

RISTRUTTURAZIONI AZIENDALI

# Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

ISSN 2785-6348

Rivista trimestrale  
Fascicolo n. 3/2023

**Speciale**  
**Codice della crisi**  
**dopo il d.lgs. n. 83/2022**  
**- Parte terza -**

## **Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali**

*Dottrina e giurisprudenza commentata*

Rivista trimestrale – ISSN 2785-6348

Direttore responsabile: **Paola Castagnoli**

Editore: Centro Studi Giuridici - APS, con Sede in Luzzara (RE), Via Grandi n. 5. Associazione di promozione sociale, iscritta nel Registro Provinciale delle Associazioni di Promozione Sociale della Provincia di Reggio Emilia al n. 53298/31, a far tempo dal 2 novembre 11/11.

P.IVA: 02216450201; C.F.: 01762090205.

# **Quaderni** di **Ristrutturazioni Aziendali**

## **DIRETTORI**

Stefano Ambrosini e Franco Benassi

## **COMITATO SCIENTIFICO**

### **Presidente**

Alberto Maffei Alberti

### **Componenti**

Alberto Jorio, Alessandro Nigro, Girolamo Bongiorno, Sabino Fortunato, Paolo Felice Censoni, Stefania Pacchi, Giuseppe Niccolini, Gabriele Racugno, Marco Arato, Fabrizio Guerrera, Gianvito Giannelli, Francesco Fimmanò, Paolo Valensise, Rolandino Guidotti, Vittorio Minervini, Edgardo Ricciardiello, Antonio Didone, Mauro Pizzigati, Giuseppe Fauceglia, Giustino Di Cecco, Giuseppe Melis, Aldo Angelo Dolmetta, Marco Ventoruzzo, Giovanni Caruso, Gianfranco Capodaglio, Maurizio Dallochio, Paolo Bastia, Alberto Quagli, Francesco Perrini, Alessandro Danovi, Fabio Serini, Andrea Perini, Federico Casa.

# **Quaderni** di **Ristrutturazioni Aziendali**

## **COMITATO TECNICO**

### **Coordinatori**

Edgardo Ricciardiello e Andrea Panizza

### **Componenti**

Chiara Boldrin, Riccardo Bonivento, Daniela Carloni, Laura Cristini, Francesca Crivellari, Guido Doria, Gabriele Maria Genovese, Fabio Iozzo, Francesco Liuzzo, Barbara e Veronica Maffei Alberti, Marco Malesani, Nicoletta Michieli, Stefano Midolo, Ivan Libero Nocera, Simone Pesucci, Paolo Rinaldi, Fabio Sebastiano, Andrea Sola, Carla Scribano, Giovanni Staiano.

## **COMITATO PER LA VALUTAZIONE**

### **Presidente**

Antonio Nuzzo

### **Componenti**

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

# Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

## NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

I contributi destinati alle sezioni "Focus" "Documenti" e "Recensioni" possono essere previo controllo di qualità effettuato dai direttori della Rivista.

I direttori trasmettono, in forma anonima, ai *referee* della Rivista i contributi a ciascuno di loro pervenuti.

In casi eccezionali, e comunque in percentuale assolutamente limitata, la responsabilità della verifica di qualità e dell'idoneità alla pubblicazione può essere assunta da uno dei direttori della Rivista, previa specifica motivazione. La scelta dei *referee* viene effettuata di volta in volta in base alla specifica competenza sull'argomento, e comunque con criteri di rotazione.

Il *referee*, al più presto, e comunque entro 15 giorni, trasmette al direttore responsabile la scheda appositamente predisposta con la sua valutazione in ordine alla qualità del lavoro ed alla idoneità alla pubblicazione. Le tre possibili valutazioni sono le seguenti: meritevole di pubblicazione, non meritevole di pubblicazione, meritevolezza di pubblicazione ma con modifiche ed integrazioni. Nel primo caso il *referee* non esprime alcuna motivazione, nel secondo caso esprime una sintetica motivazione, nel terzo caso indica sinteticamente modifiche ed integrazioni da apportare. Non è escluso peraltro che il *referee*, in caso di valutazione negativa, possa, a sua discrezione, voler formulare una serie di osservazioni, da trasmettere all'autore, per una sostanziale revisione del lavoro al fine di renderlo pubblicabile.

In caso di valutazione positiva del lavoro il direttore responsabile comunica all'autore il risultato e provvede ad inviarlo agli addetti alla pubblicazione. In caso di valutazione negativa del lavoro il direttore responsabile comunica all'autore il risultato, mantenendo segreto il nome del *referee*.

Nel caso di lavoro meritevole di pubblicazione con modifiche ed integrazioni, il direttore responsabile comunica all'autore il risultato, segnalando le eventuali modifiche ed integrazioni da apportare, salvo successiva verifica. In caso di esito negativo, la direzione della Rivista si riserva la facoltà, qualora ritenga comunque utile la pubblicazione, di pubblicare il lavoro nelle rubriche non oggetto di referaggio, con specifica indicazione.

**Quaderni**  
di  
**Ristrutturazioni Aziendali**  
**Anno 2023 – Fascicolo III**

**Speciale**  
**Codice della crisi**  
**dopo il d.lgs. n. 83/2022**  
**- Parte terza -**

**Sommario**

**Sezione I – Dottrina**

<b>ALBERTO MAFFEI ALBERTI</b> , <i>L'interesse dei creditori e la continuazione dell'attività nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: un'analisi trasversale</i> .....	4
<b>STEFANIA PACCHI</b> , <i>I canoni per la gestione dell'impresa nel codice della crisi e dell'insolvenza</i> .....	13
<b>STEFANO AMBROSINI</b> , <i>Classificazione del ceto creditorio, moratoria dei privilegiati e contenuti del piano e dell'attestazione nel concordato preventivo riformato</i> .....	48
<b>MARINA SPIOTTA</b> , <i>“Utilità solidale” nel Codice della crisi: un ossimoro solo apparente</i> .....	76
<b>EDGARDO RICCIARDIELLO</b> , <i>Il piano di ristrutturazione omologato: un caso di “concorrenza sleale” tra istituti?</i> .....	90

**MARCO AIELLO**, *Il buon andamento della pubblica amministrazione nella gestione dei crediti tributari e contributivi* ..... 123

**GIULIO ANDREANI**, *Le limitazioni del cram down fiscale nell'ADR introdotte dal decreto-legge 13 giugno 2023, n. 69, convertito nella legge 10 agosto 2023, n. 103* ..... 133

