 17 giugno 2022 n. 83 pubblicato in G.U. il 1° luglio 2022*, in www.ildirittodellacrisi.it [ALL. 3]. Commento delle singole disposizioni in AA.VV., *Il Codice della crisi d'impresa*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2022, in corso di pubblicazione.

⁵ Per una prima lettura dei nuovi presupposti oggettivi, cfr. BASTIA, *Crisi e insolvenza dopo il codice della crisi*, in

Va subito detto che la liquidazione giudiziale, prendendo il posto del fallimento, continua a richiedere il presupposto oggettivo dello stato di insolvenza, che lo stesso art. 2 lett. b) afferma essere *“lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*. Viene quindi confermata la definizione di insolvenza già contenuta nell’art. 5 l.fall., con una scelta quanto mai opportuna, in quanto vale a semplificare l’individuazione del presupposto oggettivo della liquidazione giudiziale in linea con la nostra tradizione nazionale, facendo altresì salva tutta l’elaborazione giurisprudenziale che dell’insolvenza è stata data rispetto alla norma previgente⁶.

Tale situazione viene però dal nuovo codice differenziata rispetto allo stato di crisi, ritenuto presupposto oggettivo sufficiente per accedere agli strumenti di soluzione appunto della crisi di impresa diversi dalla liquidazione giudiziale, come piani attestati, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e nuovo piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione.

In particolare, la crisi viene definita nel nuovo Codice in funzione prospettica, come probabilità di futura insolvenza. Si deve al riguardo notare che in sede di modifiche derivanti dalla necessità di dare attuazione alla direttiva n. 1023/2019 (c.d. direttiva *Insolvency*) è stato abbandonato ogni riferimento allo *“squilibrio economico-finanziario”*, per incentrare la definizione sulla impossibilità di far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi. Rispetto alla precedente nozione di crisi viene meno il riferimento alle obbligazioni *“pianificate”*, sì che deve ritenersi rilevi l’impossibilità di far fronte a qualsiasi tipo di obbligazione, anche se inizialmente non prevista e dovuta all’insorgenza sopravvenuta di eventi di carattere straordinario (si pensi alle tante tensioni finanziarie dovute alle emergenze di questi ultimi anni, prima di carattere pandemico-sanitario, poi dovute ad eventi bellici o al rincaro non previsto di materie prime ed energetiche). Al contempo, si segnala la soppressione dell’aggettivo *“regolarmente”*, che tuttavia non pare di particolare momento, dovendosi ritenere che forme di adempimento irregolari, o caratterizzate da modalità pregiudizievoli (si pensi a casi di *datio* o *cessio in solutum* fortemente squilibrate) continuino ad essere apprezzabili ai fini di dimostrare il presupposto oggettivo della crisi, come pure dell’insolvenza. Del tutto nuovo anche l’orizzonte temporale di dodici mesi che vale a rimarcare, da un lato, l’esigenza di pianificazione che l’imprenditore deve porre a base della gestione della sua

www.ilcaso.it, Ristrutturazioni aziendali [ALL. 4].

⁶ Sull’insolvenza, da ultimo, Sez. 1, ord. n. 7087 del 3 marzo 2022, Vella, Rv. 664119 – 01: *“in tema di fallimento, lo stato di insolvenza delle società che non siano in liquidazione va desunto non già dal rapporto tra attività e passività, bensì dall'impossibilità dell'impresa di continuare ad operare proficuamente sul mercato, che si traduca in una situazione d'impotenza strutturale (e non soltanto transitoria) a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie allo svolgimento dell'attività”*. In precedenza, fra le più recenti, Sez. 1, ord. n. 22444 del 6 agosto 2021, Solaini, Rv. 661996 – 01: *“ai fini dell'accertamento dello stato d'insolvenza consistente nell'incapacità di adempiere regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni è irrilevante ogni indagine sull'imputabilità o meno all'imprenditore medesimo delle cause del dissesto, ovvero sulla loro riferibilità a rapporti estranei all'impresa, così come sull'effettiva esistenza ed entità dei crediti fatti valere nei suoi confronti”*; nonché Sez. 1, ord. n. 28193 del 10 dicembre 2020, Terrusi, Rv. 659885 – 01, secondo cui *“quando la società è in liquidazione, la valutazione del giudice ai fini dell'accertamento dello stato d'insolvenza deve essere diretta unicamente ad accertare se il patrimonio sociale consenta di assicurare l'integrale soddisfacimento dei creditori, mentre la difficoltà di pronta liquidazione dell'attivo può rilevare in quanto sintomatica di un risultato di realizzo inferiore rispetto a quello contabilizzato dal debitore, così finendo per esprimere valori oggettivamente inidonei a soddisfare integralmente la massa creditoria”*.

attività economica, come pure l'idea di *budget* e l'esigenza di predisporre piani di tesoreria, secondo quella regola fondamentale di organizzazione mediante "adeguati assetti" di cui si dirà al paragrafo seguente. Dall'altro, il termine di 12 mesi (rispetto ad una prima versione incentrata su un orizzonte temporale semestrale) sembra andare nella direzione di un irrigidimento del presupposto della crisi, come concetto che "guarda più lontano", rendendo irrilevanti meri scostamenti finanziari temporanei che l'impresa sia in grado di riassorbire entro l'esercizio annuale. Non da ultimo, dopo il d.lgs. 139/2015, che ha modificato gli artt. 2423 e 2423 bis c.c. in tema di bilancio, il nuovo orizzonte temporale appare allineato con quanto prevedono i principi contenuti nel documento n. 11 O.I.C. (Organismo italiano di contabilità), applicabile ai bilanci relativi agli esercizi successivi al 1° gennaio 2018, ove si afferma che il concetto di continuità aziendale, va inteso come "la capacità dell'impresa di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro, relativo ad un periodo di almeno 12 mesi dalla data di riferimento del bilancio".

Tale modifica si collega, perciò, all'abbandono delle scelte che il Correttivo operava con la precedente versione dell'art. 13 c.c.i., laddove si individuavano i c.d. "indicatori" della crisi, facendo riferimento alla "non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi" ed "all'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso" o, se minore, "nei sei mesi successivi".

Sembra immediatamente intuibile che proprio sulla distinzione fra stato di crisi ed insolvenza si giocheranno, probabilmente, in ambito giudiziario, le principali contestazioni di fronte alle richieste di apertura della liquidazione stessa, così come, con riguardo alla composizione assistita, molto dipenderà dalla reale individuazione dei casi di insolvenza "reversibile" (v. art. 17 co. 5 c.c.i.). Pare abbandonata, quindi, la prospettiva contenuta nel documento che il CNDCEC – in data 20 ottobre 2019 – aveva trasmesso al MISE e nel quale gli indici selezionati al fine di intercettare precocemente la crisi sarebbero stati: 1) Patrimonio netto; 2) DSCR (*Debt Service Coverage Ratio*) a 6 mesi, che, se inferiore a 1, dimostrerebbe l'incapacità prospettica dell'impresa di sostenere i debiti per il periodo semestrale di riferimento; 3) Rapporto oneri finanziari/ricavi, al fine di valutare l'incidenza degli oneri finanziari rispetto ai ricavi di esercizio; 4) Rapporto patrimonio netto/debiti totali, al fine di far emergere l'equilibrio tra i mezzi propri e i capitali di terzi; 5) Rapporto attivo corrente/passivo corrente, o anche indice di liquidità primaria o *current ratio*, atto a valutare la solvibilità aziendale; 6) Rapporto *cash flow*/attivo, al fine di censire la capacità dell'impresa di produrre flussi di cassa in rapporto alle attività investite; 7) Rapporto indebitamento previdenziale e tributario/attivo. Trattasi infatti di indici che, nella maggior parte dei casi, non risultavano idonei ad intercettare precocemente una situazione di crisi, quanto a certificare – nella loro gravità – una situazione di insolvenza vera e propria già raggiunta (si pensi al patrimonio netto negativo o agli indici di carattere finanziario adottati, sintomi evidenti della già verificatasi perdita del *going concern*). Diversa, quindi, la scelta del legislatore del 2022, rivolta a dare rilievo, piuttosto, alla interoperabilità fra piattaforme informatiche e ad

introdurre un diverso sistema di segnalazione da parte degli organi di controllo interni alla struttura societaria e da parte dei creditori pubblici tributari e previdenziali (v. artt. 14, 15 e 25 *octies* e ss.). In questo senso si segnala, altresì, il nuovo testo dell'art. 3, comma 4, c.c.i. che elenca i seguenti indici di "allarme" ai fini della rilevazione della crisi: a) esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni; d) esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25 *novies*, comma 1.

Da notare, ancora, che il presupposto oggettivo per accedere alla composizione negoziata, in una chiave di emersione precoce della crisi di impresa e sua tempestiva soluzione, si allarga anche a situazioni per così dire *borderline*, di pre-crisi, in quanto il nuovo art. 12 comma 1, c.c.i., consente tale accesso all'imprenditore "quando si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa".

3. Gli "adeguati assetti" ed il ruolo dell'organo di controllo.

In estrema sintesi, si può affermare che l'obbligo per l'impresa di dotarsi di "adeguati assetti" rappresenta un perno centrale del sistema di *early warnings*, destinato a favorire l'emersione tempestiva della crisi di impresa, sul presupposto che affrontare tardivamente tale situazione, quando ormai si è verificata la perdita della continuità aziendale, rappresenta un danno per l'intero sistema economico e per gli stessi creditori, che vedono in tal modo azzerarsi il residuo valore dell'azienda, oltre che le stesse opportunità occupazionali e di fare impresa, anche a causa della perdita di credibilità sul mercato⁷.

Non a caso, infatti, l'art. 375 c.c.i., che fa parte delle norme del codice già da tempo entrate in vigore, è intervenuto sull'art. 2086 c.c., modificandone la rubrica (oggi divenuta "gestione dell'impresa") ed inserendo un secondo comma che afferma: "l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonchè di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale".

⁷ Afferma il Considerando n. 22 della citata Direttiva UE n. 1023/2019 che "Quanto prima un debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto maggiore è la probabilità che eviti un'insolvenza imminente o, nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione".

Il d.l. n. 118/2021, convertito con modifiche dalla l. n. 147/2021⁸, si è recentemente occupato della crisi di impresa, introducendo nel nostro ordinamento diverse novità di rilievo, nell'ottica, declinata nella relazione di accompagnamento, di "fornire alle imprese in difficoltà nuovi strumenti per prevenire l'insorgenza di situazioni di crisi o per affrontare e risolvere tutte quelle situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che, pur rivelando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili".

Per quanto qui rileva, in particolare, l'art. 15 del d.l. 118/21 (oggi confluito nell'art. 25 *octies* c.c.i.) ha previsto che "l'organo di controllo societario segnala, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza" di accesso alla composizione negoziata⁹. L'uso dell'indicativo è sintomatico dell'esistenza di un vero e proprio dovere di segnalazione in presenza dei presupposti di crisi che l'organo di controllo è quindi chiamato a rilevare tempestivamente. Si tratta di un dovere che, come è intuitivo notare, si aggiunge e rafforza quell'obbligo di costituzione di adeguati assetti da parte dell'imprenditore, alla luce del novellato art. 2086 c.c. già cit. La sinergia tra le due disposizioni è evidente, posto che l'attribuzione all'organo di controllo — collegiale o singolo che sia — di un dovere di segnalazione in questa materia significa presidiare anche situazioni deficitarie, nelle quali gli adeguati assetti non siano stati costituiti o lo siano unicamente "sulla carta". È poi necessario ribadire la strumentalità della segnalazione rispetto alla reale attuazione del dovere posto sull'imprenditore dalla seconda parte dell'art. 2086 cit., corrispondente alla necessità di attivazione in vista dell'adozione — senza ritardo — di tutti gli strumenti più idonei offerti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità.

La segnalazione, ancora, deve essere fatta per iscritto e deve essere motivata, sia per una esigenza di assunzione di responsabilità nell'atto, sia per ragioni di prova e dimostrazione quindi della specificità della stessa, oltre che di controllo della risposta fornita dall'organo amministrativo rispetto ai temi segnalati per iscritto dal o dai sindaci. Il nuovo dovere di segnalazione è entrato in vigore ragionevolmente fin dallo scorso 15 novembre 2021, giusta la norma transitoria di cui all'art. 27 del d.l. 118/21, non incidendo sullo stesso la circostanza che nei primi mesi la composizione non fosse concretamente utilizzabile in attesa del primo popolamento degli albi degli esperti tenuti dalle Camere di commercio del capoluogo di regione o delle province autonome di Trento e Bolzano.

La risposta a tale sollecitazione da parte dell'organo gestorio deve essere fornita entro un termine fissato dagli stessi sindaci nella propria segnalazione, termine che comunque non può eccedere i trenta giorni. Tale termine non richiede, ad avviso di chi scrive, la compiuta risoluzione dei problemi finanziari, economici o patrimoniali eventualmente oggetto di "allarme", ma l'individuazione di possibili soluzioni e la pronta attivazione delle iniziative

⁸ Rispettivamente pubblicati sulla G.U. n. 202 del 24 agosto 2021 e n. 254 del 23 ottobre 2021. Il testo coordinato con le modifiche apportate in sede di conversione è in allegato [ALL. 4].

⁹ Sul nuovo sistema di segnalazione e sulla sua finalità a stimolare l'accesso tempestivo alla composizione negoziata, con l'auspicio che ciò possa evitare l'utilizzo dei più "invasivi" strumenti di composizione della crisi o dell'insolvenza, vds. PACCHI, *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi: così è se vi pare*, in www.ilcaso.it, *Ristrutturazioni aziendali* [ALL. 5], che pur riconoscendo la macchinosità del precedente sistema di composizione assistita avanti agli OCRI, mette in guardia dalla forse eccessiva libertà d'azione lasciata all'imprenditore ed al rischio di eccessive responsabilizzazioni dell'organo di controllo.

all'uopo previste (del resto la norma dispone che si debba riferire circa «le iniziative intraprese», volendo con ciò sottolineare la tempestività della conseguente attivazione, posto che non è sufficiente la indicazione di astratte soluzioni, ma l'aver già intrapreso delle iniziative al riguardo, pur se le stesse fossero ancora in corso e non ancora completate).

Se pure è vero che la norma è stata criticata da chi ritiene che questo sistema di segnalazione sia assai più blando della c.d. "allerta interna" prevista in origine dal Codice, va pure detto che essa risponde ad esigenze di "autoresponsabilizzazione" degli imprenditori e che, dall'altro, non si deve dimenticare che il nuovo Codice prevede all'art. 37 comma 2 la legittimazione attiva dei sindaci a poter richiedere direttamente il fallimento (*rectius* apertura della liquidazione giudiziale) dell'impresa cui sono preposti, così da "chiudere" comunque il cerchio nell'ipotesi in cui la loro segnalazione restasse "lettera morta" e la crisi sfociasse in una vera e propria situazione di insolvenza.

Peraltro, come si è detto, continuano a sussistere evidenti responsabilità in una situazione del genere, considerato altresì che il nuovo art. 25 octies c.c.i. dispone che, in modo forse pleonastico, in pendenza delle trattative, rimane fermo il dovere di vigilanza di cui all'art. 2403 c.c., mentre la tempestiva segnalazione da parte dell'organo di controllo non è più motivo di esenzione da responsabilità (pur nella forma problematica e *pro futuro* che l'art. 14 c.c.i. aveva inizialmente prefigurato), prevedendosi che la stessa (unitamente alla perdurante vigilanza durante le trattative) sia valutata "ai fini della responsabilità prevista dall'articolo 2407 c.c.", con conseguenze che spetterà pertanto all'autorità giudiziaria volta a volta accertare. Si dovrà perciò ritenere che una segnalazione tardiva — fatta dai sindaci in un momento in cui il capitale è già stato perduto e la continuità compromessa, pur rappresentando comunque un dovere per l'organo di controllo, non possa avere degli effetti "deresponsabilizzanti". Al riguardo, e con notazione in prima battuta, può ritenersi che la valutazione si incentrerà anche sul ruolo del nesso causale relativo, verificandosi cioè se la segnalazione abbia in qualche modo eliso il collegamento eziologico fra i pregiudizi che si siano verificati successivamente — per la società o i creditori — rispetto all'operato dei sindaci. Evidente, perciò, da questo punto di vista come l'art. 25 octies, lungi da costituire un'attenuata forma di allerta interna rispetto a quella disegnata originariamente dal Codice, possa comunque stimolare comportamenti più attenti e, nel complesso, una maggiore consapevolezza del doveroso esercizio, anche in forma proattiva, dei compiti assegnati all'organo di controllo nella fase di emersione della crisi di impresa.

Il nuovo dovere di segnalazione si applica a tutti i collegi sindacali, al sindaco unico laddove nominato (nelle s.r.l. o cooperative a r.l.), nonché al Comitato di controllo o collegio di sorveglianza per le s.p.a. che abbiano adottato il sistema monistico. Non opera invece rispetto alle s.r.l. con solo revisore, posta la differenza testuale fra art. 25 octies e precedente art. 14 del c.c.i., che invece estendeva tali doveri di segnalazione anche a revisori e società di revisione.

Piuttosto, appare forse criticabile — rispetto ad una più ampia incidenza dell'organo di controllo ai fini dell'emersione precoce della crisi — che in sede di conversione del d.l. n.

118/2021 sia stato inserito un nuovo art. 1-bis che ha differito di un altro anno, di fatto, l'obbligo di costituzione dell'organo di controllo di cui all'art. 379 c.c.i.