## **Sezione II – Giurisprudenza**

*Non irragionevolezza del piano e nuova finanza “non implausibile”: too big to fail? (il caso Cimolai)* - Tribunale di Trieste, 15 settembre 2023 ..... 153

*L'omologazione della domanda ex art. 112, c. 2, CCII: prime applicazioni* - Tribunale di Lucca, 25 luglio 2023 ..... 170

*Concordato preventivo in continuità diretta, riconoscimento del diritto di voto ai creditori privilegiati pagati oltre i 180 giorni e libera distribuzione della finanza esterna da apporto di capitale* - Tribunale di Treviso, 10 luglio 2023 ..... 183

*Il Tribunale di Milano sancisce la non emendabilità di un'attestazione gravemente lacunosa* – Tribunale di Milano, 15 settembre 2023 ..... 191

*Attestazione inidonea: il Tribunale di Brescia smentisce quello di Milano* - Tribunale di Brescia, 29 giugno 2023 ..... 195

**Quaderni**  
di  
**Ristrutturazioni Aziendali**  
**Anno 2023 – Fascicolo III**

**Sezione I - Dottrina**

## L'INTERESSE DEI CREDITORI E LA CONTINUAZIONE DELL'ATTIVITÀ NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA: UN'ANALISI TRASVERSALE\*

ALBERTO MAFFEI ALBERTI

SOMMARIO: 1. Il conflitto tra creditori e la soluzione alternativa alla liquidazione giudiziale; 2. La gestione dell'impresa nell'interesse dei creditori; 3. Il soddisfacimento dei creditori e la convenienza; 4. La continuazione dell'attività d'impresa; 5. Il concordato preventivo in continuità; 6. L'inadeguata tutela dell'occupazione.

### **1. Il conflitto tra creditori e la soluzione alternativa alla liquidazione giudiziale**

Un argomento che ha attirato la mia curiosità è il ruolo rivestito dall'interesse dei creditori nel recente codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza.

La curiosità è alimentata dal fatto che nella disciplina dettata dal codice sembra evidente la tutela dell'attività d'impresa, sì che ne deriva, *in nuce*, la possibilità di un conflitto con l'interesse dei creditori.

Possiamo partire dall'ipotesi più semplice: quella che riguarda il conflitto tra uno o più creditori o la massa dei creditori e la soluzione alternativa rispetto alla liquidazione giudiziale.

L'articolo 25 *sexies*, comma V, prevede che il tribunale omologa il concordato semplificato quando rileva che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

L'art. 64 *bis*, comma 8, a proposito del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione<sup>1</sup>, occupandosi dell'opposizione di un creditore dissenziente per

---

\* Il presente contributo, destinato a un volume collettaneo a cura di Stefano Ambrosini.

<sup>1</sup> Sull'istituto v. BOZZA, *Il Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in *Dirittodellacrisi.it*, 7 giugno 2022; BONFATTI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad*

difetto di convenienza della proposta, detta il principio per cui l'opposizione va respinta quando il credito risulti soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

La soluzione è poi ripetuta molte altre volte: si vedano l'art. 62, comma 2, lett. c; l'art. 63, comma 1 e 2 *bis*; l'art. 64 *bis*, comma 8; l'art. 70, comma 9; l'art. 75, comma 2; l'art. 80, comma 3; l'art. 84, comma 1 e 5; l'art. 88, comma 2 e 2 *bis*; l'art. 112, comma 3 e 5; l'art. 240, comma 4; l'art. 245, comma 5.

In tutte queste norme, sia pure a vario titolo, il riferimento per risolvere il conflitto è quello derivante dalla liquidazione giudiziale, vista come prova di resistenza. Ma quello che preme evidenziare è che ciò che viene tenuto in considerazione è soltanto il migliore (*recte*: non deteriore) soddisfacimento del o dei creditori. La soluzione alternativa in tanto può avere luogo in quanto rappresenti per i creditori un risultato più favorevole (o comunque non peggiore) rispetto a quello ottenibile attraverso la procedura di liquidazione giudiziale.

Non sembra invece essere tenuto in considerazione il valore connesso alla continuazione dell'attività d'impresa.

## 2. La gestione dell'impresa nell'interesse dei creditori

Più complesso il panorama quando si affronta il problema sul piano di altri principi.

L'art. 4, comma 2, lett. c, stabilisce che, durante i procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, il debitore ha il dovere di gestire il patrimonio o l'impresa nell'interesse prioritario dei creditori<sup>2</sup>.

L'art. 16, comma 4, precisa ulteriormente che l'imprenditore ha il dovere di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori.

L'art. 21 detta poi, in pendenza delle trattative, cautele particolari per il compimento di atti che possano arrecare pregiudizio ai creditori e precisa, al primo comma, che l'imprenditore insolvente, quando esistano concrete prospettive di risanamento, deve gestire l'impresa nel prevalente interesse dei creditori.

---

*omologazione*, in *Dirittodellacrisi.it*, 15 agosto 2022; AMBROSINI, sub *art. 64 bis*, in MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve al codice della crisi e dell'insolvenza*, Padova, 2023 (in corso di stampa); PANZANI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in AMBROSINI (a cura di), *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, Bologna, 2022, 711 ss.

<sup>2</sup> PANZANI, *I doveri delle parti*, in *Dirittodellacrisi.it*, 14 settembre 2022.

La stessa locuzione “gestione nel prevalente interesse dei creditori” è ripetuta dall’art. 64 *bis*, comma 5, a proposito del piano di ristrutturazione soggetto a omologazione.

Cosa significa tutto questo? Per quanto riguarda il patrimonio la risposta è semplice: il patrimonio non può essere pregiudicato da atti di distrazione o comunque rivolti a impoverirlo.

Ma l’interrogativo più complesso è quello che riguarda la prosecuzione dell’attività d’impresa nell’interesse dei creditori. Credo non significhi altro se non gestire l’attività d’impresa correttamente, cosa che, implicitamente, già discende dalla normativa che riguarda i doveri dell’imprenditore, sia individuale, sia collettivo, ai sensi dell’art. 3 del codice e, per quanto riguarda l’imprenditore che operi in forma societaria o collettiva ai sensi dell’art. 2086, comma 2, cod. civ.

### **3. Il soddisfacimento dei creditori e la convenienza**

Più incisiva la disposizione dettata dall’art. 7, comma 2, lett. c, secondo cui, nella proposta di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza, la proposta deve espressamente indicare la convenienza per i creditori e, nel caso del concordato con continuità aziendale, le ragioni di assenza di pregiudizio per i creditori<sup>3</sup>.

La convenienza va rapportata all’alternativa rappresentata dalla liquidazione giudiziale. La proposta deve contenere le ragioni e le poste che consentano di concludere che la proposta comporta un soddisfacimento dei creditori migliore rispetto a quello che sarebbe lecito attendersi dalla liquidazione giudiziale. Al proposito è stato riconosciuto come, tra i creditori, esistano soggetti che possono trarre vantaggio (o subire un minor danno) dalla continuazione dell’attività d’impresa. Anche di questo dato si dovrà tenere conto nella valutazione della convenienza.

Quanto al concordato in continuità va rilevato che l’assenza di pregiudizio è concetto diverso rispetto alla convenienza. Riterrei pertanto che si debba accertare che le possibilità di soddisfacimento dei creditori esistenti nel momento della proposta non siano peggiori rispetto a quelle che risulteranno dall’esecuzione del concordato.

---

<sup>3</sup> Cfr. AMBROSINI, *Brevi appunti sulla nuova “sintassi” del concordato preventivo*, in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, 9 giugno 2022; LEUZZI, *Il volto nuovo del concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Dirittodellacrisi.it*, 12 settembre 2022.

Chiarisce inoltre l'art. 47, comma 1, lett. b, che la proposta di concordato in continuità è inammissibile se il piano è manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori come proposta dal debitore e alla conservazione dei valori aziendali. Si aggiunge così un ulteriore dato che si affianca alla soddisfazione dei creditori: la continuazione e sopravvivenza dell'attività d'impresa.

Numerose norme si occupano poi della funzionalità di determinate attività al "miglior soddisfacimento dei creditori"<sup>4</sup>.

Si vedano: l'art. 99, comma 1 e 2 a proposito dei finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione di debiti (dove si parla anche della funzionalità all'esercizio dell'attività aziendale); l'art. 100, comma 1, a proposito del pagamento di crediti pregressi (dove si parla anche dell'essenzialità per la prosecuzione dell'attività d'impresa); l'art. 214, comma 1, nella liquidazione giudiziale a proposito della vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco; l'art. 284, comma 4 e 5, nella crisi di gruppo sulla scelta se presentare un piano unitario ovvero un piano autonomo per ciascuna impresa; l'art. 285, comma 2, sulle operazioni contrattuali e riorganizzative tra imprese del gruppo; l'art. 287, comma 1, nella liquidazione giudiziale di gruppo, sulla scelta di una liquidazione giudiziale unitaria.

#### **4. La continuazione dell'attività d'impresa**

E veniamo al secondo aspetto del problema: la continuazione dell'attività d'impresa.

Sul piano delle definizioni, l'art. 2, lett. m *bis*, recita che per strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza si intendono, per quanto qui interessa, "le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione o della struttura delle sue attività e passività o del capitale".

Il primo procedimento che viene in evidenza è la composizione negoziata della crisi: presupposto del procedimento è che risulti "ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa". Per l'accesso alla composizione negoziata l'imprenditore deve presentare, tra l'altro, un progetto di piano di risanamento e un piano finanziario per i successivi sei mesi (art. 17, comma 3,

---

<sup>4</sup> Sulla disciplina di tale requisito nella legge fallimentare v. A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Fall.*, 2017, 637 ss.

lett. b). Nel corso delle trattative l'imprenditore deve gestire l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività e, quando esistano concrete prospettive di risanamento, nel "prevalente interesse dei creditori" (art. 21, comma 1).

Il piano attestato di risanamento di cui all'art. 56, è volto a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione economico-finanziaria.

Gli accordi di ristrutturazioni dei debiti, conclusi con i creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti (art. 57), non presuppongono necessariamente la continuazione dell'attività. Ne è conferma la disposizione dettata dall'art. 67, comma 2, lett. b, che, consentendo l'efficacia estesa soltanto agli accordi che prevedono la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta, presuppone evidentemente l'esistenza di accordi meramente liquidatori.

La prosecuzione dell'attività imprenditoriale è prevista dall'art. 74 anche nel concordato minore che, peraltro, può richiedere l'apporto di risorse esterne che consentano di aumentare, in misura apprezzabile, la soddisfazione dei creditori.

Nella liquidazione giudiziale la prosecuzione dell'attività d'impresa, purché non arrechi pregiudizio ai creditori, è disciplinata dall'art. 211. La previsione va letta in collegamento con la possibilità di affitto dell'azienda quando appaia utile ai fini della più proficua vendita dell'azienda o di parti della stessa (art. 212)<sup>5</sup>. Da rimarcare che, ai sensi del secondo comma di quest'ultima norma, la scelta dell'affittuario deve tenere conto, oltre all'ammontare del canone offerto, "dell'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali". Va rilevato che disposizioni così incisive non è dato riscontrare nella restante disciplina dettata dal codice.

Sempre nella liquidazione giudiziale è consentita la vendita dell'azienda, di suoi rami o di beni o rapporti in blocco, a condizione che consenta una "maggiore soddisfazione dei creditori" (art. 214, comma 2).

---

<sup>5</sup> In argomento, con particolare riferimento all'ipotesi della cosiddetta gestione "in perdita", v da ultimo AMBROSINI, *La gestione dell'impresa "in perdita" tra vecchia e nuova sistematica concorsuale*, in *Ristrutturazioni aziendali. il caso.it*, 21 marzo 2023.

## 5. Il concordato preventivo in continuità

Il procedimento principale per la continuazione dell'attività d'impresa è sicuramente costituito dal concordato in continuità<sup>6</sup>.

L'art. 84, comma 2, premesso che il concordato in continuità tutela l'interesse dei creditori e preserva “nella misura possibile” i posti di lavoro, precisa, opportunamente, che la continuità può essere sia diretta, cioè ad opera dello stesso imprenditore, sia indiretta, e cioè ad opera di un soggetto diverso in forza di qualunque titolo e anche in forza di affitto, anche stipulato anteriormente, purché in funzione della presentazione del ricorso.

Il terzo comma dell'art. 84 stabilisce che i creditori possono essere soddisfatti, anche in misura non prevalente, dal ricavato prodotto dalla continuazione dell'attività e che l'utilità del concordato, per ciascun creditore, può consistere nella prosecuzione o rinnovazione dei rapporti contrattuali con il debitore o il suo avente causa. Riceve così espresso riconoscimento legislativo la mancanza di unicità della categoria dei creditori dato che, accanto alla categoria nella quale l'interesse esclusivo è rappresentato dall'entità del soddisfacimento, può esistere una seconda categoria di creditori per i quali l'interesse alla continuazione dell'attività d'impresa può essere prevalente rispetto all'interesse dell'entità del soddisfacimento del credito anteriore.