Va qui infine evidenziato che:

1. il tema degli adeguati assetti esce certamente rafforzato dal nuovo art. 3 c.c.i. laddove stabilisce che "l'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte. L'imprenditore collettivo deve istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 c.c., ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative. Al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa, le misure di cui al comma 1 e gli assetti di cui al comma 2 devono consentire di:

a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;

b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4;

c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2;

2. l'art. 15 del d.l. 118/21 è stato, come anticipato, trasfuso definitivamente nell'art. 25 octies c.c.i., con identico testo normativo, risultando perciò confermate anche *pro futuro* le considerazioni già espresse con riguardo alla prima disposizione;

3. una norma apparentemente isolata appare potenzialmente di grande rilevanza per i sindaci e per le stesse imprese: l'art. 25 decies c.c.i. prevede infatti che "le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti": si tratta di disposizione che, da un lato, introduce un dovere di segnalazione attiva in capo agli enti bancari e finanziari che, ove disatteso, potrebbe introdurre a nuove forme di responsabilizzazione degli stessi e, dall'altro, rende i sindaci i terminali di ulteriori notizie qualificate provenienti dal mondo bancario e creditizio in grado di far percepire immediatamente se la situazione finanziaria dell'impresa sta "precipitando", così come nel caso in cui oggetto di segnalazione fosse la revoca degli affidamenti, posto che in tal caso verrebbero alterate le fonti di finanziamento dell'impresa e il suo merito creditizio, evidenziandone uno stato di "asfissia" finanziaria se non di insolvenza vera e propria che dovrà, quindi, essere energicamente ed immediatamente affrontata dalla *governance* dell'impresa.

3.1. La segnalazione dei creditori pubblici qualificati.

La legge 29 dicembre 2021, n. 233¹⁰, nel convertire il d.l. n. 152/2021, recante "Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose", ha inserito nell'ordinamento, per quanto qui interessa, gli artt. 30-ter (sulla interoperabilità tra la piattaforma telematica nazionale per la composizione negoziata per la soluzione delle crisi d'impresa e altre banche di dati), 30-quater (sull'accesso dei creditori alla piattaforma telematica per la composizione assistita) e 30-sexies. Quest'ultima norma, in particolare, reintroduce una forma forse minore – rispetto a quanto originariamente previsto dal Codice – ma non meno rilevante di allerta c.d. "esterna", ponendo obblighi di segnalazione a carico di creditori pubblici qualificati, all'indirizzo dell'organo di controllo e dell'imprenditore. Si prevede, infatti, che tali creditori pubblici qualificati debbano segnalare all'imprenditore e, ove esistente, all'organo di controllo, nella persona del presidente del collegio sindacale in caso di organo collegiale, tramite PEC o, in mancanza, mediante raccomandata con avviso di ricevimento, inadempimenti e ritardi nel versamento di obblighi contributivi o fiscali di particolare rilevanza, a decorrere dal 1° gennaio 2022¹¹.

Anche tali norme sono state trasfuse nel Codice della crisi, agli artt. 13, 14, 15 e in particolare 25 novies c.c.i. (quest'ultima dedicata appositamente alle "segnalazioni dei creditori pubblici qualificati"), sì che i principali creditori istituzionali (fisco ed enti gestori dei contributi previdenziali ed assistenziali) potranno svolgere un importante ruolo di individuazione dei prodromi della crisi di impresa, sollecitando l'organo di controllo e le imprese ad adottare in modo più tempestivo strumenti di soluzione della stessa prima che sia destinata ad aggravarsi in modo irreversibile (fra i quali devono ricomprendersi anche forme di rateizzazione del debito erariale concluse in via stragiudiziale, anche nelle forme della c.d. "rottamazione delle cartelle").

Appare poi evidente che l'organo di controllo che già non avesse effettuato la segnalazione di cui all'art. 25 octies c.c.i. (o adottato altre iniziative di carattere endo-societario), una volta ricevuta la predetta notizia esterna "qualificata" non potrà rimanere inerte ma, recepito un tale segnale di "allarme", dovrà immediatamente attivarsi al fine di consentire — stimolando all'uopo l'intervento dell'organo amministrativo — il superamento

¹⁰ Pubblicata sulla G.U. n. 310 del 31 dicembre 2021.

¹¹ La norma prevede per l'INPS il ritardo di oltre novanta giorni nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore: 1) per le imprese con lavoratori subordinati e parasubordinati, al 30 per cento di quelli dovuti nell'anno precedente e all'importo di euro 15.000; 2) per le imprese senza lavoratori subordinati e parasubordinati, all'importo di euro 5.000; per l'Agenzia delle Entrate: l'esistenza di un debito scaduto e non versato relativo all'imposta sul valore aggiunto di importo superiore ad Euro 5.000; per l'Agenzia delle Entrate-Riscossione: l'esistenza di crediti affidati per la riscossione, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni, superiori, per le imprese individuali, all'importo di euro 100.000, per le società di persone, all'importo di euro 200.000 e, per le altre società all'importo di euro 500.000. La norma risulta già aver subito delle modifiche con l'art. 37 bis della legge 4 agosto 2022, n. 122, di conversione del d.l. n. 73/2022, prevedendosi che la segnalazione sia eseguita se – per l'Agenzia delle Entrate – il debito IVA è non inferiore al 10% dell'ammontare del volume d'affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno d'imposta precedente e se comunque il debito è superiore ad Euro 20.000, avuto riguardo a debiti risultanti dalle comunicazioni periodiche relative al periodo decorrente (non più dal primo ma) dal secondo trimestre del 2022 e con un termine per effettuare la segnalazione portato sino a 150 gg. dal rilievo dell'inadempimento. Sulla *ratio* di tale intervento, rivolto a far fronte alle preoccupazioni sollevate dal mondo imprenditoriale per l'effetto "domino" potenzialmente generato da eccessive segnalazioni degli enti qualificati, vds. PACCHI, *Le segnalazioni*, cit. [ALL. 5].

della situazione di difficoltà, adottando ogni iniziativa opportuna a seconda che si ravvisi una semplice tensione od impotenza finanziaria transeunte, quanto piuttosto uno stato di crisi latente che rischi di aggravarsi compromettendo la continuità e con essa la solvibilità dell'impresa.

4. Clausole generali e prededuzione.

Con una scelta innovativa rispetto al passato, l'art. 4 c.c.i. delinea un generale dovere di comportarsi secondo buona fede e correttezza, durante le trattative della composizione negoziata o nel corso dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Il principio non è inedito per quanto riguarda il debitore, posto che già sulla scorta di una norma come l'art. 173 l.fall. (revoca dell'ammissione al concordato preventivo per atti di frode nei confronti dei creditori) o di disposizioni relative all'attestazione di piani, accordi di ristrutturazione o proposte di concordato, la giurisprudenza e la dottrina avevano enucleato concetti come l'abuso del diritto (specialmente in tema di concordato, quando usato per procrastinare la dichiarazione di fallimento e non al fine di risolvere realmente la crisi) o la necessaria veridicità dei dati aziendali esposti ai creditori e posti a base della proposta di ristrutturazione del debito.

Ma la declinazione positiva di un dovere di buona fede e correttezza appare comunque molto rilevante. Il diritto positivo ha già conosciuto in altri ambiti esempi importanti di clausole generali (si pensi solo alla buona fede contrattuale, ex art. 1375 c.c.) che nel corso del tempo hanno permesso alla giurisprudenza di evolvere ed individuare doveri specifici di condotta o comportamenti ritenuti illegittimi, ma si tratta, come già anticipato, di una novità per la crisi di impresa che potrà favorire l'individuazione di condotte specifiche in violazione del principio anche al di là di quanto previsto dalle disposizioni che regolano ciascuno strumento o procedura di soluzione della crisi. Si tratta, insomma, di una valvola di chiusura del sistema la cui presenza, anche in chiave di eventuale responsabilizzazione di condotte "opache", appare tutt'altro che secondaria e fonte di possibili sviluppi futuri.

Del tutto inedita, poi, è tale previsione nei confronti dei creditori, di cui per la prima volta, quindi, si delineano dei doveri e non soltanto dei diritti nei confronti del proprio debitore in crisi o insolvente. Anche qui, in passato si era giunti ad individuare dei contegni contrari a buona fede, specialmente a fronte di istanze di fallimento pretestuose od utilizzate da creditori per finalità diverse da quelle tipiche e, in particolare, per costringere il debitore all'adempimento, fino a configurare in caso di rigetto la possibilità di condanna alle spese per lite temeraria, ex art. 96 c.p.c.¹²

In questo caso la nuova norma però va oltre, perché introduce un dovere generale di buona fede e correttezza in tutte le diverse procedure od i diversi strumenti di soluzione della

¹² Sez. 1, sent. n. 17078/2016, Di Virgilio, Rv. 640913 – 01, ha infatti ritenuto che "La proposizione di un ricorso per dichiarazione di fallimento al solo fine di ottenere il più rapidamente possibile il soddisfacimento di un credito giustifica la condanna del ricorrente per responsabilità processuale aggravata ai sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c.".

crisi (si pensi ad es. a contegni ostruzionistici in sede di concordato o al "boicottaggio" di un accordo di ristrutturazione compiuto in modo irragionevole o dopo aver creato l'affidamento in ordine al suo gradimento, con una sorta di recesso arbitrario e contrario a buona fede rispetto a trattative condotte a tal punto da far ritenere ragionevolmente raggiunta l'intesa sulla soluzione della crisi). Individuare in questo caso degli specifici rimedi non appare comunque semplice. Probabilmente, si tratterà di rigettare eventuali opposizioni alla omologazione di contenuto pretestuoso o di riconoscere una tutela risarcitoria nel caso in cui il contegno in mala fede del creditore abbia impedito una vantaggiosa ristrutturazione del debito e causato la liquidazione giudiziale del debitore, con pregiudizio al patrimonio del debitore od alle ragioni degli altri creditori. Ben più difficile è invece, almeno allo stato, ricostruire in caso di violazione del principio di buona fede delle soluzioni di contenuto positivo, in "forma specifica", che tengano luogo del consenso non dato. Anche qui l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, comunque, potrà svilupparsi integrando il dato codicistico generale con contenuti concreti rispetto alle singole fattispecie ed ai diversi istituti della concorsualità.

Pertanto, per i creditori lo stesso art. 4, ult. comma, c.c.i. individua più specifici doveri di collaborazione leale con il debitore, con l'esperto della composizione negoziata e con gli organi nominati dall'autorità giudiziaria o amministrativa, nonché un dovere di riservatezza sulla "situazione del debitore, sulle iniziative da questi assunte e sulle informazioni acquisite".

Per il debitore, invece, il già visto principio generale di buona fede è integrato (oltre che dal dovere di dotarsi di "adeguati assetti", come già detto) da alcune prescrizioni più specifiche che delineano il dovere di:

- a) illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente e comunicare tutte le informazioni necessarie e appropriate;
- b) assumere tempestivamente le iniziative idonee alla individuazione delle soluzioni per il superamento delle condizioni di crisi, nonché alla rapida definizione dello strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza scelto, al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori;
- c) gestire il patrimonio o l'impresa, durante tali procedimenti, nell'interesse prioritario dei creditori.

Profondamente innovativa è poi la disciplina della prededuzione, che nel sistema della legge fallimentare era affidata, quasi esclusivamente, alla elaborazione giurisprudenziale compiuta sul testo dell'art. 111, comma 2, l.fall.¹³

Viene in rilievo una norma contenuta nella parte iniziale del codice, l'art. 6, fondamentalmente ispirato alla regola del riconoscimento della prededuzione dei crediti dei

¹³ Sul punto, vds. Sez. U, sent. n. 42093/2021, Ferro, Rv. 663508 – 01: "In tema di concordato preventivo, il credito del professionista incaricato dal debitore per l'accesso alla procedura è considerato prededucibile, anche nel successivo e consecutivo fallimento, se la relativa prestazione, anteriore o posteriore alla domanda di cui all'art. 161 l.fall., sia stata funzionale, ai sensi dell'art. 111, comma 2, l.fall., alle finalità della prima procedura, contribuendo con inerenza necessaria, secondo un giudizio "ex ante" rimesso all'apprezzamento del giudice del merito, alla conservazione o all'incremento dei valori aziendali dell'impresa, sempre che il debitore sia stato poi ammesso al concordato ex art. 163 l.fall."; subito seguita da Sez. 1, ord. n. 14181/2022, Amatore, Rv. 664967 – 01, secondo cui "...tale privilegio processuale si estende al credito per IVA e contributo previdenziale (CPA), stante l'identità del titolare, del fatto generatore dei crediti e della comune funzione, giacché la valutazione di funzionalità prevista dall'art. 111, comma 2, l.fall., non può che condurre, rispetto a tali crediti, ad un unico e coincidente approdo".

professionisti che hanno collaborato allo studio ed alla stesura delle diverse proposte di soluzione della crisi, ricondotti alla categoria dei crediti "in funzione", ma in una misura inferiore a quella integrale, pari al 75% del credito maturato.

Inoltre, la norma richiede, quando si tratta di un accordo di ristrutturazione o di un piano soggetto ad omologazione, che l'omologa sia stata effettivamente concessa dall'autorità giudiziaria, mentre per il concordato preventivo occorre che la procedura sia stata effettivamente aperta.

La norma sembra contenere due disposizioni distoniche rispetto a tali regole: la lettera a) riconosce la prededuzione alle "spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento" senza altra indicazione: forse, per simmetria rispetto alle altre previsioni, e per non introdurre una disparità irragionevole, anche qui occorre che l'attività sia stata funzionale ad una procedura (concordato minore, piano di ristrutturazione del consumatore sovraindebitato, liquidazione controllata) effettivamente aperta e non dichiarata immediatamente inammissibile; del pari, la lett. b) ricomprende (accanto ai crediti in funzione della omologazione di piani e accordi) anche la richiesta di misure protettive: deve anche qui ritenersi necessario, a parere dello scrivente, che la misura richiesta sia stata concessa dall'autorità giudiziaria e non dichiarata inammissibile o rigettata per assenza dei presupposti necessari, posto che il principio generale appare quello della funzionalità effettiva dell'attività professionale svolta in favore del debitore.

Naturalmente resta ferma, sotto altro profilo, l'esigenza che il credito riguardi una prestazione per la quale non sia ravvisabile un inadempimento, ciò che potrebbe portare a ridimensionare o addirittura escludere la sussistenza del credito del professionista.

La prededuzione è altresì accordata ai crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, nonché al compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi (si tratta di fattispecie riconducibili fondamentalmente ai crediti "in occasione" di cui al previgente art. 111 l.fall.).

Del tutto nuova, infine, è la previsione secondo cui la prededuzione permane anche al di fuori della specifica procedura concorsuale in cui è sorta e resta intatta (se dovuta) anche nelle successive procedure, ed anche nelle esecuzioni individuali. La norma sottende probabilmente un cambio di prospettiva: la prededuzione da privilegio puramente processuale diviene, in questo modo, una caratteristica sostanziale del credito, che può essere fatta valere persino in una esecuzione individuale: si pensi ai non rarissimi casi di ritorno *in bonis* perché una procedura è stata successivamente rinunciata oppure è stata solo parzialmente adempiuta, senza che sia seguita l'apertura della liquidazione giudiziale.

5. La composizione negoziata.

La composizione negoziata, con lievi modifiche rispetto a quanto già previsto nel d.l. 118/21, è stata inserita nel Titolo II del nuovo codice sostituendo integralmente l'originaria composizione assistita davanti agli OCRI che, soprattutto per la macchinosità del loro

intervento (organo collegiale di tre professionisti di nomina diversificata, scansione temporale particolarmente proceduralizzata, assenza di misure volte ad incentivare una reale partecipazione dei creditori) non è mai entrata in vigore ed è stata ritenuta potesse essere sostituita dal percorso negoziato introdotto nel 2021, sotto l'egida di un esperto nominato fra i soggetti iscritti in appositi albi tenuti dalla Camera di commercio del capoluogo di regione (oltre che delle Province di Trento e Bolzano) in cui l'impresa ha la propria sede legale.

Come è dato leggere nella relazione illustrativa di accompagnamento al d.l. n. 118/21, la finalità del nuovo percorso negoziato è stata quella di "fornire alle imprese in difficoltà nuovi strumenti per prevenire l'insorgenza di situazioni di crisi o per affrontare e risolvere tutte quelle situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che, pur rivelando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili"¹⁴.

Quali sono gli spazi applicativi delle nuove norme (oggi confluite stabilmente nel nuovo Codice)?

Il presupposto oggettivo, che va da uno stato di pre-crisi fino ad una situazione prossima o addirittura di insolvenza, purchè ancora reversibile, rappresenta certamente uno degli aspetti più interessanti e, al tempo stesso, critici, dei nuovi istituti della composizione negoziata e del concordato semplificato, che della prima può costituire un possibile sbocco, laddove le trattative abbiano esito negativo e, tuttavia, il debitore le abbia affrontate in buona fede ed in una situazione nella quale egli aveva ancora delle soluzioni concrete da offrire ai creditori, ai quali, pertanto, in ultima istanza deve imputarsi il fallimento della fase di negoziazione.

Il presupposto soggettivo è, invece, costituito dalla qualità di imprenditore, di piccole o anche rilevanti dimensioni, anche se non commerciale (sono quindi compresi gli imprenditori agricoli ma anche le start up innovative), purchè iscritto nel registro delle imprese, ed escluse le figure dei professionisti e dei consumatori, per i quali restano percorribili esclusivamente gli istituti del sovraindebitamento.

Il ruolo dell'esperto in questo percorso di composizione negoziata è certamente centrale, posto che allo stesso compete, fra l'altro, di incontrare senza indugio l'imprenditore e, come dispone l'art. 17, comma 5, c.c.i. "se non ravvisa concrete prospettive di risanamento, all'esito della convocazione o in un momento successivo [...] ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata". A sua volta l'esperto è definito all'art. 2, comma 1, lett. o bis) come "il soggetto terzo e indipendente, iscritto nell'elenco di cui all'articolo 13, comma 3 e nominato dalla commissione di cui al comma 6 del medesimo articolo 13, che facilita le trattative nell'ambito della composizione negoziata".