Numerose sono le disposizioni che, nel concordato preventivo in continuità, facilitano la conservazione dell'attività d'impresa.

Ad esempio, l'art. 94 *bis* inibisce ai creditori di rifiutare unilateralmente l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione o anticiparne la scadenza, né modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del deposito della domanda di accesso al concordato in continuità aziendale. Lo stesso è inibito ai creditori, quanto ai contratti essenziali, per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo in continuità. Sono considerati essenziali i contratti necessari per la continuazione della gestione

---

<sup>6</sup> Rinvio al mio *Crisi dell'impresa e continuazione dell'attività*, in *Ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*, 29 gennaio 2022; sul tema cfr. anche 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 *Dir. fall.*, 2022, I, 837 ss., RICCIARDIELLO, *Il nuovo concordato preventivo “in pillole”*, in *Ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*, 25 agosto 2022; cui *adde*, da ultimo PANZANI, *Le finalità del concordato preventivo*, in *Ristrutturazioniazionali.ilcaso.it*, 10 ottobre 2022.

corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione delle attività del debitore.

Va sottolineato che in queste ultime disposizioni viene in rilievo soltanto l'utilità ai fini della continuazione dell'attività d'impresa mentre non viene in considerazione, al contrario di quanto accade, come vedremo, in altri casi, l'interesse dei creditori.

Altra disposizione agevolativa, quando sia prevista la continuazione dell'attività aziendale, anche se unicamente in funzione della liquidazione, è quella prevista dall'art. 99 relativo al ricorso a finanziamenti che è possibile quando siano funzionali all'esercizio dell'attività aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori.

Lo stesso vale, ai sensi dell'art. 100, per il pagamento dei crediti pregressi che sono consentiti, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, purché un professionista indipendente attesti che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori.

L'art. 101 dispone poi che, in caso di continuità aziendale, i finanziamenti in esecuzione del concordato preventivo ed espressamente previsti nel piano sono prededucibili, a meno che non siano frutto di atti in frode.

Il concordato in continuità è approvato se tutte le classi dei creditori votano a favore.

Nel giudizio di omologazione di tale tipo di concordato ai sensi dell'articolo 112 il tribunale deve verificare, oltre al resto, se tutte le classi abbiano votato favorevolmente, che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire e superare l'insolvenza e che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente l'interesse dei creditori.

Nel caso in cui una o più classi di creditori siano dissenzienti, il tribunale omologa il concordato quando ricorrono tutte le condizioni dettate dall'articolo 112, comma 2, lett. a, b, c, d.

Parimenti, nel caso in cui, con l'opposizione, un creditore dissenziente eccepisca il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa quando il credito risulti soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

## 6. L'inadeguata tutela dell'occupazione

In conclusione, nel sistema del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è sicuramente presente la volontà di tutelare la conservazione dell'attività d'impresa e sono state sicuramente introdotte norme che danno piena attuazione a tale volontà facilitando il percorso volto alla conservazione dell'attività d'impresa.

Al contempo è anche sempre presente la volontà di evitare che tale continuazione possa pregiudicare i creditori.

In particolare, non sembra trovare accoglimento la tutela dell'occupazione. Indicativa la disposizione dell'art. 84 comma 2, secondo cui, nel concordato preventivo, la continuità aziendale “tutela l'interesse dei creditori e preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro”<sup>7</sup>.

Stranamente la disciplina più attenta alla tutela dell'insieme degli interessi coinvolti nella continuazione dell'attività è quella dettata dall'art. 212 per l'affitto dell'azienda nella liquidazione giudiziale. Si precisa infatti che la scelta dell'affittuario deve tenere conto, oltre all'ammontare del canone e alle garanzie prestate “dell'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali”.

Analoghe preoccupazioni non sono invece presenti, ad esempio, nella disciplina delle proposte concorrenti e delle offerte concorrenti nel concordato preventivo<sup>8</sup>, ove l'unico parametro che sembra venire in evidenza è soltanto l'entità del soddisfacimento dei creditori.

La insistenza a volte ridondante con la quale si enfatizza l'interesse dei creditori conferma che la tutela di questo presupposto è il fulcro sul quale poggia l'intero sistema del codice. Dimostra anche la volontà di discostarsi dalla filosofia della procedura di amministrazione straordinaria ove la tutela della continuazione dell'attività di impresa sovrasta la tutela dei creditori, come è dimostrato dall'art. 63 commi uno e due del d.lgs. 279/99. Infatti, nel primo

---

<sup>7</sup> MAFFEI ALBERTI, *Crisi dell'impresa e continuazione dell'attività*, cit. Osserva invece Ambrosini, *La gestione dell'impresa “in perdita” tra vecchia e nuova sistemica concorsuale*, cit., 14: “Risulta quindi opportunamente confermato quell'assetto normativo che attribuisce rilevanza non solo al profilo economico dell'operazione (canone e garanzie), ma anche a quello industriale e occupazionale, tutelando in tal modo interessi altri rispetto a quelli del ceto creditorio”; in quest'ultimo senso anche CENSONI, *Il diritto delle crisi e i nuovi concordati*, in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, 23 marzo 2023, 15, secondo il quale: “Gli interessi tutelati non sono più solo quelli dei creditori, ma sono anche quelli dei lavoratori”.

<sup>8</sup> In argomento GUIDOTTI, *Le proposte (e le offerte) concorrenti nel concordato preventivo*, in AMBROSINI (a cura di), *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, Bologna, 2022, 805 ss.

comma si precisa che nel caso di vendita di aziende o rami di azienda in esercizio la valutazione del prezzo di vendita” tiene conto della redditività, anche se negativa, all'epoca della stima e nel biennio successivo”. Ne consegue, ai sensi del secondo comma, l'obbligo dell'acquirente di “proseguire per almeno un biennio le attività imprenditoriali e a mantenere per il medesimo periodo i livelli occupazionali stabiliti all'atto della vendita”

## I CANONI PER LA GESTIONE DELL'IMPRESA NEL CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA\*

STEFANIA PACCHI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'impresa e la sua gestione nelle procedure concorsuali del '42. - 3. Nel 1979 qualcosa di nuovo si profila nell'ordinamento delle crisi. - 4. Con le riforme del 2005-2006 l'impresa assume una posizione di centralità. - 5. La centralità dell'impresa nel Codice della crisi e dell'insolvenza. - 5.1. Gli strumenti del CCII nei quali rintracciamo peculiari canoni per la gestione dell'impresa. - 6. Il canone per la gestione dell'impresa nella Composizione negoziata. - 7. Il canone per la gestione dell'impresa nel Piano di ristrutturazione soggetto ad omologa. - 8. Il canone per la gestione dell'impresa nel concordato preventivo. – 9. Conclusioni.