Allo stesso tempo, proprio perché il presupposto oggettivo di accesso abbraccia situazioni fra loro eterogenee, che vanno da meri squilibri economico-finanziari o patrimoniali destinati a sfociare in una crisi, fino a situazioni di insolvenza reversibile, anche i doveri gestionali

¹⁴ Sulla composizione negoziata disciplinata dal d.l. n. 118/2021, ma con considerazioni in larga misura ancora valide rispetto al testo del c.c.i., vds. il numero monografico del *Fallimento*, n. 12, 2021 [**ALL. 6**], nonché i saggi pubblicati sui portali dedicati www.ildirittodellacrisi.it o www.ilcaso.it, *Ristrutturazioni aziendali*.

dell'imprenditore sono tratteggiati, con una previsione generale "a geometria variabile", dall'art. 21, comma 1, c.c.i., secondo cui "nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa. L'imprenditore in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. Quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori". In altri termini, l'aggravarsi della situazione di crisi porta con sé accentuati doveri e responsabilità, fino ad imporre, nei casi più gravi, una gestione dell'impresa funzionale ad assicurare l'interesse dei creditori.

La composizione negoziata, la cui concreta applicazione pratica è comunque iniziata dopo una primissima fase di "popolamento" degli albi degli esperti, non costituisce una procedura concorsuale, come è reso evidente dalla libertà di eseguire pagamenti (art. 18, comma 1, ult. periodo), dall'assenza di qualunque cristallizzazione del debito e dalla mancanza di uno spossessamento in capo all'imprenditore. Si tratta, piuttosto, di un percorso di carattere negoziale che, per la particolare rilevanza degli interessi che arriva ad intercettare, è sottoposto all'impulso ed alla vigilanza dell'esperto, oltre che all'intervento dell'autorità giudiziaria nei casi, formalmente eventuali, ma di fatto si ritiene molto frequenti, in cui questa negoziazione debba avvenire sotto l'egida di misure protettive e cautelari (artt. 6 e 7). Al contempo, l'assenza di spossessamento dell'imprenditore è temperata, in un gioco di *checks and balances* di nuovo conio, da un obbligo di *disclosure* circa gli atti di straordinaria amministrazione che il debitore intende intraprendere, cui corrisponde l'attribuzione all'esperto di un potere di opposizione, dotato di pubblicità notizia verso i terzi mediante pubblicazione nel registro dell'impresa. Tale temperamento è inoltre perseguito dall'esigenza di autorizzazione giudiziale per taluni atti eccedenti l'ordinaria gestione, più gravi e in un certo senso "pericolosi" per il ceto creditorio, quale l'assunzione sotto varie forme di finanziamenti prededucibili o la cessione dell'azienda o di suoi rami, con il beneficio dell'esenzione della solidarietà passiva, ex art. 2560 c.c. (cfr. ora art. 22 c.c.i., che ha tuttavia perso, rispetto all'iniziale disegno del d.l. 118/21, la possibilità di rinegoziazione forzata, *ope judicis*, dei contratti di durata il cui sinallagma sia stato "sconvolto", a danno dell'imprenditore da eventi sopravvenuti)¹⁵.

Proprio tali caratteristiche valgono a giustificare il nuovo art. 12 ultimo comma, secondo

¹⁵ L'art. 17, comma 5, c.c.i., come modificato dal d.lgs. n. 83/2022, prevede più semplicemente che "Nel corso delle trattative l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute. Le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni". Da notare che l'art. 46 dello stesso d.lgs. n. 83/2022 non ha però abrogato il comma 2 dell'art. 10 del d.l. n. 118/2021, secondo cui "L'esperto di cui all'articolo 12 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle prestazioni oggetto di contratti di lavoro dipendente". Resta quindi, sia pure come misura auspicabilmente destinata ad esaurirsi, un potere giudiziale di rideterminazione del contenuto contrattuale volto a riequilibrare il sinallagma "sconvolto" dalle sopravvenienze legate alla diffusione pandemica del Covid – 19.

cui "alla composizione negoziata non si applica l'articolo 38. Resta ferma l'applicazione dell'articolo 38 nei procedimenti di cui agli articoli 19 e 22". A sua volta l'art. 38 giustifica la richiesta di apertura della liquidazione giudiziale da parte del P.M. "in ogni caso nel quale egli abbia notizia di una situazione di insolvenza". Le due disposizioni quindi, probabilmente, devono essere fra loro coordinate nel senso che la prima escluda un potere di iniziativa del pubblico ministero solo se, fisiologicamente, il percorso di negoziazione sia stato affrontato da una impresa assoggettabile a liquidazione giudiziale che non si trovi ancora in una situazione di vera e propria insolvenza, in quanto in quest'ultimo caso la norma si tradurrebbe in una ingiustificata limitazione della legittimazione attiva della parte pubblica. Del resto, la norma rimanda comunque ad una possibile applicazione dell'art. 38 quando nel corso della fase di composizione negoziata il debitore necessita dell'adozione di misure protettive e cautelari (art. 19) o dell'autorizzazione al compimento degli atti di straordinaria amministrazione previsti dall'art. 22, in quanto in entrambi i casi l'autorità giudiziaria adita - che dovesse rendersi conto della situazione di insolvenza non transitoria in cui si trova il debitore - non sarebbe certo impedita dal procedere alla segnalazione di tale circostanza alla procura, che pure il secondo comma dell'art. 38 considera doverosa.

La trattativa facilitata e, comunque, vigilata dall'esperto, può portare ad una soluzione della crisi di carattere contrattuale, secondo una prospettiva fortemente innovativa che si aggiunge alla più tradizionale figura del piano attestato di risanamento, in cui è del tutto assente un intervento giudiziale, nonché all'accordo di ristrutturazione dei debiti, che pure un intervento successivo del giudice richiede, in fase di omologazione, per assumere effetti *erga omnes*. Si può dire che la soluzione stragiudiziale sia, anzi, l'opzione normativa favorita, come si desume dall'art. 23 c.c.i., che indica quali sbocchi fisiologici della composizione:

a) la conclusione di un contratto con uno o più creditori che, sulla scorta della relazione dell'esperto, sia idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni;

b) la conclusione di una convenzione di moratoria di cui all'art. 62 c.c.i.;

c) il raggiungimento di un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'articolo 166, comma 3 lett. d) e 324, purché l'esperto dia conto, attraverso la sottoscrizione, che "il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza" (si tratta probabilmente di una sorta di attestazione "minore", rispetto a quella prevista dall'art. 56 comma 3, che concerne sia la veridicità dei dati aziendali che la fattibilità del piano). Il richiamo contenuto nella norma alle due citate disposizioni codicistiche vuole assicurare la stabilità (ossia la non revocabilità) e l'esenzione da responsabilità penale (limitatamente ai reati di bancarotta preferenziale e semplice) per gli atti ed i pagamenti esecutivi dell'accordo così raggiunto.

L'accordo con i creditori, nei casi evidentemente più complessi, può anche prevedere la sua formalizzazione mediante un accordo di ristrutturazione "ad efficacia estesa", ex art. 23, comma 2 lett. b), ed in tal caso vi è un meccanismo incentivante per cui la maggioranza dei creditori aderenti appartenenti alla stessa classe (*rectius* categoria, come ancora continua a

definirla il codice), al fine di consentire l'estensione degli effetti ai non aderenti, è ridotta al 60% in luogo del 75% altrimenti richiesto in via ordinaria. Altri incentivi di carattere fiscale sono poi previsti dall'art. 25 bis, mentre un ulteriore strumento di coazione indiretta ad utilizzare il nuovo istituto deriva certamente dal ricordato obbligo di segnalazione da parte dei sindaci, di cui all'art. 25 octies.

Solo se la trattativa sfuma, pur avendo avuto concrete possibilità di riuscita e solo se il debitore ha comunque rispettato i superiori doveri di buona fede e di ostensione veritiera dei dati relativi alla propria situazione di crisi, allora è possibile – purchè tempestivamente e comunque entro 60 giorni - accedere al nuovo concordato semplificato di cui all'art. 25 sexies. Si tratta di un istituto che molto ha già fatto discutere di sé e della sua utilità effettiva, disegnando una proposta concordataria sostanzialmente dismissiva dell'intero patrimonio del debitore¹⁶. Peraltro, nella misura in cui, muovendo dal presupposto oggettivo ricordato, consente il trasferimento dell'azienda o di suoi singoli rami, la proposta di concordato semplificato risulta esentata dal rispetto della soglia minima di *recovery*, di cui all'art. 84, comma 4. Si tratta perciò di una figura inedita, certamente concorsuale (fra l'altro dalla pubblicazione del relativo ricorso "scattano" sia lo spossessamento attenuato di cui all'art. 46 c.c.i. che la possibilità di maturare crediti prededuttivi ex art. 6), che può farsi rientrare nella categoria dei concordati coattivi (non ignota all'ordinamento nazionale, come ad es. in materia di L.C.A. o per il piano del consumatore sovraindebitato), posto che i creditori non sono chiamati ad esprimere con il voto il proprio gradimento, ma direttamente facoltizzati ad opporsi senza alcun limite di rappresentatività alla omologazione della proposta concordataria. In sede di conversione del d.l. 118/21 si è ulteriormente ribadito il collegamento necessario fra questo esito concordatario semplificato e la precedente fase di negoziazione, stabilendosi che la relazione finale dell'esperto deve attestare, appunto, "che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate non sono praticabili". Tale scelta è stata confermata dal testo finale dell'art. 25 sexies c.c.i.

6. Piano attestato di risanamento ed accordi esecutivi.

Si è visto che il recentissimo d.lgs. n. 83/2022 intende attuare i principi della Direttiva UE n. 1023/2019, intervenendo su plurime disposizioni del Codice della crisi, in particolare quelle relative agli istituti alternativi alla procedura concorsuale per eccellenza, che da fallimento diviene liquidazione giudiziale. In questa prospettiva il Titolo IV assume la nuova rubrica di "Strumenti di regolazione della crisi", e all'interno del primo capo, relativo agli "Accordi", troviamo una prima sezione composta da un solo articolo, il 56, dedicato agli "Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento". In particolare, il piano attestato di

¹⁶ Per un primo approfondimento, vds. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *Fallimento*, n. 12, 2021, 1603; sia consentito rinviare anche a FAROLFI, *La liquidazione del patrimonio*, *ivi*, 1623 [entrambi i contributi sono contenuti nel numero monografico del *Fallimento*, prodotto come **ALL. 6**]. Cfr. altresì CENSONI, *Il concordato «semplificato»: un istituto enigmatico*, in www.ilcaso.it, *Ristrutturazioni aziendali* [**ALL. 7**] e LEUZZI, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in www.ildirittodellacrisi.it [**ALL. 8**].

risanamento è un istituto giuridico che non era espressamente definito nella legge fallimentare, ma trovava una disciplina incidentale dei suoi effetti – relativamente all'esenzione da revocatoria – così come previsto dall'art. 67, comma 3, lett. d) della l.fall. La sua forma tipica e più semplice è rappresentata da un *business plan* che, dopo aver analizzato le cause della crisi e la natura dell'attività caratteristica esercitata dall'impresa, passa ad individuare e programmare una serie di correttivi volti a consentire il risanamento della stessa, che possono tendere al riequilibrio patrimoniale (ad es. aumento di capitale), ovvero al contenimento di costi (dismissioni, riduzioni del personale), oppure ancora alla eliminazione di ostacoli tecnologici o di mercato (rilancio dell'attività, *partnership* distributiva, ecc.), ovvero al ripristino più generale della marginalità positiva dell'attività stessa. Il piano può, tuttavia, accompagnarsi ad uno o più accordi con i creditori, idonei a consentire l'equilibrio finanziario del piano (ad es. remissioni totali o parziali di debito, rinunce ad interessi, rateizzazione del debito, rilascio di garanzie, ecc.). Al piano si deve accompagnare, quale elemento necessario, una relazione di attestazione circa la veridicità dei dati aziendali e l'idoneità dello stesso piano a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria ed assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria dell'imprenditore. Per questo si parla, più propriamente, di piano attestato di risanamento.

È intuitivo evidenziare che il ricorso al piano di risanamento si giustifica nelle situazioni di crisi meno gravi, non ancora sfociate in situazioni di vera e propria insolvenza, o non ancora caratterizzate da un'accesa conflittualità con i creditori, posto che altrimenti possono risultare più adatti gli accordi di ristrutturazione dei debiti o il ricorso alla procedura concorsuale di concordato preventivo, per gli effetti protettivi che accompagnano questi istituti e che mancano, invece, nell'ipotesi dei piani di risanamento. In alternativa, misure protettive possono essere conseguite attraverso la composizione negoziata di cui si è detto al par. precedente.

Il nuovo art. 56 c.c.i. disciplina in modo innovativo il contenuto tipico di questo strumento di regolazione della crisi di carattere stragiudiziale e non concorsuale, prevedendo in particolare che il piano (così come l'accordo o gli atti unilaterali esecutivi dello stesso ai quali si dà maggiore rilievo, a partire dalla stessa rubrica della norma) sia redatto per iscritto ed abbia data certa¹⁷.

In sede di c.d. Correttivo al Codice della crisi e dell'insolvenza – adottato con il d.lgs. n. 147/2020 – si è data maggiore importanza alla presenza del piano industriale, che deve evidenziare i suoi effetti sulla c.d. manovra finanziaria, nonché all'esigenza che siano indicati i creditori estranei e specificate le fonti destinate al loro soddisfacimento, così da rendere la documentazione necessaria all'adozione di questa misura negoziale di regolazione della crisi più completa e simile a quella da produrre a sostegno dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. A tal proposito si è altresì previsto che la facoltà di pubblicazione nel registro delle imprese debba compiersi unitamente all'attestazione ed agli accordi raggiunti con i creditori.

¹⁷ Per una prima analisi, CARLONI-IANNACCONE, *Il piano attestato di risanamento nel nuovo codice della crisi*, in www.ilcaso.it, Ristrutturazioni aziendali [ALL. 9].

Più in generale, si è poi modificato il perimetro dell'attestazione di fattibilità, espungendo l'aggettivo "giuridica", in quanto aspetto comunque censibile dal tribunale, mentre resta l'analisi di fattibilità "economica" del piano in controtendenza rispetto agli altri interventi che hanno eliminato anche tale aggettivazione.

L'importanza delle tecniche professionali di redazione (e prima ancora di attestazione) dei piani di risanamento è da tempo riconosciuta, mirando in via pregiudiziale ad una verifica di veridicità dei dati aziendali, per poi passare ad individuare le cause della crisi e, di conseguenza, le operazioni o manovre correttive più idonee al superamento di tale stato, che vanno attestate come fattibili. Al riguardo, è rilevante la raccolta delle *leges artis* approvata dal Consiglio Nazionale dei dottori Commercialisti ed Esperti contabili, con delibera del 3 settembre 2014, nel documento relativo ai *Principi di attestazione dei piani di risanamento* (aggiornati con successiva delibera del 16/12/2020), cui hanno fatto seguito i *Principi di redazione dei piani di risanamento*, presentati dal CNDCEC nel settembre 2017 ed aggiornati il 26/05/2022. Tali principi assumono rilevanza anche con riferimento alle metodiche da seguire nella redazione dei piani e nelle attestazioni presenti in ambito concordatario o negli accordi di ristrutturazione.

La natura non concorsuale dei piani è stata ribadita anche dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. *ex multis*, Cass. n. 9087/2018), nella cui motivazione è dato leggere che "il piano attestato di risanamento ex art. 67 l.fall. non è una "procedura concorsuale", ma rientra nell'amplessissimo genere delle "convenzioni stragiudiziali", mancando di qualsivoglia intervento giudiziale (sia esso di valutazione o di controllo) e della partecipazione necessaria del ceto creditorio, essendo piuttosto frutto di una decisione dell'impresa, come attinente alla programmazione della propria futura attività e intesa al risanamento della relativa "situazione finanziaria" che nella sua traduzione operativa, poi, viene ad avvalersi dell'attività contrattuale di un professionista indipendente, per la funzione di attestatore, che può anche comportare, nel caso, la conclusione di convenzioni con i creditori o terzi in genere, come conferma la possibilità di scelta di pubblicarlo o meno nel registro delle imprese a mente dell'ultimo periodo dell'art. 67, comma 3, lett. d), che di per sé rappresenta una scelta propria dell'autonomia di impresa".

Uno degli effetti principali perseguiti attraverso i piani (attestati) di risanamento è quello della non revocabilità degli atti compiuti in esecuzione dello stesso (oltre alla esclusione della rilevanza penale dei medesimi, sia pure nei limiti dettati dall'art. 217-bis l.fall., oggi 324 c.c.i.). Anche qui la giurisprudenza di legittimità, come già riconosciuto in sede penale, ha ammesso la sindacabilità del piano, affermando che "gli atti di esecuzione del piano attestato ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d) l.fall., non sono soggetti alla revocatoria fallimentare soltanto se risultano inseriti in un piano del quale emerga – sulla base di un giudizio compiuto ex ante dal giudice – la manifesta inattitudine al raggiungimento dei propri scopi di risanamento dell'impresa" (Cass. n. 13719/2016). Più recentemente Cass. n. 3778/2019, ha precisato che l'esenzione prevista dall'attuale art. 67, comma 3, lett. d) l.fall. riguarda la sola revocatoria fallimentare. Tale conclusione è tuttavia innovata dall'art. 166, comma 3, lett. d)

del c.c.i., il quale precisa che l'esenzione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria.

Si è affermato, in proposito, che per ritenere esenti dalla domanda di revocatoria fallimentare proposta dalla curatela gli atti esecutivi di un piano attestato di risanamento ex art. 67, comma 3, lett. d), l.fall. (nel testo previgente d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. nella l. n. 134 del 2012), il giudice deve effettuare, con giudizio "*ex ante*", una valutazione, parametrata sulla condizione professionale del terzo contraente, circa l'idoneità del piano, del quale gli atti impugnati costituiscono strumento attuativo, a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa, seppure in negativo, vale a dire nei soli limiti dell'assoluta, evidente inettitudine del piano presentato dal debitore a tal fine (così Cass. n. 3018/2020).