### 1. Premessa

“Spigolando nei meandri della crisi d'impresa”<sup>1</sup> e della sua legge regolatrice adesso vigente, scorgiamo una presenza diffusa: si tratta dell'impresa e della gestione ad essa relativa<sup>2</sup>.

Nella disciplina, infatti, l'impresa ha assunto la centralità prima detenuta dal

---

\* Il presente contributo è destinato a un volume collettaneo a cura di Stefano Ambrosini.

<sup>1</sup> Questo è il titolo di un Convegno tenutosi a Vicenza il 17-18 marzo 2023, che mi ha condotto, nella preparazione della mia relazione, ad alcune riflessioni oggetto del presente saggio.

<sup>2</sup> S. AMBROSINI, *Il codice della crisi dopo il D.Lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, *Dir.fall.*, 2022, ha definito il tema della gestione dell'impresa negli strumenti di regolazione della crisi come “fra le questioni di maggior interesse sistematico”.

soggetto imprenditore. Ciò non è da attribuirsi, però, a un mero spostamento del baricentro della disciplina dal soggetto (l'imprenditore) all'oggetto (l'impresa). Ritengo che questo passaggio sia piuttosto conseguenza del cambiamento di impostazione dell'ordinamento della crisi.

In sintesi, oggi il soddisfacimento dei creditori transita per lo più dalla permanenza dell'impresa (o del complesso aziendale soltanto) anziché dalla liquidazione disgregativa<sup>3</sup>.

Come è noto, storicamente questo ordinamento ruotava attorno all'imprenditore-proprietario che, attraverso procedure di stampo liquidatorio (se pur di differente intensità), veniva sanzionato e spossessato.

Il soddisfacimento dei creditori conseguiva alla monetizzazione del patrimonio, sia che quella avvenisse con la liquidazione fallimentare che con la cessione dei beni concordataria.

Il patrimonio – se pur geneticamente funzionale all'attività – veniva considerato staticamente e, di conseguenza, in aderenza ai principi dell'esecuzione, “congelato”.

Ciò spiega l'assenza o marginalità - perfino nelle procedure c.d. preventive - di una disciplina che prevedesse una sua valorizzazione che, in quanto possibile fonte di rischio, avrebbe potuto determinare una riduzione della “moneta” da corrispondere ai creditori.

Oggi - assunta la continuità come la meta preferibile sia nella formula diretta che indiretta – è, invece, dalla gestione dell'impresa (e, quindi, dall'operatività di quel patrimonio riorganizzato, anche se in funzione della trasmissione ad altro imprenditore) che dipende il soddisfacimento dei creditori.<sup>4</sup>

Ecco, allora, che l'organizzazione e la gestione dell'impresa costituiscono elemento di grande impatto sia dal punto di vista aziendalistico che giuridico. La previsione degli adeguati assetti è funzionale al miglior impiego possibile dei fattori produttivi oltre che al tempestivo recepimento dei segnali di crisi dal quale dipenderà, in un circuito virtuoso, la possibilità di impostare un efficace piano di ristrutturazione.

La gestione dell'impresa è, quindi oggi – necessariamente -, elemento

---

<sup>3</sup> Sul binomio interesse dei creditori e conservazione dell'impresa attività si vedano, da ultimo, le lucide riflessioni di A. MAFFEI ALBERTI, *L'interesse dei creditori e la continuazione dell'attività nel Codice della crisi e dell'insolvenza: un'analisi trasversale*, in *Ristrutturazioni aziendali. Il caso.it* del 30 marzo 2023.

<sup>4</sup> Su questo tema, v. il saggio di G.B. NARDECCHIA, *La continuità aziendale nelle procedure concorsuali*, in *Questionegiustizia.it*, 2/2019, 192 ss.

portante negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza volti al risanamento e niente affatto eccezionale, o comunque meno di prima, in quelli volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività.

Direi che, dipanandosi la soluzione della crisi come strategia d'impresa, se da un lato tale centralità è divenuta consequenziale, dall'altro la gestione non può, tuttavia, essere assoggettata agli identici canoni che presiedevano alla conservazione del patrimonio, atteso che una gestione meramente ancorata all'esistente e sfuggente dall'assunzione di qualsiasi rischio non è attività d'impresa.

La garanzia per i creditori non è più costituita – nello strumento per la regolazione della crisi – dalla conservazione del patrimonio e dai frutti che potrebbe generare, ma dalla risanabilità, alla cui presenza i creditori condizionano l'approvazione della proposta (accettando il rischio d'impresa).

La gestione dell'impresa trascina con sé, però, le proprie esigenze di fluidità e rapidità che per un verso potrebbero scricchiolare al cospetto dell'interesse dei creditori, il cui soddisfacimento rimane come obiettivo prioritario dell'ordinamento anche dopo la incisiva rivisitazione indotta dalla Direttiva *Insolvency*, mentre per l'altro potrebbero essere compatibili con lo spazio, oggi significativo, concesso al *debtor in possession*, nei confronti del quale è stato smorzato l'atteggiamento di sospetto e diffidenza specie quando egli sia intervenuto tempestivamente sulla crisi allora predicando l'importanza di mantenere quelle *skills* imprenditoriali.

Ormai occorre prendere atto che le prospettive dalle quali guardavamo fino a ieri ai metodi adottabili ed alle soluzioni perseguibili nel governo di una crisi sono in gran parte rovesciate.

La centralità assunta dall'impresa che, nei limiti del possibile, deve poter continuare, ha determinato una curvatura degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza funzionale alla ristrutturazione. Ciò si sta riflettendo sulla disciplina della gestione dell'impresa che, se letta avulsa dal mutato contesto, potrebbe apparire frutto di azzardate torsioni.

Probabilmente diventa, invece, indispensabile un cambio di lente per comprendere norme che, a mio avviso, non intendono infrangere il baluardo delle responsabilità ma soltanto, quando la conformazione dell'istituto lo consenta, alleggerire la conduzione dell'impresa a beneficio degli obiettivi perseguiti.