Una importante novità del nuovo Codice, peraltro coerente all'allargamento della stabilità degli atti e pagamenti esecutivi del piano anche rispetto alla revocatoria ordinaria, riguarda il presupposto soggettivo: l'istituto appare infatti utilizzabile dall'imprenditore *tout court*, non necessariamente commerciale (vds. art. 56, comma primo, c.c.i.), quindi ad esempio anche da parte dell'imprenditore agricolo, mentre vanno espresse perplessità circa la sua utilizzabilità da parte dell'imprenditore "sotto soglia", come un autore ha proposto¹⁸, considerato che l'impianto del codice mantiene una netta distinzione fra imprese dotate oppure prive dei requisiti dimensionali di cui all'art. 2, comma 1, lett. d)¹⁹, mentre anche lo stesso art. 25 quater in tema di composizione negoziata per le imprese "sotto soglia" non prevede il piano attestato fra i possibili strumenti utilizzabili in caso di esito negativo della contrattazione con i creditori.

7. Accordo di ristrutturazione dei debiti: "ordinario", ad efficacia estesa e agevolato; la rinegoziazione dell'accordo.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti è quell'accordo, concluso fra l'impresa debitrice e tanti creditori rappresentanti almeno il 60% del proprio indebitamento, volto a ristrutturare – cioè rideterminare l'entità (accordo remissorio) ovvero riscadenziare nel tempo (accordo dilatorio) – le proprie obbligazioni; spesso entrambi gli effetti sono perseguiti congiuntamente. La natura prettamente negoziale dell'istituto spiega perché esso, di regola, non produca effetti vincolanti per coloro che non vi aderiscono (i c.d. creditori estranei), i quali dovranno essere pagati alle scadenze contrattuali pattuite o di legge, salva la sola possibilità per il debitore, in caso di omologazione dell'accordo, di fruire di una moratoria sino a 120 giorni. L'accordo deve essere pubblicato sul registro delle imprese e da quel momento produce effetti "protettivi"

¹⁸ AMBROSINI, op. cit. [ALL. 1].

¹⁹ Tale norma definisce la "impresa minore" come quella "che presenta congiuntamente i seguenti requisiti: 1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila; i predetti valori possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia adottato a norma dell'articolo 348".

per il patrimonio del debitore che, naturalmente, deve altresì richiedere con ricorso al tribunale territorialmente competente l'omologazione dell'accordo stesso, accompagnato da un piano aziendale e dall'attestazione di attuabilità dello stesso, con particolare riguardo alla sua attitudine a consentire il pagamento dei creditori estranei.

Con le riforme del 2012, l'accordo di ristrutturazione dei debiti poteva essere preceduto, così aumentando la durata del c.d. *automatic stay*, da una fase di concordato prenotativo, ex art. 161, comma 6 l.fall.; nel nuovo Codice il concordato prenotativo scompare, ma il debitore può fruire di misure protettive o cautelari. Del pari, con successive modifiche apportate nel 2015, al fine di superare talune difficoltà di ordine pratico che l'imprenditore può incontrare nel raggiungere l'accordo con esponenti del ceto bancario, era stata introdotta la variante dell'accordo con intermediari finanziari che consentiva, in base all'art. 182-septies l.fall., in presenza di un indebitamento pari ad almeno il 50% di quello complessivo verso banche ed intermediari finanziari, di costringere entro certa misura anche i creditori non aderenti, purché inseriti in classe comprendente creditori aderenti per almeno il 75%, a subire gli effetti dell'accordo raggiunto. Questa variante resta nel nuovo Codice, quale sottotipo dell'accordo con "efficacia estesa", pur se è richiesto, per ricorrere a questa forma di accordo, che costituisce un'eccezione al principio di cui agli artt. 1372 e 1411 c.c., che il creditore cui si vogliono estendere gli effetti sia stato messo in grado di partecipare alle trattative e che riceva un trattamento non deteriore rispetto a quello ottenibile attraverso alternative concretamente praticabili.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti trova la sua disciplina fondamentale nell'art. 57 c.c.i., contenuto nella sezione II del Titolo IV, ridenominata "Accordi di ristrutturazione, convenzione di moratoria e accordi su crediti tributari e contributivi". Da notare che in sede di Correttivo al nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza – adottato con d.lgs. n. 147/2020 – è stata espunta dall'attestazione la valutazione e "certificazione" della fattibilità giuridica (in quanto già oggetto del sindacato giudiziale), lasciando invece la necessità dell'asseverazione della fattibilità economica e della idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale e tempestivo pagamento dei creditori estranei. Da ultimo, anche l'aggettivazione "economica" è scomparsa dal testo della norma, sì che il perimetro dell'attestazione, che resta indispensabile, dovrà desumersi anche con riguardo all'art. 10 comma 3 della Direttiva UE 20 giugno 2019, c.d. *Insolvency*, ove afferma che l'autorità giudiziaria ...(ha) facoltà di rifiutare l'omologazione di un piano di ristrutturazione che "risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa". Inoltre, resta ferma la necessità che l'attestazione specifichi l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei.

In base all'art. 23, comma 2, lett. b) – come novellato dal recentissimo D.lgs. n. 83/2022, di attuazione della c.d. Direttiva *Insolvency* – se si adotta questo strumento di composizione della crisi, dopo aver percorso utilmente la fase stragiudiziale di composizione negoziata (a sua volta inserita nel Titolo II del nuovo Codice in sostituzione della composizione negoziata avanti agli OCR), è possibile domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei

debiti ad efficacia estesa con un forte vantaggio, in quanto in tal caso la percentuale di cui all'articolo 61, comma 2, lettera c), è ridotta al 60 per cento, purchè il raggiungimento dell'accordo risulti dalla relazione finale dell'esperto.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti viene da tempo classificato fra le soluzioni negoziali della crisi e, tradizionalmente, ritenuto un procedimento alternativo al fallimento di carattere non concorsuale, con tratti marcatamente privatistici. Tale conclusione veniva avvalorata in ragione dell'assenza di un provvedimento giudiziale di ammissione, la mancanza di un principio di maggioranza nell'espressione del consenso dei creditori, chiamati invece *uti singuli* ad aderire o meno alla proposta di accordo, nonché per la possibilità di deroga nel trattamento offerto ai creditori rispetto all'ordine delle cause legittime di prelazione.

Tale affermazione è stata recentemente messa in crisi da più pronunce della Cassazione, adottate a partire dal 2018. Con una prima decisione (Cass. n. 1896/2018) si è affermato che: "deve essere ammesso in prededuzione ai sensi dell'art. 111, comma 2 l.fall. nel successivo fallimento il credito professionale sorto in funzione della predisposizione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis". Con altra pronuncia, invece (cfr. Cass. n. 9087/2018), si è ritenuto che "l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis l.fall. rientra nel novero delle "procedure concorsuali". Ne discende che – data anche la matrice comune dei due istituti dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo – è applicabile anche all'accordo di ristrutturazione dei debiti, quand'anche in via analogica o estensiva, l'art. 162, comma 1 l.fall. dettato per la procedura di concordato preventivo il quale consente al Tribunale, nell'esercizio di un proprio potere discrezionale, di concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni o produrre nuovi documenti. Oggi, poi, il nuovo Codice, disciplinando un procedimento unitario, comune ai diversi istituti, risolve definitivamente questo tipo di problema.

Come si può capire, l'inclusione dell'accordo fra le procedure concorsuali in senso tecnico (peraltro ancora contrastata da una parte della dottrina) pone nuovi problemi per l'operatore, in caso di successivo fallimento, su cui sono intervenute le citate pronunce (può in questa sede richiamarsi almeno un terzo punto problematico, relativo alla possibilità o meno di riconoscere la consecuzione fra procedure, con la conseguente estensione a ritroso dell'ambito di operatività della revocatoria c.d. fallimentare).

Da notare che Cass. n. 12064/2019, ha affermato che in sede di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, il sindacato del tribunale non è limitato ad un controllo formale della documentazione richiesta, ma comporta anche una verifica di legalità sostanziale compresa quella circa l'effettiva esistenza, in termini di plausibilità e ragionevolezza, della garanzia del pagamento integrale dei creditori estranei all'accordo, nei tempi previsti per legge.

Ponendosi nell'ottica della tutela dei terzi estranei all'accordo, Cass. n. 13850/2019, ha ritenuto che gli stessi, se rimasti insoddisfatti, possono avanzare istanza di fallimento, ai sensi dell'art. 6 l.fall., a prescindere dall'intervenuta risoluzione dell'accordo omologato, in quanto si tratta di soggetti non vincolati dagli effetti del provvedimento di omologazione.

Più recentemente, sul tema dell'accordo con transazione fiscale, Cass. n. 16755/2020, ha precisato che ciò non determina alcun effetto di "cristallizzazione" dei rapporti giuridici d'imposta, non producendosi né il consolidamento del debito fiscale, né la cessazione delle liti fiscali pendenti. Tuttavia, una volta che l'accordo di ristrutturazione sia stato omologato ai sensi dell'art. 182-bis l.fall., deve essere dichiarata la cessazione della materia del contendere con riferimento a tutti i contenziosi fiscali pendenti al momento della presentazione della domanda. Si è inoltre ritenuto che l'iscrizione a ruolo del carico tributario rientrante in una proposta di transazione fiscale ex art. 182-ter l.fall. e la conseguente notificazione della cartella di pagamento sono possibili solo laddove gli effetti dell'accordo vengano meno in conseguenza dell'inadempimento del contribuente. Da sottolineare, inoltre, sempre in tema di transazione fiscale, come con il nuovo Codice vi sia la possibilità per il tribunale di operare il *cram down* anche in questo istituto, così da conteggiare l'erario fra i creditori aderenti, anche in mancanza di adesione, se il trattamento offerto è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria e l'adesione risulta decisiva al fine del raggiungimento delle maggioranze necessarie per l'approvazione dell'accordo (vds. nuovo art. 63 c.c.i.i.).

L'attestazione del professionista, seppure indispensabile, non ha però un effetto vincolante sul giudice, né questi – come la giurisprudenza prevalente ha rilevato – può limitarsi ad un esame estrinseco della relazione, limitata cioè alla persuasività delle argomentazioni. Si è infatti ritenuto che benché al professionista attestatore sia demandato il compito di certificare la veridicità dei dati forniti dall'imprenditore e di esprimere una valutazione in ordine alla fattibilità del piano dallo stesso proposto, occorre precisare che il controllo del giudice su questi aspetti non è di secondo grado, destinato cioè a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica della motivazione offerta dal professionista anche sotto il profilo del collegamento effettivo tra i dati riscontrati ed il giudizio espresso; il giudice può, infatti, discostarsi dal giudizio espresso dal professionista, così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di un suo ausiliario (sul punto, vds. ancora Cass. S.U., n. 1521/2013, sia pure in tema di concordato preventivo).

A questo proposito si deve osservare che, oltre alle attestazioni dei piani, accordo e concordato preventivo, esistono alcune attestazioni speciali introdotte dalla legislazione più recente: ad es. l'attestazione della funzionalità della scelta del concordato in continuità rispetto all'interesse dei creditori (art. 186-bis l.fall.; oggi artt. 84 e 87 c.c.i.), l'attestazione in caso di continuità nei contratti pubblici o partecipazione an procedure di assegnazione di contratti pubblici (ancora l'art. 186-bis; oggi art. 95 c.c.i.); le attestazioni previste per il pagamento di crediti anteriori "strategici" o l'acquisizione di un finanziamento interinale non urgente (art. 182-quinquies l.fall., sostituito dagli artt. 99 e ss. c.c.i.i.).

L'importanza delle tecniche professionali di attestazione dei piani di risanamento rileva anche in materia di accordi di ristrutturazione e di concordato ed è da tempo riconosciuta. Al riguardo, è rilevante la già citata raccolta delle *leges artis* approvata dal Consiglio Nazionale dei dottori Commercialisti ed Esperti contabili con delibera del 03/09/2014, con la quale sono stati adottati i *Principi di attestazione dei piani di risanamento*, cui recentemente hanno fatto

seguito i Principi di redazione dei piani di risanamento, presentati dal CNDCEC nel settembre 2017, documenti poi rispettivamente aggiornati e ripubblicati nel 2020 e 2022.

Sui contenuti dell'attestazione si è già detto che la versione finale dell'art. 57 richiede unicamente che sia attestata la fattibilità, senza altre aggettivazioni, del piano, nonché la sua idoneità a consentire il pagamento dei creditori estranei.

Anche per gli accordi di ristrutturazione la scelta del nuovo codice è stata quella di consentirne l'utilizzo all'imprenditore *tout court*, compreso quindi l'imprenditore agricolo, mentre va sicuramente esclusa la possibilità di un utilizzo da parte delle imprese "minori", stante l'espressa riserva dell'art. 57, comma primo, c.c.i.

Se l'accordo di ristrutturazione dei debiti "ordinario" trova la sua disciplina fondamentale nell'art. 57 c.c.i., quello agevolato è regolato dal successivo art. 60. L'accordo si dice "agevolato" in presenza di due condizioni (che devono congiuntamente sussistere):

a) il debitore non deve proporre alcuna moratoria per i creditori esterni (in altri termini il debitore paga i creditori estranei man mano che il debito diviene esigibile sulla scorta della disciplina legale e/o contrattuale che disciplina il singolo rapporto, senza fruire del beneficio dello *spatium temporis* di 120 gg., di cui al precedente art. 57, comma 3 c.c.i.);

b) il debitore non deve aver richiesto o deve aver comunque rinunciato a richiedere misure protettive (si ricorda che nel nuovo codice non vi è un *automatic stay* ma le misure protettive devono essere oggetto di specifica domanda: vds. art. 54 e 55 c.c.i.).

In presenza di tali condizioni, l'accordo di ristrutturazione può essere concluso anche soltanto con almeno il 30% di adesioni da parte dei creditori. Come ben si può capire, si tratta di una tipologia di accordo che può applicarsi in presenza di crisi non particolarmente gravi, oppure laddove l'istituto sia utilizzato per far fronte ad un indebitamento settoriale, magari dovuto ad una sopravvenienza passiva straordinaria, seppure in presenza di un'attività di impresa ancora fisiologicamente profittevole o, ancora, laddove l'impresa abbia più rami uno solo dei quali "in passivo" ed oggetto della ristrutturazione.

L'art. 61 c.c.i. delinea, ancora, una tipologia di accordo di ristrutturazione (c.d. ad efficacia estesa) che ibrida in sé il principio di maggioranza, tipico della procedura concordataria, sia pure per singole categorie nelle quali la percentuale degli aderenti abbia raggiunto la percentuale qualificata del 75%: di fronte a tale presupposto, purché il piano abbia natura in continuità e non liquidatoria e tutti i creditori siano stati regolarmente avvisati e messi in grado di partecipare alle trattative in modo effettivo, è possibile estendere il trattamento accettato dal 75% al restante 25% recalcitrante²⁰. Al riguardo valgono due ulteriori limiti: a) il trattamento esteso ai non aderenti non deve essere peggiorativo per gli stessi rispetto all'alternativa liquidatoria; b) l'estensione riguarda il soddisfacimento, non eventuali obbligazioni positive ulteriori o nuove prestazioni accettate dagli aderenti. La norma attua, in buona sostanza, una sorta di generalizzazione del precedente art. 182 septies l.fall. ad ogni possibile categoria omogenea di creditori. Da notare che nel caso in cui la conclusione

²⁰ Ancora attuali le considerazioni di ABRIANI, *Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa*, in www.ildirittodellacrisi.it [ALL. 10], ove ulteriori riferimenti bibliografici.

dell'accordo sia preceduto positivamente da una fase di composizione negoziata, allora la maggioranza necessaria per invocare l'estensione degli effetti ai "non aderenti" scende dal 75 al 60%, così facilitando il ricorso a questo istituto.

In sede di c.d. correttivo al Codice della crisi e dell'insolvenza - adottato con il d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 - si era recepito, mediante il rinvio all'art. 84, un concetto di continuità molto stringente. Il recentissimo d.lgs. n. 83/2022, invece, nel riscrivere completamente l'art. 84 c.c.i., ha indirettamente allargato l'ambito di utilizzo anche dell'ADR ad efficacia estesa. Infatti, nel tradurre in norme statuali i principi della Direttiva *Insolvency*, si è introdotto un concetto di continuità che abbraccia sia la prosecuzione diretta dell'attività di impresa che quella indiretta, senza che per quest'ultima occorra necessariamente una prevalenza dei flussi prodotti da tale prosecuzione. Resta confermato, invece, che l'ADR ad efficacia estesa non è utilizzabile a fronte di piani semplicemente liquidatori (salvo il sottotipo con intermediari finanziari di cui all'art. 61, ult. comma, c.c.i.).

Con l'art. 58 c.c.i. il Legislatore si è infine preoccupato di disciplinare positivamente un fenomeno molto sentito nella pratica e precedentemente non affrontato da alcuna diretta disposizione: quello relativo alla sorte del piano e dell'accordo di ristrutturazione in caso di modifiche sopravvenute. Va detto preliminarmente che le modifiche devono essere "sostanziali", cioè riguardare elementi rilevanti del piano e non aspetti puramente marginali dello stesso. Ciò posto, l'art. 58 disciplina due casi: quello in cui le modifiche intervengono prima ancora della omologazione dell'accordo e quello in cui le modifiche si concretizzano dopo la omologazione del Tribunale. Nel primo caso, proprio perché l'accordo si è già modificato nelle sue assunzioni iniziali prima di giungere alla sua omologazione, si richiede sia il rinnovo delle manifestazioni di consenso da parte dei creditori aderenti (al fine di verificare il perdurante gradimento di tanti creditori che rappresentino almeno il 60% dell'indebitamento complessivo), che la rinnovazione dell'attestazione da parte del professionista indipendente.

La disposizione in esame, che non è stata toccata dal c.d. correttivo, né dal recentissimo d.lgs. n. 83/2022, era stata di fatto "anticipata" nella sua vigenza mediante inserimento del comma 8 nell'art. 182 bis l.fall.