I segni di quella che oggi può apparire una rivoluzione erano, però, in corso da tempo.

Gli strumenti del sistema concorsuale, osservati nella transizione dalla Legge fallimentare quale fu concepita nel 1942, alla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese ed infine al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, registrano, infatti, una linea evolutiva che sottende progressivi quanto significativi cambi di impostazione.

## 2. L'impresa e la sua gestione nelle procedure concorsuali del '42

Nella legge fallimentare del '42 era regolata soltanto l'insolvenza<sup>5</sup> dell'imprenditore, proprietario di un patrimonio liquidabile e ripartibile e non la crisi produttiva dell'impresa.

Da una parte il legislatore del '42 riteneva che l'impresa insolvente fosse di per sé immeritevole di analisi per verificarne una risanabilità, dall'altra il suo dissesto investiva soltanto gli interessi dei creditori. Il sistema ruotava attorno a un patrimonio contro cui si appuntava l'esecuzione e che rilevava soltanto come insieme di beni dai quali si potesse estrarre una somma per soddisfare i creditori. Questi erano considerati dal legislatore interessati esclusivamente a recuperare la maggior somma possibile. In quel sistema il destino dell'impresa e la sua recuperabilità non rientravano nell'orizzonte valoriale dei creditori.

In quel sistema la realtà "impresa" rimaneva in controluce, si trattasse di fallimento o, invece, di procedure alternative.

Nella disciplina del fallimento la realtà dell'impresa come crogiuolo di contratti traspariva con la previsione della gestione dei rapporti in corso<sup>6</sup>. Si trattava, però, di norme impostate nell'ottica della liquidazione, conveniente e celere, e non della valorizzazione dell'azienda in vista della sua possibile trasmissione unitaria.

---

<sup>5</sup> Lo stato d'insolvenza era il presupposto sia del fallimento che del concordato preventivo (sull'evoluzione dei concordati, v. da ultimo, l'interessante saggio di F. P. CENSONI, *Il diritto della crisi e i nuovi concordati*, in *Ristrutturazioni aziendali. Il caso.it del 23 marzo 2023*). L'altro presupposto oggettivo – sul quale poggiava l'amministrazione controllata (sulla quale mi permetto di rinviare a S. PACCHI, *L'amministrazione controllata*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. CIU – F. MESSINEO – L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2004) - era la temporanea difficoltà di adempiere, specificato poi (legge n. 391 del 1978) dall'ulteriore condizione dell'esistenza di "comprovate possibilità di risanare l'impresa".

<sup>6</sup> Salvatore Satta (*Diritto fallimentare*<sup>2</sup>, agg. ed ampliata da R. VACCARELLA e F. P. LUISO, Padova, 1990, 268) percependo l'inerenza dell'insolvenza all'impresa, affermava che è la disciplina dei contratti pendenti nel fallimento "che impedisce di ridurlo allo schema di una esecuzione forzata, e sia pur collettiva".

Che questo approccio fosse totalmente assente era rivelato – oltre che dall’assenza dell’affitto d’azienda - anche dalla marginale considerazione per la continuazione dell’esercizio dell’impresa alla quale il legislatore guardava con diffidenza determinando una responsabilità diretta della procedura per le obbligazioni contratte durante il suo svolgimento e, ove fosse risultato passivo, l’assorbimento di tutto l’attivo da parte dei nuovi creditori.

Si imponeva, in via esclusiva, l’obiettivo di monetizzare e, ove possibile, ricostruire un patrimonio disperso in mille rivoli, atteso che la legge del concorso pretendeva l’applicazione del principio della *par condicio* e, quindi, un riequilibrio di posizioni alterate ripristinando pari basi di partenza fra i terzi.

Pur essendo questi i segnali della particolarità del soggetto insolvente, le relative norme venivano, però, declinate in punto di soggetto (l’imprenditore) - contro il quale si volevano dirigere le sanzioni compendiabili nello spossessamento e nella sostituzione gestoria<sup>7</sup> - anche se, di riflesso, si ripercuotevano sull’impresa, destinata – con il fallimento - a sparire dalla scena economica.

Non troppo dissimile era l’impostazione delle procedure alternative (concordato preventivo e amministrazione controllata).

In particolare, quella concordataria, nella sua conformazione liquidativa – si poteva immaginare la permanenza soltanto dell’azienda grazie alla formula della cessione dei beni – si collocava in una dimensione prettamente esecutiva, nella quale la prosecuzione dell’attività non assumeva rilevanza funzionale. Il legislatore, infatti, identificava - anche in questa procedura - l’interesse dei creditori con il percepimento di una somma di denaro piuttosto che con la prosecuzione dei rapporti commerciali.

Così, la proposta concordataria appariva ancorata ad un’analisi del fenomeno imprenditoriale, da una parte, condotta in termini esclusivi di soggetto organizzatore/proprietario di un patrimonio e, dall’altra, rivolta al passato e non verso ciò che avrebbe potuto essere l’impresa operando sul capitale, sull’organizzazione e sul progetto industriale. Il soddisfacimento doveva provenire dal patrimonio e non dai flussi di un’attività che continua grazie a un nuovo piano industriale di ristrutturazione.

La disciplina escludeva, infatti, giudizi previsionali su un possibile futuro dell’organismo produttivo. Il recupero dell’impresa esulava dallo schema della

---

<sup>7</sup> La sostituzione gestoria poteva perfino scattare anche nell’amministrazione controllata (art. 191 l. fall.) “su istanza di ogni interessato o d’ufficio sentito il comitato dei creditori”

procedura e non pareva lecito ritenerlo scopo, almeno diretto, della disciplina. In linea con questa impostazione, la legge non dava indicazioni circa la sorte dell'impresa in conseguenza dell'instaurazione e dell'esecuzione di questa procedura concorsuale minore, se cioè fosse destinata a cessare o se, invece, potesse continuare una volta soddisfatti i creditori.

L'amministrazione controllata, dal canto suo, si caratterizzava più per un "non *facere*", per un periodo di attesa funzionale alla ripresa della solvibilità, con ciò rivelando che sempre e comunque di un obiettivo (e percorso) solutorio si trattava e non già di risanamento.

In sintesi, le procedure concorsuali del '42, caratterizzandosi per lo spossessamento "integrale" (nel fallimento) o "attenuato" (nelle procedure alternative), non ponevano canoni gestionali diversi dal regime autorizzatorio né al curatore, né al debitore.