Altra novità del codice, infine, riguarda l'estensione ai creditori aderenti dell'art. 1239 c.c. (liberazione dei fideiussori), che non vale invece nei confronti dei creditori non aderenti cui siano stati estesi gli effetti nell'ambito di un accordo ad efficacia estesa, come pure l'efficacia degli accordi di ristrutturazione, salvo patto contrario, anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili (cfr. art. 59 c.c.i.).

8. Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione.

Si tratta di un istituto del tutto nuovo, che appare in prima approssimazione un mix fra accordi ad efficacia estesa e concordato in continuità, pur non avendo letteralmente di quest'ultimo il necessario presupposto della prosecuzione diretta o indiretta dell'attività di impresa.

L'istituto ha ricevuto un parere parzialmente negativo da parte del Consiglio di Stato, nel

corso dell'iter di approvazione del d.lgs. n. 83/2022²¹. Inoltre, secondo alcuni, l'applicazione anche a questo istituto di regole proprie del concordato in continuità senza richiedere espressamente tale presupposto potrebbe configurare un eccesso di delega rispetto alla l. n. 155/2017, non trovando copertura – una sua eventuale versione liquidatoria – nella disciplina attuativa della Direttiva unionale n. 1023/2019²². A tal riguardo si potrebbe replicare che, secondo la Relazione illustrativa allo "Schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva (UE) 2019/1023", approvato dal Consiglio dei Ministri del 17 marzo 2022, il nuovo istituto avrebbe attuato la disposizione dell'articolo 11, paragrafo 1, della citata Direttiva, nella parte in cui richiede la previsione di un quadro di ristrutturazione che possa prescindere dalle regole distributive proprie delle procedure concorsuali, purché approvato "da tutte le parti interessate in ciascuna classe di voto". L'applicazione giurisprudenziale dell'istituto dirà della sua utilità e della possibilità interpretativa di sua riconduzione al sistema.

La funzione del piano di ristrutturazione sottoposto ad omologazione (di cui agli artt. 64 bis e ss. del nuovo Codice) è, fondamentalmente, quella di consentire all'imprenditore di operare una ristrutturazione con distribuzione delle risorse ai creditori in deroga ai principi della graduazione, di cui agli artt. 2740 e 2741 c.c., a patto che lo stessa sia approvata in modo unanime da tutte le classi in cui i creditori devono essere obbligatoriamente suddivisi²³.

Possono accedere al nuovo istituto, già denominato nella prassi PRO, gli imprenditori commerciali "sopra soglia", ossia assoggettabili alla liquidazione giudiziale (ex fallimento).

Il presupposto oggettivo è invece costituito sia da una situazione di crisi che di insolvenza.

Vi è un limite generale in ordine alla possibilità di libera allocazione delle risorse a favore dei creditori, che è dato da una norma di tutela dei lavoratori: infatti in ogni caso i crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751-bis, n. 1, c.c. devono essere "soddisfatti in denaro integralmente entro trenta giorni dall'omologazione".

È inoltre richiesto che il piano sia accompagnato da un'attestazione relativa alla veridicità dei dati aziendali ed alla fattibilità dello stesso.

Una volta presentato con ricorso, il Tribunale è chiamato a valutare semplicemente la "mera ritualità della proposta" e "la correttezza dei criteri di formazione delle classi", in caso positivo procedendo alla nomina di un commissario giudiziale. Il piano può essere preceduto dalla concessione giudiziale di un termine ex art. 44 c.c.i. (destinato a sua volta a sostituire il c.d. concordato "in bianco" o prenotativo).

Nel corso della procedura "l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa". Si tratta, peraltro, di disposizione già prevista in tema di composizione negoziata, per il vero apparentemente diversa dal caso di specie che, come detto, abbraccia anche casi di vera e propria insolvenza dell'imprenditore ed in cui è prevista – a differenza del percorso negoziato – la nomina di un organo tradizionale come il Commissario giudiziale.

²¹ Cfr. Consiglio di Stato, parere n. 359/2022, pubblicato in data 13 maggio 2022, in www.ilcaso.it; anche il documento congiunto di Confindustria e CNDCEC del 4 maggio 2022, in www.commercialisti.it, si chiede se tale istituto sia realmente necessario al fine di dare attuazione alla Direttiva. Così anche STANGHELLINI, op. cit.

²² BOZZA, *Il Piano di Ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in www.diritto dellacrisi.it [ALL. 11].

²³ Per una prima illustrazione del nuovo istituto (già denominato nella prassi PRO), vds. BONFATTI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in www.ildiritto dellacrisi.it [ALL. 12].

Resta comunque operante il meccanismo della necessaria comunicazione preventiva al Commissario degli atti di straordinaria amministrazione e dei pagamenti (di crediti anteriori) che l'imprenditore intenda compiere, così come la possibile opposizione dell'organo di nomina giudiziaria. In caso di compimento dell'atto nonostante la detta opposizione è previsto un richiamo all'art. 106 c.c.i. (revoca dell'ammissione per atti in frode ai creditori).

Per il vero il richiamo a tale ultima disposizione potrebbe avere più ampio rilievo sistematico, sia in ordine alla natura del piano in esame (di cui potrebbe essere possibile l'attrazione nell'ambito dei concordati preventivi), sia in ordine alle valutazioni da parte del Tribunale, al di là degli elementi letterali dell'art. 64 bis cit. (del resto in questo senso militano anche i rinvii all'art. 46, 54, 96 e 145 c.c.i., nonché agli artt. 90 e 91 in tema di proposte e offerte concorrenti, ed ulteriormente alle disposizioni in tema di contratti pendenti e finanziamenti).

L'art. 64 bis, comma settimo, c.c.i. dispone che "alle operazioni di voto si applicano gli articoli 107, 108, 109, commi 2, 4, 6 e 7, 110 e 111", con un ulteriore richiamo a disposizioni previste per il concordato preventivo. Di questo istituto – peraltro previsto unicamente per il concordato in continuità – si richiama, quindi, la regola per cui la proposta è approvata se in ciascuna classe "è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure, in mancanza, se hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe".

È inoltre presente un rinvio all'art. 48, commi 1, 2 e 3, c.c.i. in tema di omologazione, mentre l'art. 64 bis ha cura di precisare che "il tribunale omologa con sentenza il piano di ristrutturazione nel caso di approvazione da parte di tutte le classi. Se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il piano di ristrutturazione quando dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale". Resta quindi evidente che il raffronto con il soddisfacimento assicurato dalla liquidazione giudiziale (che invece è naturalmente tenuta a seguire l'ordine delle cause legittime di prelazione) se è in via preventiva liberamente superabile dall'imprenditore, manifesta tutta la sua rilevanza in caso di opposizione da parte di uno o più creditori dissenzienti.

Se il piano non è approvato da tutte le classi, l'imprenditore può:

- chiedere al tribunale il riconteggio dei voti rispetto a quelli computati nella relazione ex art. 110 c.c.i.;

- modificare la domanda formulando una proposta di concordato e chiedendo che il tribunale pronunci il decreto di apertura del concordato preventivo.

Peraltro, è previsto che il debitore possa, in ogni momento, e quindi anche al di là del caso di opposizione, modificare la domanda, formulando la proposta di concordato, procedura dalla quale, per converso, è possibile passare a quella di piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, realizzando così una sorta di "passerella" semplificata fra le due procedure.

9. Il concordato preventivo liquidatorio.

Parlare di concordato liquidatorio significa, in linea di prima approssimazione, far riferimento ad un istituto nel quale l'accordo con i creditori ha la funzione di evitare – prevenire appunto – una possibile dichiarazione di fallimento, mettendo a disposizione degli stessi i beni ed i diritti costituenti il patrimonio del debitore, in vista della ristrutturazione dei debiti di quest'ultimo e del soddisfacimento, in tutto o in parte, dei creditori, in via immediata o, come più spesso avviene, dilazionata.

Ci si chiede se vi sia un obbligo per il debitore proponente il concordato liquidatorio di includere nel piano tutti i beni appartenenti al proprio patrimonio. Coloro che rispondono negativamente a questa domanda fanno leva soprattutto sull'articolo 160 l.f., il quale da un lato disegna una atipicità della proposta concordataria e, dall'altro, ha visto la soppressione dell'espressione "liquidazione di tutti i beni", originariamente presente nel testo del 1942, essendo perciò venuta meno questa precisazione. Altri Autori, invece, fanno riferimento all'istituto civilistico della *cessio bonorum* in favore dei creditori di cui agli articoli 1977 e seguenti c.c., in particolare proprio all'art. 1977 c.c., laddove delinea la facoltà del debitore di cedere ai propri creditori la totalità od una parte soltanto dei propri beni. A quest'ultima proposta interpretativa si è peraltro obiettato che se si vuole prendere come paradigma di riferimento la *cessio bonorum*, in realtà l'articolo 1977 c.c. va posto in correlazione con il successivo art. 1980 c.c. Orbene, quest'ultima disposizione esclude che la cessione parziale abbia un effetto integralmente solutorio od esdebitativo, introducendo un semplice *ordo excussionis* in virtù del quale i creditori devono in via prioritaria soddisfarsi sui beni ceduti, ferma tuttavia la possibilità di escutere in via sussidiaria, in caso di incapienza dei primi, anche i beni residui del debitore. Giustamente si è perciò rilevato l'insufficienza del parallelismo con la *cessio bonorum* di diritto comune, posto che – invece – il concordato preventivo consente ed anzi ha quale effetto tipico proprio quello dell'ottenimento dell'esdebitazione attraverso l'integrale esecuzione del piano e l'adempimento della proposta concordataria.

Si è poi obiettato che il venir meno del riferimento letterale alla cessione di "tutti" i beni non deve essere sopravvalutata; la cessione attiene piuttosto alle modalità attuative della proposta, ma non riguarda in realtà il novero dei beni da ricomprendere nell'attivo da liquidare a favore dei creditori, che continuerebbe ad essere in qualche modo oggetto di una destinazione immanente rispetto alla loro soddisfazione, in virtù della regola generale della responsabilità patrimoniale, ex art. 2740 c.c., di cui in fondo il concordato preventivo non è altro che una modalità di realizzazione. Non mancandosi inoltre di rilevare che la regola della responsabilità patrimoniale ha carattere generale ed occorre perciò una disposizione espressa per derogarvi (come ad esempio l'art. 186 bis l.f. che facoltizza espressamente il diritto del debitore di trattenere i beni strumentali alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale), deroga che – invece – a ben vedere non esiste nel concordato di carattere liquidatorio.

Appare vicino a questo punto di vista l'orientamento assolutamente prevalente della giurisprudenza di merito e legittimità, dovendosi ricordare a quest'ultimo riguardo il precedente rappresentato da Cassazione 14 marzo 2014, n. 6022, nonché il successivo

provvedimento adottato dalla Cassazione, il 17 ottobre 2018, con la decisione n. 26005²⁴.

Un ulteriore profilo problematico del concordato liquidatorio è divenuto di particolare urgenza dopo l'introduzione dell'ultimo comma dell'articolo 160 l.f., ad opera della novella del 2015, il quale dispone che "in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186 bis".

Secondo una prima tesi, forse più "liberale", la norma aveva uno scopo essenzialmente programmatico, di *moral suasion* per il debitore, che avrebbe dovuto semplicemente avanzare una proposta concordataria che si limitasse a prospettare ai creditori chirografari un soddisfacimento almeno pari al 20%, senza alcuna assicurazione al riguardo, dovendo tale aspetto, così come quello più generale della fattibilità economica essere valutato in via esclusiva dai creditori; una seconda tesi, invece, pur ritenendo che la citata norma di nuovo conio non avesse introdotto alcun obbligo cogente per il debitore, riteneva necessaria una sorta di attestazione "rafforzata" che avrebbe dovuto prendere in esame la concreta probabilità di giungere al soddisfacimento previsto dalla ricordata disposizione, pur mantenendo la soglia ivi prevista una funzione descrittiva, idonea a consentire ai creditori una valutazione di semplice convenienza economica. Infine, un terzo orientamento ha ritenuto che la norma implicasse un vero e proprio obbligo del debitore, atto ad imporre ed a descrivere come altamente probabile se non ragionevolmente certa la possibilità di raggiungere questa soglia minimale di soddisfacimento, elevata a nuovo requisito di ammissibilità del concordato liquidatorio.

Quest'ultima, in estrema sintesi, rappresenta la tesi che risulta infine accolta dalla Cassazione, in particolare con la sentenza 17 maggio 2021, n. 13224²⁵. Tale decisione, pur partendo dalla distinzione fra fattibilità giuridica e fattibilità economica fatta propria dalle già evocate S.U. del gennaio 2013, ha ribadito l'idea che anche la fattibilità economica debba essere oggetto di valutazione giudiziale, nella misura in cui risulti *prima facie* irrealizzabile il piano sotteso alla proposta concordataria.

Proprio perché questa disposizione non si applica evidentemente al concordato in continuità, in forza della clausola eccezzuativa riferita all'ambito di applicabilità dell'art. 186 bis l.f., negli ultimi anni si è osservata una vera e propria "corsa" di molti operatori a veder

²⁴ Sez. 1, sentenza n. 6022/2014, Cristiano, Rv. 630537 – 01, ha infatti ritenuto che "nel concordato con cessione dei beni l'imprenditore assume l'obbligo di porre a disposizione dei creditori l'intero patrimonio dell'impresa e non di garantire il pagamento dei crediti in una misura percentuale prefissata, a meno di un'espressa previsione in tal senso. Ne consegue che, il ricavato della vendita dei beni va distribuito tra i creditori, i quali beneficiano dell'eventuale miglior risultato, rispetto a quello promesso, in ragione della garanzia generale per loro rappresentata dal patrimonio del debitore". A sua volta, Cass. civile, sez. I, 17 ottobre 2018, n.26005 (non massima ma pubblicata in Giur. comm., 2019, 1025), ha affermato che "la cessione parziale dei beni è consentita solo nel caso di continuità aziendale ex l'art. 186 bis l. fall., in relazione alla finalità perseguita dall'istituto di consentire la prosecuzione dell'attività imprenditoriale".

²⁵ Sez. 1, ord. n. 13224/2021, Falabella, Rv. 661368 – 01, afferma che "il comma 4 dell'art. 160 l.fall., introdotto dal d.l. n. 83 del 2015, conv. con modif. dalla l. n. 132 del 2015, nel prevedere che, fatta eccezione per il concordato con continuità aziendale, la proposta deve assicurare in ogni caso il pagamento della soglia minima di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari, definisce l'ambito del controllo della fattibilità giuridica demandato al tribunale, imponendogli di verificare la funzionalità del piano rispetto al raggiungimento di un risultato che preveda necessariamente il soddisfacimento dei creditori chirografari nell'indicata percentuale".

riconosciuti i tratti della continuità nelle proposte concordatarie avanzate, pur se contenenti porzioni più o meno ampie liquidatorie, da cui tutta la teoria della inclusione della c.d. continuità "indiretta" sotto il cono d'ombra rassicurante dell'art. 186 bis l.f.

Da qui la formulazione del nuovo art. 84 c.c.i., di cui la relazione tecnica di accompagnamento segnala che "nel concordato in continuità aziendale, che come appena detto è fortemente incentivato dalla nuova disciplina, si punta al recupero della capacità dell'impresa di rientrare, ristrutturata e risanata, nel mercato, e a realizzare il soddisfacimento dei creditori in misura anche non prevalente dal ricavato dei proventi che derivano dalla prosecuzione dell'attività imprenditoriale diretta o indiretta. Ciò al contrario di quanto avviene nel concordato con liquidazione del patrimonio nel quale si prevede l'apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10 per cento l'attivo disponibile al momento di presentazione della domanda, assicurando, in tal modo, il soddisfacimento dei creditori chirografari e privilegiati in misura non inferiore al 20 per cento dell'ammontare complessivo dei loro crediti".

La norma dell'art. 84 è stata particolarmente rimaneggiata nel corso degli ultimi due anni che hanno preceduto l'entrata in vigore del codice, in quanto norma "chiave" volta ad operare la distinzione fra concordati in continuità e concordati liquidatori. Per questi ultimi è però rimasto fermo il disfavore già contenuto nella legge delega n. 155/2017, tradotto nell'esigenza che il debitore che affronta la propria liquidazione in sede concordataria, invece di incorrere in una più grave vicenda "fallimentare", debba integrare l'attivo disponibile nella misura del 10% ed al contempo assicurare un soddisfacimento dei creditori chirografari di almeno il 20%.

Va evidenziato, al riguardo, che il testo finale della norma prevede, al comma 4, che "nel concordato con liquidazione del patrimonio la proposta prevede un apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10 per cento l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda"; tale apporto – di cui si presume *iuris et de jure* la natura di "nuova finanza" – è liberamente attribuibile ai creditori anche in deroga agli art. 2740 e 2741 c.c., e questo anche quando le risorse siano apportate dai soci della società debitrice. Tale formulazione appare opportunamente più chiara di quella precedente del Codice, nel quale si disponeva che l'apporto di risorse esterne dovesse incrementare del 10% non l'attivo, bensì il soddisfacimento dei creditori chirografari rispetto all'alternativa liquidatoria, introducendo in questo modo un parametro di più difficile e soprattutto opinabile accertamento, soprattutto nell'ipotesi in cui i creditori privi di cause di prelazione fossero distinti in classi diverse.

Quale riflesso del necessario coinvolgimento dell'intero patrimonio del debitore, l'art. 115, comma 2, c.c.i. – così risolvendo anche una lunga diatriba giurisprudenziale e dottrinale – attribuisce espressamente al liquidatore la possibilità di esercitare o, se pendente, proseguire l'azione sociale di responsabilità, senza che in contrario gli si possa opporre una diversa previsione contenuta nella proposta concordataria omologata.

10. Il concordato preventivo in continuità.

L'art. 84 c.c.i., attraverso il comma 2 e 3, introduce il concetto di concordato con continuità aziendale, affermando che "la continuità aziendale tutela l'interesse dei creditori e

preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro. La continuità aziendale può essere diretta, con prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dell'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, se è prevista dal piano la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, ovvero in forza di affitto, anche stipulato anteriormente, purchè in funzione della presentazione del ricorso, o a qualunque altro titolo. Nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta. La proposta di concordato prevede per ciascun creditore un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o con il suo avente causa".

Già da oggi è possibile intuire come proprio alla luce di tale criterio discrezionale sarà possibile delineare uno statuto del concordato in continuità nettamente distinto e più favorevole rispetto a quello destinato a regolare le ristrutturazioni compiute attraverso il concordato preventivo liquidatorio. Per esigenze di spazio, tali differenze non possono che essere in questa sede semplicemente schematizzate:

a) in tema di soddisfacimento dei creditori, vi è la possibilità, soltanto nel concordato in continuità, di individuare un *surplus* legato alla prosecuzione dell'attività di impresa che può essere destinato ai creditori secondo un progetto di distribuzione non più fondato sull'APR (*absolut priority rule*) e quindi su un rigoroso ed integrale rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione, bensì sul modello unionale dell'RPR (*relative priority rule*), il quale consente di passare al grado inferiore senza aver tacitato completamente i creditori con prelazione superiore, purchè questi ultimi comunque ricevano "qualcosa in più" di quelli meno preferiti (esemplificando, fatto 100 il valore dell'attivo in un'ottica liquidatoria, se l'attivo della proposta in continuità è di 150, sino a 100 lo stesso dovrà essere distribuito ai creditori seguendo strettamente l'ordine delle cause legittime di prelazione, mentre il surplus, cioè la quota da 101 a 150 potrà essere attribuito seguendo un ordine preferenziale meno rigido, con parziale deroga all'ordine dei privilegi, a condizione che la classe maggiormente preferita riceva comunque un trattamento più favorevole di quella inferiore, anche se non integralmente soddisfatta);

b) una diversa modalità di espressione e valutazione dei voti per cui, soltanto nel concordato in continuità, si può contare su una maggioranza diversa e apparentemente più semplice da raggiungere: infatti se è vero che in linea tendenziale il concordato in continuità deve ricevere il voto totalitario delle classi (vi è infatti un obbligo di classamento per tutti i creditori in tal caso), non di meno tale risultato può essere comunque "surrogato" e ritenersi raggiunto con il voto favorevole dei due terzi dei crediti votanti, purchè nella classe in cui non si è raggiunta la maggioranza abbiano votato almeno la metà dei crediti ivi inclusi; si evidenzia che simile sistema di voto appare previsto anche per un nuovo istituto – il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (art. 64 bis c.c.i.) – di cui taluno ha messo in evidenza la possibile disarmonia sistematica (non essendo espressamente limitato alle

soluzioni in continuità) ed il rischio di abusi (potendo derogare completamente alle regole della graduazione), di cui la elaborazione pratica dovrà saggiare l'utilità;

c) la possibilità di far luogo, in sede di omologazione del concordato in continuità, alla c.d. *cross class cram down* (prevista nell'art. 11 della Direttiva), per cui il concordato può essere comunque omologato in mancanza di voto unanime favorevole di tutte le classi, quando fra quelle consenzienti si contino classi particolarmente rappresentative e per quelle dissenzienti sia previsto un trattamento non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria;

d) diverso appare, inoltre, nei due diversi casi di concordato, l'ambito valutativo affidato al tribunale²⁶:

1. per il concordato in continuità la valutazione di "fattibilità" – che perde ogni aggettivazione "economica" – è più semplicemente volta a verificare che "il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza" e, ove previsti, che "eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori";

2. nel caso di concordato liquidatorio, invece, la verifica giudiziale deve incentrarsi sulla "non manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati".

Resta invece ferma, per entrambi i tipi di concordato, la possibilità di rilevare profili di inammissibilità o situazioni tali da comportare la revoca dell'ammissione alla procedura (il "vecchio" art. 173 l.f. è in questo senso sostituito e ripreso dal nuovo art. 106 c.c.i.).

Costituisce invece novità comune ad entrambe le figure di concordato preventivo la legittimazione attiva concessa al commissario giudiziale, su impulso di uno o più creditori, a richiedere la risoluzione del concordato (vds. art. 119 c.c.i.), con la precisazione secondo cui non è possibile aprire la liquidazione giudiziale senza previa risoluzione concordataria, salvo che l'insolvenza non derivi da debiti successivi al deposito per la domanda di apertura della procedura concordataria²⁷.

11. Il trattamento dei crediti erariali (c.d. transazione fiscale).

L'art. 88 del nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza riprende con alcune modificazioni non secondarie il contenuto del precedente art. 182 ter l.fall. Può essere, quindi, opportuno ricordare come tale ultima disposizione fosse stata integralmente riformulata dalla l. 11 dicembre 2016, n. 232, in vigore dal 1° gennaio 2017, al fine di recepire quanto affermato dalla Corte Giustizia UE e superare la precedente regola dell'impossibilità di sottoporre a falcidia (cioè offrire un soddisfacimento meno che integrale e al più dilazionato) per IVA e ritenute.

La nuova disposizione aveva perciò superato la precedente intitolazione "transazione

²⁶ In tema di giudizio di omologazione, primi approfondimenti in PAGNI-FABIANI, *I giudizi di omologazione nel Codice della crisi*, in www.ilcodicedellacrisi.it [ALL. 13].

²⁷ Si ricorda che Sez. U, sent. n. 4696/2022, Stalla, Rv. 663849 – 01, aveva invece ritenuto che "nella disciplina della legge fallimentare risultante dalle modificazioni apportate dai d.lgs. n. 5 del 2006 e n. 169 del 2007, il debitore ammesso al concordato preventivo omologato, che si dimostri insolvente nel pagamento dei debiti concordatari, può essere dichiarato fallito, su istanza dei creditori, del pubblico ministero o sua propria, anche prima ed indipendentemente dalla risoluzione del concordato ex art. 186 l.fall."

fiscale”, pur se nella prassi tale terminologia è ancora invalsa, per utilizzare la più corretta epigrafe di “trattamento dei crediti tributari e contributivi” che è infatti mantenuta anche dall’attuale art. 88 in commento.

Tale intitolazione serve anche allo scopo di chiarire come la possibilità di sottoporre a soddisfacimento parziale l’erario sia un qualcosa che si lega alla più generale possibilità di sottoporre a falcidia qualunque creditore privilegiato, purchè lo stesso non venga trattato in modo deteriore rispetto all’alternativa liquidatoria. Ed è proprio su questo punto, anzi, che la versione finale della norma, come ritoccata dal d.lgs. di attuazione della Direttiva c.d. *Insolvency*, mostra in modo evidente uno dei principi di fondo del nuovo diritto dei concordati in continuità, diretta o indiretta che sia, La continuazione dell’attività di impresa, infatti, con la conservazione che essa normalmente comporta dei posti di lavoro e del fascio di rapporti giuridici che legano l’impresa ai propri fornitori e clienti, infatti, giustifica nell’ottica eurounitaria una serie di facilitazioni nella predisposizione del progetto di *turnaround* e salvataggio aziendale che incide sulle modalità di voto e, prima ancora, sulla valutazione di interesse del creditore. Mentre, infatti, l’art. 182 bis l.fall. richiedeva che la proposta di concordato in continuità fosse funzionale alla migliore soddisfazione dei creditori, ecco che nel nuovo Codice riformato ci si può “accontentare” del fatto che la proposta non sia peggiorativa rispetto all’alternativa liquidatoria. Questo risultato è certo il frutto di una equiordinazione delle ragioni dell’impresa rispetto a quelle dei suoi creditori, e non di una prevalenza di queste ultime *tout court*, che può eventualmente riemergere in un’ottica prettamente liquidatoria, quando non vi siano altri interessi “aziendalistici” od occupazionali da tutelare. E questo innovativo riequilibrio dei diversi interessi opera, ecco il dato forte che occorre immediatamente mettere in luce, anche per i creditori tributari e contributivi, non più destinatari di un trattamento necessariamente di favore rispetto all’alternativa fallimentare.

Il primo comma dell’art. 88 c.c.i. prevede che “... con il piano di concordato il debitore, esclusivamente mediante proposta presentata ai sensi del presente articolo, può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l’invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e dei relativi accessori”.

Viene in questo modo riconfermata la natura speciale di questa procedura e la sua esclusività: non è quindi possibile per il debitore proporre un trattamento parziale dell’erario nel concordato preventivo sfuggendo alle regole, in primo luogo procedurali, previste dalla norma in commento. Questo principio di esclusività rappresenta, a parere dello scrivente, un vero e proprio presupposto di validità (e quindi di fattibilità giuridica) del piano concordatario attraverso il quale poter giungere ad un trattamento parziale dei crediti tributari e contributivi, così come previsto da questa norma, attraverso la “manovra” concordataria. Resta tuttavia possibile, ad avviso dello scrivente, ed in ossequio ad una più generalmente ritenuta ammissibilità dei patti “paraconcordatari” mantenere in essere - “fuori dal piano” - il trattamento dell’erario che, ad esempio, avesse già aderito prima dell’ammissione alla

procedura ad una rateizzazione del debito (così come, sempre esemplificativamente, ad una delle varie forme di rottamazione delle cartelle), in quanto deve ritenersi che la norma non implichi la decadenza da eventuali altre soluzioni soddisfattive per l'erario e da questi accettate, laddove l'impresa sia in continuità aziendale e dimostri di poter contare su flussi prospettici tali da poter proseguire nella rateizzazione già approvata e, al contempo, far fronte alle altre obbligazioni concordatarie. Il punto dovrà, naturalmente, essere oggetto di specifica attenzione da parte del professionista attestatore. La norma, in altri termini, introduce un procedimento di soddisfacimento parziale dei crediti tributari e contributivi che deve ritenersi esclusivo in senso assoluto laddove le risorse impiegate per pagare tali crediti facciano parte dell'attivo concordatario, diversamente dal caso della continuità in cui una parte dei flussi futuri derivanti dalla prosecuzione dell'attività di impresa potrebbe essere rivolta al soddisfacimento delle obbligazioni concordatarie e parte, come è evidente, a far fronte ai debiti correnti, fra cui anche quelli di carattere periodico già oggetto di rateizzazione concessa dall'erario. Questo perché in questo secondo caso il trattamento di tale creditore non è il risultato della falcidia concordataria ottenuta con l'omologa del piano, bensì il risultato della prosecuzione di un rapporto pendente, che la soluzione in continuità deve più semplicemente dimostrare di poter essere in grado di sostenere finanziariamente sino alla scadenza.

Non è un caso, del resto, allargando la visuale, che questo procedimento sia possibile anche nell'accordo di ristrutturazione, mentre è ignoto al di fuori delle procedure concorsuali in senso stretto ed anche nel PRO. Nel caso della composizione negoziata è invece possibile ottenere una speciale forma di rateizzazione del debito in 72 rate, ex art. 25 bis, comma 4, c.c.i. (oltre alle altre forme speciali di "rottamazione" o rateizzazione del debito sino a 120 mesi ex art. 19 d.P.R. n. 602 del 1973), il che appunto si giustifica solo in un'ottica di risanamento e conservazione dell'impresa, decadendo da tale beneficio in caso di diversa procedura, particolarmente se di carattere liquidatorio, come ad es. lo stesso concordato semplificato di cui all'art. 25 sexies c.c.i.

Dopo aver affermata l'esclusività di questo sub-procedimento finalizzato a consentire un soddisfacimento solo parziale delle pretese tributarie e contributive, la norma delinea il trattamento consentito di tali specifici crediti.

Viene previsto, in primo luogo, che tale "falcidia" può riguardare i tributi ed i relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché i contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza, assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie, nonché i relativi accessori". Entro tale dizione rientrano tutti i tributi gestiti direttamente dall'Agenzia delle entrate ed altre amministrazioni centrali, come IRES, IRAP, IVA, eventuali addizionali, imposte di bollo, registro, imposte demaniali, dazi, ecc. Non paiono invece rientrare nell'ambito applicativo di questa disposizione i tributi propri degli enti locali, come ad esempio IMU (ex ICI), tasse per l'occupazione di suolo pubblico, diritti per affissioni, TARI ed altri diritto sullo smaltimento rifiuti, ecc. Del tutto opportuna la previsione relativa ai contributi amministrati principalmente da INPS ed INAIL, così da chiudere ogni discussione che era invece sorta con riguardo al vecchio testo dell'art. 12 comma 3 quater della l. n.

3/2012, in tema di sovraindebitamento, che, per un evidente difetto di coordinamento con la norma dell'art. 80 c.c.i. (che nel frattempo era stata a sua volta modificata dal correttivo), non contemplava un riferimento diretto agli enti gestori di oneri contributivi previdenziali ed assistenziali.

Quanto al trattamento che è possibile prevedere, la norma è chiara nel consentire un pagamento, parziale o anche dilazionato, sì che è consentita sia una "transazione" di carattere remissorio, tale da contemplare una falcidia che può riguardare sia la parte capitale che per interessi, così come la porzione privilegiata e non soltanto eventuali spese e parti di credito in chirografo, come pure una "transazione" di natura dilatoria, nonché eventuali loro combinazioni.

Quello che appare essenziale, tuttavia, è che il piano ne deve prevedere la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione di un professionista indipendente: quindi appare necessario che il piano a) non preveda un sacrificio ulteriore dell'erario o degli enti gestori di contributi rispetto a quanto subirebbero nell'alternativa liquidatoria (leggasi ex-fallimento); b) che il raffronto debba riguardare i beni o diritti su cui sorge il privilegio al loro valore di mercato, quindi non necessariamente un'ottica di liquidazione atomistica e a prezzi da "hard discount", ma una ponderata valutazione di quello che il mercato può offrire nello scenario della liquidazione dei beni su cui insiste la causa di prelazione; c) occorre poi che tale aspetto sia oggetto di una specifica attestazione da parte del professionista indipendente nominato dal debitore (si ritiene che tale aspetto possa anche essere contenuto nella più generale relazione di cui all'art. 87, comma 3, c.c.i., purché oggetto di specifica disamina ed attestazione distinta da quella più generale di "fattibilità" richiesta dalla norma precedente).

Si ritiene, pur se il testo non è in effetti chiarissimo, che il "fermo quanto previsto dall'art. 112 co. 2" (in tema di *cross class cram down* o ristrutturazione trasversale dei debiti di cui all'art. 11 della Direttiva *Insolvency*) non escluda le regole di trattamento appena indicate, stante la specialità e la ribadita esclusività della disciplina di cui all'art. 88 in commento.

Devono altresì ritenersi non derogate le seguenti regole, previste a pena di ammissibilità: a) se il credito tributario e contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi rispetto a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica e interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; b) se invece il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, anche a seguito di degradazione per incapienza, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri crediti chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei crediti rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.

Questo comporta che nel caso di concordato in continuità, per il quale l'art. 85 co. 3 c.c.i. prevede l'obbligatorietà delle classi, la porzione chirografaria dei crediti tributari o contributivi

dovrà essere inserita in una o più classi e ricevere un trattamento almeno uguale a quello che il piano prevede per la migliore classe di crediti chirografari diversi. In relazione a tale precisazione, del resto, si comprende come l'attestazione del professionista indipendente, relativamente ai crediti tributari e contributivi, abbia ad oggetto anche la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale e, nel concordato in continuità aziendale, la sussistenza di un trattamento non deteriore. Tale previsione, prevista dal comma 2, comporta che nel piano liquidatorio non soltanto il trattamento della parte prelatizia non possa essere inferiore a quella realizzabile con il bene oggetto di garanzia nello scenario liquidatorio, ma che - almeno complessivamente - il trattamento riservato ai crediti tributari e contributivi debba essere "conveniente" ed oggetto di specifica ulteriore attestazione in tal senso.

La norma consente, con un evidente vantaggio per il debitore, il c.d. *cram down* erariale, ossia la possibilità per il giudice di considerare come espresso positivamente il silenzio e, ad avviso di chi scrive, anche un eventuale dissenso espresso manifestato dagli enti fiscali o contributivi in ordine alla proposta di trattamento di cui alla disposizione in commento. Si è già detto, al riguardo, come le S.U. abbiano ripetutamente affermato come non vi sia un onere, per il contribuente, di impugnare avanti agli organi di giustizia tributaria l'eventuale diniego alla c.d. transazione fiscale in sede concorsuale, stante la prevalenza di tale sede rispetto a quella speciale, ai fini che qui in particolare rilevano (cfr. Cass. S.U. n. 35954/2021 e Cass. S.U. n. 8504/2021). In questo modo il giudizio di omologazione si arricchisce di contenuti, potendo in modo innovativo lo stesso tribunale assumere una funzione addirittura integrativa delle espressioni di voto manifestate dai creditori, quando la proposta concordataria faccia ricorso alla disciplina prevista dall'art. 88 in esame. Afferma il comma 2 bis, in particolare, che il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali di cui all'articolo 109, comma 1, e, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente o non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria.