Il patrimonio doveva essere cristallizzato senza essere sottoposto al rischio d'impresa. La conseguenza era un severo regime che si sostanzialmente, per gli atti di straordinaria amministrazione, nell'autorizzazione del giudice delegato (a prescindere dal valore dell'atto) con la severa sanzione *ex art.* 173 in caso di omessa richiesta); nella sottoposizione alla vigilanza del commissario giudiziale e alla direzione del giudice delegato.

Le linee gestorie – è evidente – provenivano dal giudice delegato, quindi, per cui, di fatto, la gestione del debitore era vincolata. La rigidità era massima. Non era possibile estinguere fuori del concorso i debiti sorti prima della procedura<sup>8</sup> a meno che – previa autorizzazione del giudice - non fossero indirizzati (trattandosi di amministrazione controllata) al risanamento<sup>9</sup>.

Non era previsto alcun "dialogo" sulla gestione che non doveva, in nessun caso, introdurre elementi di rischio tipici di ogni impresa, sia o non sia in procedura<sup>10</sup>.

### **3. Nel 1979 qualcosa di nuovo si profila nell'ordinamento delle crisi**

Il baricentro del sistema per la crisi d'impresa inizia a spostarsi nel 1979

---

<sup>8</sup> Cass., 28 agosto 1995, n. 9030, in *Fallimento*, 1996, 69. Sul punto, v. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale* diretto da G. COTTINO, XI, Padova, 2008, 95 ss.

<sup>9</sup> Così, Cass., 5 novembre 1990, n. 10620, in *Giur.comm.*, 1992, II, 179.

<sup>10</sup> Sul tema della gestione in procedura, v. da ultimo lo stimolante saggio di S. AMBROSINI, *La gestione dell'impresa "in perdita" tra vecchia e nuova sistematica concorsuale*, in *Ristrutturazioni aziendali. Il caso.it* del 21 marzo 2023.

quando il legislatore è intervenuto introducendo una procedura per la grande impresa che “grandemente” insolvente, per la quale la continuazione dell'attività rappresenta il cuore della procedura<sup>11</sup>.

Con l'obiettivo di ammortizzare il trauma che la crisi produce sul piano dell'occupazione, il legislatore imposta la continuazione dell'impresa come cardine di questa procedura.

Rispetto all'idea guida della legge fallimentare del 42, il legislatore del 1979 compiva un significativo passo avanti, prevedendo che, nonostante l'insolvenza, il complesso aziendale potesse mostrare potenzialità tali per cui fosse conveniente per il circuito economico una sua conservazione anche se in altra diversa impresa.

Merita comunque sottolineare che l'esito di questo esame non condizionava l'adozione della procedura la cui essenza era pur sempre liquidativa e, quindi, funzionale all'interesse dei creditori al soddisfacimento.

Non emergeva ancora la possibilità di risolvere l'insolvenza con una procedura concorsuale conservativa grazie alla quale i creditori risultassero interessati a mantenere rapporti economici con l'impresa debitrice, grazie ad

---

<sup>11</sup> Nel 1979 la crisi di importanti gruppi italiani (cfr. G. MINERVINI, *Alcune riflessioni in tema di composizione dell'impresa industriale*, in AA.VV., *Problemi attuali dell'impresa in crisi*, Padova, 1983, 14 ss.) indusse il nostro legislatore a varare l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (d.l. 30.1.1979, n. 26, conv. nella legge 3.4.1979, n. 95, cd. Legge Prodi), procedura concorsuale diretta, a differenza del fallimento, alla conservazione del complesso aziendale attraverso la continuazione dell'attività affidata ad un commissario straordinario nominato dall'autorità amministrativa (sui dubbi di costituzionalità, cfr. C. cost., 22.5.1987, n. 187, in *Giust. civ.*, 1987, I, 189) e supportata da aiuti statali di varia tipologia tra cui la possibilità di esercitare l'azione revocatoria (cfr. Cass., 19.5.1997, n. 434, in *Fallimento*, 1998, 598; Trib. Genova, 15.11.1999, in *Fallimento*, 2000, 503). Erano sottoponibili ad amministrazione straordinaria, con esclusione del fallimento, le imprese, delle quali fosse stata accertata l'insolvenza (artt. 5 e 195 l. fall.) o l'omesso pagamento di almeno tre mensilità di retribuzione ai dipendenti, qualora avessero, da almeno un anno, un numero di “addetti”, compresi quelli ammessi all'integrazione dei guadagni, non inferiore a trecento, un'esposizione debitoria, verso aziende di credito, istituti speciali di credito, istituti di previdenza e di assistenza sociale non inferiore a trentacinque miliardi di lire, e superiore a cinque volte il capitale versato risultante dall'ultimo bilancio approvato. È stata una procedura molto discussa, in particolare perché la previsione di aiuti si poneva in contrasto con le norme del Trattato di Roma in materia di concorrenza, sollevando censure da parte della Comunità europea. Per alcune osservazioni dell'autrice del presente saggio, svolte sulla disciplina dell'A.S. si rinvia a S. PACCHI, *Alcune riflessioni in tema di insolvenza, impresa e complesso aziendale, derivanti dalla lettura della legge delega per l'emanazione della nuova legge sull'amministrazione straordinaria*, in *Giur.comm.*, 1999, I, 297 e ss.

un'operazione di risanamento, anziché esclusivamente a percepire il soddisfacimento dei loro crediti nella "moneta" loro proposta.

Con il 1999 (d.lgs. 270) inizia a manifestarsi l'interesse del legislatore alla conservazione – del solo complesso aziendale o, se possibile, anche dell'impresa – "delle attività aziendali, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione dell'esercizio"<sup>12</sup>.

La prosecuzione dell'esercizio diventa momento qualificante del piano predisposto per il superamento dell'insolvenza.