La possibilità di svolgere il *cram down* giudiziale richiede quali presupposti: a) la mancata adesione dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie, dovendosi intendere per mancanza di adesione non soltanto il silenzio o mancata manifestazione di voto da parte di tali creditori, ma anche il voto contrario motivato (naturalmente in questo secondo caso il tribunale dovrà farsi carico di motivare espressamente e precisare perché ritiene che i motivi che l'agenzia o gli enti contributivi hanno addotto non siano condivisibili; b) la decisività dell'adesione di tali creditori ai fini del raggiungimento delle maggioranze necessarie per l'approvazione del concordato (ossia maggioranza dei crediti ammessi al voto e maggioranza delle classi ove queste siano previste), senza questa decisività non si ritiene possibile che il tribunale possa effettuare il

cram down stante la specialità di questa disposizione, che è stata ribadita nonostante le modifiche apportate al concordato in continuità, e che pertanto deve ritenersi compia già una speciale valutazione dei diversi interessi, facendo prevalere quelli del debitore, ma a patto che sussistano gli specifici presupposti richiesti da questa norma; pertanto poiché l'art. 109 comma 1 nella nuova formulazione distingue fra voto ed approvazione del concordato liquidatorio (appunto maggioranza dei crediti ammessi al voto e maggioranza di classi ove previste) e concordato in continuità (in cui si richiede l'unanimità delle classi con valutazione di maggioranza all'interno di ciascuna classe con il temperamento del voto favorevole dei due terzi dei crediti votanti accompagnato dalla partecipazione al voto di almeno la metà dei crediti di ciascuna classe dissenziente), sarà rispetto a tale distinta modalità di approvazione che dovrà misurarsi la decisività dell'adesione dell'erario. Non si ritiene, invece, stante la già individuata specialità di questa norma, che i medesimi effetti del *cram down*, limitatamente a tributi e contributi, possano essere raggiunti attraverso la *cross class cram down* di cui all'art. 112 comma 2, giacché altrimenti rischierebbe di non avere senso la formulazione conservata dell'art. 88 comma 2 bis. Del resto, la esclusività che la norma in commento continua a declamare non può essere "annacquata" dal ricorso ad un istituto che la medesima norma non richiama: la stessa mantiene fermo l'art. 109 comma 1, ma nessun rilievo è dato all'art. 112 comma 2 che, stante la specialità della presente disposizione, appare perciò arduo ritenere possa trovare spazio rispetto ai debiti erariali, anche in via analogica.

Infine, terzo presupposto affinché il tribunale possa omologare, "trasformando" la mancata adesione dei creditori qualificati previsti da questa norma in voto favorevole, è che il trattamento che il piano prevede per gli stessi sia conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria (nel caso di piano concordatario liquidatorio), ovvero sia non deteriore rispetto allo scenario liquidatorio, nel caso di piano in continuità. Anche da questo punto di vista si assiste ad un evidente favor del legislatore per le proposte concordatarie fondate sulla prosecuzione dell'attività aziendale, sia in forma diretta che indiretta. La relazione del professionista potrà al riguardo certamente rilevare, ma si ritiene non abbia un effetto vincolante sulle valutazioni del giudice o degli enti creditori.

Una copia della proposta concordataria contenente la proposta di trattamento falcidiato dei crediti fiscali e contributivi, nonché della relativa documentazione, contestualmente al deposito presso il tribunale, deve essere presentata al competente agente della riscossione e agli altri uffici competenti sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente alla copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è pervenuto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo fino alla data di presentazione della domanda. La contestualità richiesta dalla norma non sembra però prevista a pena di inammissibilità, pur se la stessa appare chiaramente rivolta ad accelerare la procedura e consentire all'amministrazione pubblica di prendere contezza sia delle previsioni di pagamento contenute nel piano, sia, deve ritenersi soprattutto, al fine di consentire agli uffici pubblici il controllo in ordine alla correttezza dei calcoli e delle indicazioni che il debitore ha fornito, nonché consentire la quantificazione di eventuali tributi ed oneri in corso di accertamento o

liquidazione.

Si prevede, infatti, che l'agente della riscossione, non oltre trenta giorni dalla data della presentazione, deve trasmettere al debitore una certificazione attestante l'entità del debito iscritto a ruolo scaduto o sospeso, mentre entro lo stesso termine di 30 gg. anche gli uffici devono procedere alla liquidazione dei tributi risultanti dalle dichiarazioni e alla notifica dei relativi avvisi di irregolarità, unitamente a una certificazione attestante l'entità del debito derivante da atti di accertamento, ancorché non definitivi, per la parte non iscritta a ruolo, nonché dai ruoli vistati, ma non ancora consegnati all'agente della riscossione. Tali documenti pubblici devono essere trasmessi anche al Commissario giudiziale, se già nominato, per gli adempimenti previsti dagli articoli 105, comma 1, e 106 (rispettivamente in tema di relazione da depositare prima delle operazioni di voto dei creditori e in tema di comunicazioni al tribunale ed alla procura circa l'eventuale commissione di atti di frode in danno dei creditori). La norma precisa che per i tributi amministrati dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli, l'ufficio competente a ricevere copia della domanda con la relativa documentazione prevista al primo periodo, nonché a rilasciare la certificazione di cui al terzo periodo, si identifica con l'ufficio che ha notificato al debitore gli atti di accertamento.

Naturalmente, pur se la norma non lo prevede espressamente, si ritiene che a fronte dei dati finali comunicati dagli uffici, in caso di errori o disguidi compiuti inizialmente dal debitore, sia consentito a quest'ultimo di riformulare la proposta che, ove contenga divergenze rispetto a quanto inizialmente previsto, dovrà essere nuovamente attestata.

Il voto sulla proposta di concordato è espresso dall'ufficio competente per quanto riguarda il credito tributario, previo parere della direzione regionale, mentre per gli oneri di cui all'art. 17 del d.lgs. 13 aprile 1999, n. 112, il voto è dato dall'agente della riscossione.

12. La liquidazione giudiziale sostituisce il fallimento.

Una delle modifiche senza dubbio più rilevanti è data dalla sostituzione della tradizionale procedura fallimentare con la liquidazione giudiziale. Si tratta di una idea che si riconduce alla volontà di evitare lo stigma – economico e sociale – legato alla qualità di fallito e che sottende, al di là della diversa qualificazione, una nuova filosofia di fondo che assegna alla liquidazione giudiziale il ruolo di *extrema ratio* rispetto a tutti gli altri strumenti di soluzione della crisi (che vantano infatti una trattazione prioritaria rispetto alla domanda di apertura della procedura concorsuale maggiore), così come l'idea che la liquidazione rappresenti un fenomeno non irreparabile, ma in qualche misura connaturato alle crisi sistemiche degli ultimi anni, auspicabilmente superabile attraverso una successiva esdebitazione (su cui *infra*) e la concessione di una c.d. *second chance* attraverso la quale rientrare nel sistema produttivo e nel mercato con effetti che il legislatore ha ritenuto complessivamente più favorevoli rispetto alla emarginazione forzata dei debitori.

Tale sostituzione, peraltro, pur certamente in linea con i criteri fondamentali della più volte citata Direttiva UE n. 1083/2019, era già prevista nell'impianto originale della legge delega n. 155/2017.

Ferma tale diversa filosofia di fondo, è del pari innegabile che la liquidazione giudiziale è sostanzialmente modellata sulla disciplina del fallimento, di cui riprende – dagli art. 121 e ss c.c.i. – in buona sostanza moltissime norme già contenute nella “vecchia” legge fallimentare, tanto è vero che l’art. 2 della già citata l. n. 155/2017 prevedeva che occorresse “sostituire il termine «fallimento» e i suoi derivati con l’espressione «liquidazione giudiziale», adeguando dal punto di vista lessicale anche le relative disposizioni penali, ferma restando la continuità delle fattispecie criminose”.

Proprio in ragione di tale “continuità di disciplina” si ritiene utile in questa sede, più che un commento generale dell’istituto, semplicemente evidenziare le maggiori novità che caratterizzano la liquidazione giudiziale rispetto al fallimento, novità che vanno nella direzione – ove possibile – di incentivare l’efficienza della procedura e contenere i tempi, spesso assai dilatati, attraverso i quali è possibile pervenire alla soddisfazione dei creditori ed alla chiusura della procedura.

In sintesi, le modifiche rispetto alla precedente legge fallimentare, oltre a quanto già detto in tema di prededuzione (*retro* par. 4), riguardano quanto segue:

a) nell’ambito della c.d. istruttoria prefallimentare, il Codice (cfr. art. 42) accoglie in norma di diritto positivo alcune delle migliori prassi già utilizzate dagli uffici giudiziari di merito in ordine all’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 di cui all’art. 2, comma 1 lett. d) c.c.i., identiche a quelle già previste dall’art. 1 l.fall.), che ad evidenziare situazioni di insolvenza “pericolose” per il mercato e la tutela del credito, anche in situazioni nelle quali il credito del soggetto ricorrente che insta per l’apertura della liquidazione giudiziale non appaia di per sé particolarmente rilevante;

b) la sentenza che dispone l’apertura della procedura liquidatoria 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);

c) la relazione ex art. 33 l.fall. viene sostituita dall’art. 130 c.c.i. con una prima informativa sintetica che il curatore deve presentare al g.d. entro 30 gg. dall’apertura della procedura concorsuale, seguita da una successiva relazione particolareggiata da depositarsi entro 60 gg. dal decreto che dichiara esecutivo lo stato passivo (e quindi, tenuto conto che l’udienza per la verifica dello stato passivo è destinata a tenersi di regola entro 120 gg. dalla sentenza che apre la liquidazione giudiziale, di norma la relazione particolareggiata dovrà depositarsi entro 180 gg. da tale momento);

d) a sua volta, l’art. 213 incide sul programma di liquidazione: i tempi per la sua redazione scendono a 150 gg. dalla pronuncia della sentenza (invece dei 180 gg. già previsti); si prevede inoltre che il primo esperimento di vendita dei beni ricompresi nell’attivo debba svolgersi entro

8 mesi dall'apertura della procedura, mentre sono stati mantenuti dal d.lgs. n. 83/2022 i termini massimi di 5 anni (in casi eccezionali 7 anni) per completare l'attività liquidatoria (qui si nota forse un incongruo allungamento rispetto ai 2 anni previsti dal precedente art. 104 ter l.fall., peraltro quasi mai rispettati nella pratica);

e) il nuovo art. 166 c.c.i. prevede che il computo del periodo "sospetto" entro il quale individuare atti, pagamenti e garanzie revocabili non decorra più – a ritroso – dalla pronuncia di fallimento, bensì dal "deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale": si tratta di una novità importante che "sterilizza", a favore del rispetto della *par condicio creditorum*, i tempi spesso non brevi dell'istruttoria prefallimentare che, a volte, finivano per rendere di fatto irrevocabili atti e garanzie concesse dal fallito (il c.d. consolidamento). Sarà quindi possibile ottenere la revocatoria di atti e pagamenti "anormali" compiuti dopo il deposito del ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale o nell'anno precedente, come pure di quelli "normali" fino ai sei mesi precedenti tale nuovo indicatore;

f) i nuovi artt. 184 e 185 c.c.i. dispongono che, in caso di recesso del curatore dai contratti di affitto d'azienda o di locazione immobiliare pendenti al momento dell'apertura della liquidazione, l'eventuale indennizzo dovuto alla controparte *in bonis* sia "insinuato al passivo come debito concorsuale", mentre nella previgente legge fallimentare si attribuiva espressamente la qualità di credito prededuttivo;

g) l'art. 201 c.c.i. dispone che oltre chedomande di ammissione al passivo di un credito o di restituzione o rivendicazione di beni mobili o immobili compresi nella procedura, sia possibile, con le stesse forme della richiesta di ammissione al passivo, proporre domanda "di partecipazione al riparto delle somme ricavate dalla liquidazione di beni compresi nella procedura ipotecati a garanzia di debiti altrui": la norma intende così risolvere definitivamente un contrasto giurisprudenziale che recentemente ha portato alla sua rimessione alle S.U. con l'ordinanza interlocutoria della Prima sezione n. 18337/2022 del 7 giugno 2022;

h) in tema di liquidazione dell'attivo, l'art. 211 c.c.i. dispone che l'apertura della procedura non determina di per sé la cessazione dell'attività di impresa, ma il successivo rinvio alle medesime condizioni già previste dall'art. 104 l.fall. per il c.d. esercizio "provvisorio" (di cui la nuova norma però espunge l'aggettivazione) sembrerebbe togliere gran parte del carattere innovativo della disposizione; resta tuttavia un dato normativo inedito che probabilmente, a differenza del passato, comporterà che la sentenza di apertura della procedura dovrà contenere un passaggio motivazionale sul perché non sussistono i presupposti per proseguire l'attività di impresa;

i) il d.lgs. n. 83/2022 è intervenuto sull'art. 216 c.c.i. limitando il ruolo del g.d. nelle vendite e riportando 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.);

l) l'art. 234 c.c.i. è stato specificamente dedicato alla chiusura c.d. "anticipata" della procedura liquidatoria, quando vi siano liti pendenti; la norma costituisce l'evoluzione di quanto già previsto all'art. 118 l.fall. a seguito della novella disposta con d.l. 27 giugno 2015, n. 83 convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015 n. 132, ed intende agevolare l'utilizzo di questo istituto al fine di contrarre i tempi di quelle procedure che, dopo aver già terminato la fase di liquidazione, siano aperte in attesa della definizione di giudizi dai quali potrebbe provenire ulteriore attivo in favore dei creditori;

m) il concordato nella liquidazione giudiziale (già concordato fallimentare), qualora proposto dallo stesso debitore o da società a cui partecipi o sottoposte a comune controllo, dovrà necessariamente incrementare l'attivo destinato ai creditori di almeno il 10% (vds. art. 240 c.c.i.), anche in questo caso mostrandosi il disfavore del legislatore per le soluzioni liquidatorie provenienti dallo stesso debitore.

13. Novità in tema di sovraindebitamento.

Come noto, le procedure volte al superamento di una situazione di sovraindebitamento sono state introdotte nel nostro ordinamento dalla l. 3/2012 e ss. modd., riguardando fondamentalmente i soggetti "non fallibili" per dimensione o natura (c.d. imprese "sotto soglia" e debitori non imprenditore commerciali, quali ad es., ma non solo, imprese agricole e consumatori).

Le novità contenute nel Codice rispetto a tale impianto originario sono molteplici, come ad esempio la previsione di procedure volte a superare il sovraindebitamento familiare, l'esdebitazione dei soggetti incapienti o la più ampia legittimazione processuale riconosciuta al liquidatore della liquidazione controllata (già liquidazione del patrimonio). Tuttavia, gran parte di esse sono già state anticipate nel nostro ordinamento attraverso il c.d. Ristori e la successiva legge di conversione 18 dicembre 2020, n. 176, sì che, per semplicità, può dirsi che le novità assolute sono senz'altro non particolarmente rilevanti.

Quella principale – oltre alla trasformazione dell'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento in concordato minore di cui agli artt. 74 e ss. c.c.i. – è data, con ogni probabilità, dalla trasformazione della procedura di liquidazione del patrimonio dei soggetti sovraindebitati, in liquidazione controllata, disciplinata dagli artt. 268 e ss. In particolare, la liquidazione controllata potrà essere aperta non più solo ad istanza dello stesso debitore ma, così come quella "maggiore", anche a seguito di iniziativa di uno o più creditori. La novità potrebbe avere un forte impatto sulle aule di giustizia, presentandosi oggi come un'alternativa alla via delle procedure esecutive individuali tale da consentire l'apertura di una sorta di "fallimento minore" sul patrimonio di qualunque debitore.

Proprio per evitare un eccessivo proliferare di questa nuova procedura, il d.lgs. n. 22/2022 ha escluso una legittimazione attiva del P.M. (spiegabile anche per l'esigenza di concentrare le sue forze sulle imprese maggiori, solo per le quali è possibile l'accertamento di reati "fallimentari") ed ha previsto che l'istanza del creditore possa riguardare solo debitori in stato di insolvenza, purché al momento della decisione l'ammontare dei debiti scaduti e non

pagati superi una soglia minimale di 50.000 Euro (quindi superiore alla soglia minimale di Euro 30.000 prevista all'esito dell'istruttoria prefallimentare per le imprese "maggiori").

14. L'esdebitazione "di diritto".

L'esdebitazione consente ad un debitore "fallito" di ottenere, in presenza di alcuni requisiti soggettivi di meritevolezza ed oggettivi, la cancellazione della parte di debiti non integralmente soddisfatti nel corso della procedura concorsuale. Il nuovo Codice della crisi potenzia tale istituto, in linea generale sostituendo il fallimento con la liquidazione giudiziale e, più in particolare, estendo l'esdebitazione alle persone giuridiche e rendendo il beneficio sostanzialmente automatico, ma a contraddittorio differito, nel senso che in tanto l'esdebitazione è concessa salva successiva opposizione (motivata) da parte dei creditori non integralmente soddisfatti. L'esdebitazione verrà concessa in sede di chiusura della procedura o decorsi tre anni dalla sua apertura (due in caso di tempestiva richiesta di composizione assistita della crisi). Peraltro, la disciplina transitoria prevista dall'art. 390, comma 2 c.c.i. allontana nel tempo l'applicazione pratica dell'istituto come riformato dal Codice (considerato che l'esdebitazione di diritto si dovrebbe applicare, ragionevolmente, alle sole procedure di liquidazione giudiziale aperte dopo l'entrata in vigore delle norme di nuovo conio). V'è da aggiungere che in concreto l'esdebitazione presuppone per poter operare che il debitore sia stato assoggettato o alla liquidazione giudiziale (che ha preso il posto del fallimento), ed in tal caso opereranno le norme degli artt. 278-281 c.c.i., oppure alla procedura di liquidazione controllata del sovraindebitato, ed in tal caso opereranno le norme contenute negli artt. 282-283, seppure integrate dalle precedenti e, in particolare, dalle condizioni ostative di cui all'art. 280, ovvero quando ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode (questa seconda limitazione è stata inserita dal c.d. Correttivo, escludendo invece il precedente rinvio all'art. 69 c.c.i. per il solo consumatore: si può pertanto ritenere che si sia voluto forse irrigidire il presupposto applicativo soggettivo, rendendolo generale per tutti i debitori sovraindebitati sottoposti a liquidazione controllata).

Rientrano nel campo applicativo delle nuove norme tanto i debitori persone fisiche, siano essi sottoposti a liquidazione direttamente in proprio, sia i soggetti persone fisiche «liquidati di rimbalzo» o meglio in estensione, come i soci illimitatamente responsabili della società sottoposta a liquidazione giudiziale, ex art. 256 c.c.i. Vi rientrano poi i debitori persone fisiche che esercitano attività non commerciale, siano essi consumatori, professionisti o imprenditori che siano sottoposti ad una procedura di liquidazione controllata del sovraindebitato. Il nuovo Codice prevede altresì la possibile esdebitazione delle società. In ogni caso il legislatore sembra aver mantenuto come necessaria la sussistenza di plurimi requisiti soggettivi di meritevolezza, di cui all'art. 280 c.c.i. Quando invece l'esdebitazione riguardi una Società (sia essa direttamente operativa, ma anche holding), fermo naturalmente che deve trattarsi di soggetto nei cui confronti sia stata aperta la procedura di liquidazione giudiziale o controllata, i requisiti di meritevolezza – come richiedeva lo stesso principio di delega – dovranno essere verificati in capo ad amministratori e soci.

La direttiva (UE) del 20 giugno 2019, n. 1023 (c.d. direttiva *Insolvency*) si occupa in più punti di esdebitazione. Il considerando n. 72 rileva che "gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o un'attività professionale liberale autonoma possono correre il rischio di diventare insolventi. Le diversità tra gli Stati membri relative alla seconda opportunità possono incentivare gli imprenditori sovraindebitati o insolventi a trasferirsi in uno Stato membro diverso dallo Stato membro in cui sono stabiliti per trarre vantaggio da tempi di esdebitazione più brevi o condizioni di esdebitazione più interessanti, con un conseguente aumento dell'incertezza giuridica e dei costi di recupero crediti per i creditori. Inoltre, gli effetti dell'insolvenza, in particolare la stigmatizzazione sociale, le conseguenze giuridiche, quali l'interdizione dell'imprenditore dall'accesso all'attività imprenditoriale e dal suo esercizio, e la persistente incapacità di far fronte ai propri debiti sono un forte deterrente per gli imprenditori che intendono avviare un'attività o ottenere una seconda opportunità, anche se è dimostrato che gli imprenditori dichiarati insolventi hanno maggiori probabilità di riuscire la seconda volta".

Ancora, il considerando n. 75 afferma che "si dovrebbe poter accedere all'esdebitazione in procedure che comprendono un piano di rimborso, la realizzazione dell'attivo o una combinazione di entrambi", specificando che detta possibilità dovrebbe poter essere realizzata "entro un periodo non superiore a tre anni". Si può quindi affermare che le norme del codice si pongano in linea con le istanze sovranazionali in materia. Peraltro, il decreto attuativo della citata direttiva e modificativo, *in parte qua*, del Codice della crisi, ha opportunamente novellato questa disposizione, prevedendo specificamente che il conseguimento dell'esdebitazione determina la cessazione di ogni causa di ineleggibilità o decadenza collegata alla condizione di fallito (*rectius* sottoposto a procedura di liquidazione giudiziale). Il legislatore della riforma ha così voluto sottolineare, opportunamente, che solo la rimozione di ogni conseguenza negativa di carattere soggettivo, oltre alla dimensione oggettiva della liberazione dai debiti non soddisfatti nella procedura liquidatoria, può consentire una concreta ed efficace *second chance*. Viene in rilievo, in primo luogo, l'art. 2382 c.c., che prevede la ineleggibilità alla carica di amministratore o la decadenza, se già in carica, per il "fallito". Più in generale la norma comporta il venir meno di altre decadenze come la perdita della possibilità di esercitare alcune professioni (avvocato, titolare di farmacia, geometra), con cancellazione dai relativi albi professionali, come pure la perdita della capacità di assumere determinati uffici (tutore o curatore; giudice popolare; esattore delle imposte; amministratore, liquidatore o sindaco di società per azioni).

La nuova disposizione non è una inutile duplicazione di quanto prevede l'art. 236 c.c.i., in linea con il precedente art. 120 l.f., secondo cui la chiusura della procedura di liquidazione giudiziale comporta la cessazione delle incapacità personali collegate alla pendenza della procedura (in precedenza qualità di fallito). Infatti, la nuova esdebitazione codicistica, può essere conseguita allo scadere di un triennio, se la procedura non è stata ancora chiusa, sì che la disposizione consente una anticipazione della cessazione di decadenze o incapacità soggettive, attraverso l'esdebitazione "anticipata", pur se la liquidazione debba, ad es. per

difficoltà a collocare sul mercato i beni dell'attivo o derivanti dalla pendenza di giudizi, proseguire ulteriormente il proprio corso.

Si deve ritenere che l'esdebitazione "anticipata" non determini, tuttavia, il riacquisto della legittimazione processuale del debitore per quei rapporti di carattere patrimoniale che siano ricompresi nella procedura liquidatoria, anche se il curatore non abbia ancora esercitato la relativa azione, pena un inammissibile depotenziamento delle funzioni gestorie del curatore ed una incongrua sovrapposizione di legittimazioni concorrenti.

Ai sensi dell'art. 280 c.c.i. le condizioni per ottenere l'esdebitazione richiedono che il debitore:

a) non sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per bancarotta fraudolenta o per delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio, o altri delitti compiuti in connessione con l'esercizio dell'attività d'impresa, salvo che per essi sia intervenuta la riabilitazione. Se è in corso il procedimento penale per uno di tali reati o v'è stata applicazione di una delle misure di prevenzione di cui al d.lgs. n. 159, legislativo 6 settembre 2011, il beneficio può essere riconosciuto solo all'esito del relativo procedimento;

b) non abbia distratto l'attivo o esposto passività insussistenti, cagionato o aggravato il dissesto rendendo gravemente difficoltosa la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari o fatto ricorso abusivo al credito;

c) non abbia ostacolato o rallentato lo svolgimento della procedura e abbia fornito agli organi ad essa preposti tutte le informazioni utili e i documenti necessari per il suo buon andamento;

d) non abbia beneficiato di altra esdebitazione nei cinque anni precedenti la scadenza del termine per l'esdebitazione;

e) non abbia già beneficiato dell'esdebitazione per due volte.

Nel previgente sistema della legge fallimentare, Cass. n. 16620/2016 aveva affermato che in tema di esdebitazione, la condizione di soddisfacimento almeno parziale dei creditori concorsuali, prevista dall'art. 142, comma 2 l.fall., deve intendersi realizzata anche quando talune categorie di creditori (nella specie, i creditori chirografari) non abbiano ricevuto alcunché in sede di riparto. Trattasi di un principio consolidato almeno a decorrere da Cass. S.U., n. 11279/2011. Il S.C. ha peraltro recentemente offerto una interpretazione particolarmente largheggiante di questo presupposto, in linea con il *favor debitoris* che caratterizza l'istituto, stabilendo che il giudice di merito, cui spetta l'apprezzamento in concreto del beneficio, possa escludere l'esdebitazione solo quando la misura del soddisfacimento dei creditori risulti del tutto irrisoria (Cass. n. 15246/2022).

14.1. L'esdebitazione del debitore incapiente.

Si deve inoltre evidenziare che l'art. 283 c.c.i. riconosce al debitore persona fisica meritevole, non sottoponibile alla liquidazione giudiziale ma sovraindebitata, che non sia in grado di offrire ai propri creditori alcuna utilità, la possibilità di accedere per una sola volta all'esdebitazione. Il soggetto, dopo il ricorso presentato tramite l'O.C.C. entra in una sorta di

amministrazione "vigilata", che prevede che entro 4 anni dal provvedimento del giudice egli debba procedere al pagamento dei debiti se sopravvengono utilità rilevanti che consentano un soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore al 10%, con la precisazione che non sono considerate utilità, al detto fine, i finanziamenti, in qualsiasi forma erogati.

Si tratta di un procedimento di speciale favore, come si ricava anche dal fatto che i compensi dell'O.C.C. sono ridotti alla metà. Il provvedimento del giudice verifica l'assenza di frode o colpa grave nella formazione dell'indebitamento ed indica le modalità ed i termini entro i quali il debitore deve presentare, sotto pena di revoca, le dichiarazioni annuali circa le sopravvenienze rilevanti per soddisfare i creditori. I creditori possono fare opposizione entro 30 gg. dalla comunicazione del decreto del giudice. La circostanza che questo tipo di esdebitazione sia concessa "*una tantum*" ne descrive in termini netti la caratteristica di beneficio eccezionale, non rinnovabile.

A parere dello scrivente la circostanza che l'art. 283 c.c.i. riconosca la possibilità di esdebitazione anche al debitore "non liquidabile" incapiente, deve portare a ritenere applicabile tale possibilità – salva una possibile lettura incostituzionale dell'istituto – anche al caso di liquidazione giudiziale: si potrà pertanto cercare di ottenere il beneficio anche per il soggetto liquidato la cui procedura era priva di attivo, pur se in tal caso i presupposti oggettivi e soggettivi dovranno essere valutati con maggior rigore, in particolare accertando che l'imprenditore non si fosse posto volontariamente in una situazione di incapacienza prima dell'apertura della liquidazione, al fine di danneggiare o frodare i creditori.

Il ricorso sarà così possibile – almeno secondo la lettura che si è ritenuto di adottare – anche laddove allo scadere del triennio non siano stati eseguiti per nulla riparti, neppure parziali, a favore dei creditori, purché sussista una situazione di meritevolezza del debitore, ed una conferma in questo senso sembra trarsi anche dall'art. 281, comma 5 c.c.i. Resta aperto il problema se possa altresì mutuarsi dall'art. 283 c.c.i. la necessità di destinare ai creditori anteriori le utilità sopravvenute nell'arco di quattro anni dalla concessione del beneficio, aspetto che concretandosi in un vincolo di soddisfacimento sui beni ed opponibile *erga omnes*, non sembra facile desumere in via puramente interpretativa.

15. Riflessi processuali ed organizzativi.

Ragioni di sintesi portano in questa sede ad accennare ad alcune ricadute o novità che il Codice comporta sul piano processuale o sui profili organizzativi degli uffici giudiziari.

Con elencazione necessariamente non esaustiva si possono qui ricordare:

a) l'art. 9 c.c.i. afferma espressamente che, salvo specifica e difforme disposizione, ai procedimenti disciplinati dal nuovo Codice non si applica la sospensione feriale dei termini di cui all'art. 1 della legge 7 ottobre 1969, n. 752;

b) l'art. 5 comma 4 stabilisce un criterio – peraltro non nuovo – di priorità di trattazione delle controversie in cui è parte un organo nominato dall'autorità giudiziaria o amministrativa nell'ambito degli strumenti e procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, nonché nei procedimenti in cui sia comunque parte un soggetto nei cui confronti è aperta una delle

procedure previste nel Codice; si prevede infatti che il capo di ciascun ufficio trasmetta annualmente al Presidente della Corte d'Appello i dati relativi al numero ed alla durata di tali procedimenti, indicando le disposizioni adottate per assicurarne la celere trattazione, di cui lo stesso Presidente della Corte d'appello deve dar conto nella propria relazione annuale sull'amministrazione della giustizia;

c) la stessa norma persegue altresì finalità di trasparenza, rotazione ed efficienza nelle nomine dei professionisti, da parte delle commissioni territorialmente competenti per la composizione negoziata o dall'autorità giudiziaria o amministrativa, con oneri specifici dettati per gli uffici di merito di primo grado (a tal proposito si segnala la recente pubblicazione, sulla G.U. n 143 del 21 giugno 2022, del d.m. n. 75/2022, contenente le regole di attuazione dell'albo dei gestori della crisi d'impresa);

d) più in generale vengono dettate, nella sez. II del Capo IV del Titolo terzo del codice, disposizioni atte a realizzare il c.d. "procedimento unitario" le cui caratteristiche, delineate dagli artt. 40 e ss. ed ispirate essenzialmente ai principi della concentrazione e riunione dei procedimenti o delle domande riguardanti lo stesso debitore e della priorità di trattazione degli strumenti di possibile soluzione della crisi rispetto alle domande di apertura della liquidazione giudiziale, sembrano riguardare essenzialmente gli uffici giudiziari di merito;

e) da notare che in base al comma 13 dell'art. 51 il termine per proporre ricorso per Cassazione avverso la decisione della Corte d'appello su reclamo nei confronti della sentenza del tribunale che pronuncia sull'omologazione del concordato preventivo, del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione o degli accordi di ristrutturazione oppure dispone l'apertura della liquidazione giudiziale "è di trenta giorni dalla notificazione"; il successivo comma 14 aggiunge che il ricorso per cassazione non sospende l'efficacia della sentenza ma si applica, in quanto compatibile, l'art. 52 (che disciplina un procedimento avanti alla corte d'appello volto a sospendere temporaneamente la liquidazione dell'attivo, la formazione del passivo o il compimento di atti di gestione, come pure ottenere l'inibitoria, in tutto od in parte, dell'attuazione del piano o dei pagamenti se ricorrono gravi e fondati motivi, ovvero ancora adottare opportune tutele per i creditori e per la continuità aziendale);

f) da sottolineare la presenza dell'art. 362 c.c.i. (con rubrica "trattazione delle controversie concorsuali presso la Corte di Cassazione"), il quale dispone che "presso la Corte di cassazione, alla sezione incaricata della trattazione delle controversie di cui al presente codice, sono destinati magistrati nel numero richiesto dalle esigenze del servizio, tenuto conto dei procedimenti pendenti e pervenuti e dell'urgenza della definizione. L'assegnazione del personale di magistratura alla sezione di cui al comma 1 ha luogo nei limiti della dotazione organica vigente". La relazione di accompagnamento afferma che "l'articolo in oggetto mira ad assicurare la celerità nella definizione delle controversie "concorsuali" e perciò prevede la destinazione alla sezione cui è assegnata presso la Corte di cassazione la trattazione della materia di magistrati in numero congruo rispetto ai procedimenti pendenti e pervenuti e dell'urgenza della definizione";

g) in tema di specializzazione dei giudici destinati alla trattazione delle procedure concorsuali, il Codice ha abbandonato l'idea iniziale della Commissione Rordorf di prevedere una riorganizzazione della geografia giudiziaria, con l'accorpamento e la creazione di apposite sezioni specializzate, con competenza su più circondari vicini: l'art. 27 c.c.i. dà invece rilievo, ai fini della competenza territoriale, al c.d. comi (*centre of main interest*) del debitore; va invece dato conto di una recente novità ordinamentale extracodicistica, rappresentata dall'art. 35 ter della legge n. 233/2021, secondo cui *"il magistrato che svolge, anche in misura non prevalente, le funzioni di giudice delegato alle procedure concorsuali da non più di otto anni assicura la propria formazione e il proprio aggiornamento professionale e, a tale fine, è tenuto a frequentare, in ciascun anno decorrente dalla data di assunzione di tali funzioni, almeno due corsi di formazione e aggiornamento banditi dalla Scuola superiore della magistratura nella materia concorsuale. 2. L'assolvimento degli obblighi di formazione e di aggiornamento di cui al comma 1 costituisce specifico indicatore della capacità di cui all'articolo 11, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 5 aprile 2006, n. 160, da inserire nei rapporti informativi redatti ai fini dei pareri per il conseguimento delle valutazioni di professionalità. 3. In caso di trasferimento ad altro ufficio, la formazione e l'aggiornamento in conformità a quanto previsto dal comma 1 e la positiva esperienza maturata per non meno di tre anni nella materia concorsuale costituiscono criteri di prevalenza nell'assegnazione di posti che comportano la trattazione di procedimenti nella medesima materia. 4. Al magistrato che ha svolto in misura prevalente le funzioni di giudice delegato alle procedure concorsuali per almeno otto anni presso lo stesso ufficio giudiziario è assegnato un punteggio aggiuntivo in caso di partecipazione a bandi di concorso ordinari per il trasferimento ad altro ufficio. 5. Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Consiglio superiore della magistratura adotta i necessari provvedimenti attuativi"*.

Sul testo di tale norma risulta che il CSM abbia adottato la delibera del 20 aprile 2022, con la quale l'organo di autogoverno ha espresso talune perplessità tecniche e, ferma una valutazione positiva delle finalità di fondo della norma, avviato una interlocuzione con il ministero.

(Red. Alessandro Farolfi)

Il Direttore Aggiunto
(Antonietta Scrima)

Il Direttore
(Maria Acierno)

ALLEGATI

(la numerazione segue l'ordine di citazione nel testo)

NORMATIVA

1. Direttiva UE 2019/1023, del 20 giugno 2019
2. D.lgs. 17 giugno 2022, n. 83
3. Relazione tecnica e illustrativa al d.lgs. n. 83/2022
4. D.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito con modifiche dalla l. 21 ottobre 2021 n. 147

DOTTRINA

1. AMBROSINI, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, in www.ilcaso.it, *Ristrutturazioni aziendali*
2. STANGHELLINI, *Il Codice della crisi dopo il d.lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della direttiva europea in materia di "quadri di ristrutturazione preventiva"*, in www.ilcaso.it, *Ristrutturazioni aziendali*
3. ZANICHELLI, *Commento a prima lettura del decreto legislativo 17 giugno 2022 n. 83, pubblicato in G.U. il 1° luglio 2022*, in www.ildirittodellacrisi.it
4. BASTIA, *Crisi e insolvenza dopo il codice della crisi*, in www.ilcaso.it, *Ristrutturazioni aziendali*
5. PACCHI, *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi: così è se vi pare*, in www.ilcaso.it, *Ristrutturazioni aziendali*
6. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, e FAROLFI, *La liquidazione del patrimonio*, in *Il Fallimento*, n. 12/2021, *La composizione negoziata e le altre misure che anticipano il Codice della crisi* (numero monografico che raccoglie contributi a commento del d.l. 118/2021).
7. CENSONI, *Il concordato «semplificato»: un istituto enigmatico*, in www.ilcaso.it, *Ristrutturazioni aziendali*
8. LEUZZI, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in www.ildirittodellacrisi.it
9. CARLONI-IANNACCONE, *Il piano attestato di risanamento nel nuovo codice della crisi*, in www.ilcaso.it, *Ristrutturazioni aziendali*
10. ABRIANI, *Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa*, in www.ildirittodellacrisi.it
11. BOZZA, *Il Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in www.dirittodellacrisi.it
12. BONFATTI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in www.ildirittodellacrisi.it
13. PAGNI-FABIANI, *I giudizi di omologazione nel Codice della crisi*, in www.ildirittodellacrisi.it