Siamo in presenza di una conservazione dinamica e non statica come era l'amministrazione controllata. Si tratta di una procedura di riattivazione e/o di riconversione dell'apparato produttivo in funzione di un intento in senso ampio conservativo<sup>13</sup>. Non ogni grande impresa insolvente, però, potrà essere ammessa ad amministrazione straordinaria, ma solo quella per la quale si possa accertare il presupposto dell'esistenza di concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività aziendali<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> I contrasti con l'ordinamento comunitario (cfr. C. Giust. CE, 1.12.1998, C-200/97, in Fallimento, 1999, 831), ne determinarono nel 1999 la riforma (cfr. art. 1, l. 30.7.1998, n. 274) con il d.lgs. n. 270/1999. Successivamente, altri interventi hanno recato modifiche alla disciplina "base" dell'amministrazione straordinaria per adattarla alle specificità di dissesti di grandi gruppi (Parmalat, Volare Web, Alitalia): per la crisi Parmalat, il d.l. 27.12.2003, n. 347 (cd. decreto Marzano), conv. in l. 18.2.2004, n. 39 e modificato dal d.l. 3.5.2004, n. 119, conv. in l. 5.7.2004, n. 166 e dal d.l. 28.2.2005, n. 22., conv. in l. 29.4.2005, n. 71; per la crisi Alitalia è intervenuto il d.l. 28.8.2008, n. 134, conv. in l. 27.10.2008, n. 166 e l'art. 3, co. 3, del d.l. 25.3.2010, n. 40, conv. in l. 22.5.2010, n. 73, per regolare l'amministrazione straordinaria delle società di riscossione delle entrate degli enti locali. Da ultimo, il d.l. 13.5.2011, n. 70, conv. in l. 12.7.2011, n. 106 è intervenuto per disciplinare aspetti particolari.

<sup>13</sup> L'obiettivo della riformata procedura (art.1, d.lgs. n. 270/1999) è la conservazione del patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali. La procedura è riservata alle imprese, anche individuali, soggette alle disposizioni sul fallimento che: a) abbiano da almeno un anno non meno di duecento dipendenti (compresi quelli in cassa integrazione); b) abbiano debiti per un ammontare complessivo non inferiore ai due terzi tanto del totale dell'attivo dello stato patrimoniale che dei ricavi provenienti dalle vendite e dalle prestazioni dell'ultimo esercizio (art. 2); c) si trovino in stato d'insolvenza (art. 3); d) presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico (art. 27). L'iter che potrà condurre all'apertura dell'amministrazione straordinaria prende avvio con la sentenza (art. 8) con cui il Tribunale (su ricorso dell'imprenditore, di uno o più creditori, del p.m. o d'ufficio) accerta la sussistenza del presupposto e dei requisiti soggettivi di cui alle lett. a) e b) e di quello oggettivo di cui alla lett. c) e nomina il giudice delegato alla procedura e uno o tre commissari giudiziali. L'assenza (anche di uno solo) di tali presupposti e requisiti determinerà la dichiarazione di fallimento.

<sup>14</sup> Sulla disciplina dell'amministrazione straordinaria ex d.lgs. 270/1999 quale paradigma per i successivi interventi legislativi sul concordato preventivo, ed in particolare su quello in

Il disegno non è privo di coerenza là dove per un verso enuncia l'inevitabile legame tra crisi e finanziaria e crisi economica e, per un altro, suppone che il superamento dell'insolvenza, perché si possa ipotizzare la conservazione dell'impresa e non del solo complesso aziendale, debba necessariamente passare dal riequilibrio economico. Se però l'impresa presenta una crisi economica irreversibile non potrà essere aperto a una procedura conservativa bensì si imporrà una procedura liquidativa disgregatrice.

Sono queste valutazioni essenziali per decidere la continuazione dell'impresa in quanto è necessario comparare le presumibili prospettive di ricavi con l'ammontare dell'indispensabile indebitamento che andrà a ricadere sui creditori anteriori. Non si tratta, quindi, soltanto di un'analisi patrimoniale in funzione di una somma di denaro da ripartire ma anche di un calcolo di convenienza circa la migliore utilizzazione possibile dell'azienda per riuscire a trasferirla unitariamente ad altro imprenditore.

Così l'interesse privatistico del creditore viene a contemperarsi con quello collettivistico al mantenimento in vita del complesso produttivo che costituisce un valore al di là della sorte dell'impresa cui apparteneva. Nell'ipotesi in cui si possa giungere alla conservazione dell'impresa stessa ci muoviamo, invece, in un'ottica di conservazione pura sia del modello gestionale che dello strumento dell'attività. La continuazione dell'impresa è in questo caso essenziale costituendo il fulcro dello strumento giuridico prescelto.

Da questo momento, nella disciplina delle crisi assume centralità il piano di risanamento (comprensivo di un piano industriale).

Questi sono i passaggi che si colgono nella disciplina dell'amministrazione straordinaria.

Mentre si radicava nell'ordinamento delle crisi il modello dell'amministrazione straordinaria<sup>15</sup>, il sistema per l'imprenditore commerciale

---

continuità, si rinvia al saggio di S. AMBROSINI, *La gestione dell'impresa "in perdita" tra vecchia e nuova sistematica concorsuale*, cit.

<sup>15</sup> Sulle amministrazioni straordinarie cfr.: AA.VV., *Problemi attuali dell'impresa in crisi*, Padova, 1983; A. CASTAGNOLA -R. SACCHI, a cura di, *La legge Marzano*. Commentario, Torino 2006; S. PACCHI, *L'amministrazione straordinaria delle imprese di «rilevanti dimensioni»*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, a cura di U. Apice, III, Torino, 2011; S. PACCHI, *Gli organi della procedura di amministrazione straordinaria*, in *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di C. COSTA, Torino, 2008; V. ZANICHELLI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauceglia, L. Panzani, Torino, 2009; V. ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010; S. AMBROSINI, *Profili di riforma delle leggi in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*,

insolvente di dimensione “normale” rimaneva immobile registrando talora virtuose interpretazioni giurisprudenziali che miravano ad adeguare, sotto alcuni aspetti, la disciplina alle mutate esigenze economiche e imprenditoriali e che sarebbero, poi, confluite nelle riforme iniziate a partire dal 2005-2006.

#### **4. Con le riforme del 2005-2006 l'impresa assume una posizione di centralità**

A partire da queste riforme il legislatore si è ispirato “ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione del legislatore del '42, ma confluiscono interessi economici e sociali più ampi, che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale”<sup>16</sup>.

In tale contesto veniva collocato perfino il fallimento<sup>17</sup> la cui disciplina chiave, spezzata l'equazione insolvenza = liquidazione disgregativa, diveniva quella della liquidazione, proiettata, però, non soltanto a fissare modalità tecniche della monetizzazione del patrimonio ma anche a regolare le attività funzionali alla conservazione interinale del valore aziendale onde agevolarne una trasmissione unitaria<sup>18</sup>.

Trattandosi, infatti, di un patrimonio *sui generis*, non solo deve essere conservato, ma può anche essere incrementato con l'acquisizione di nuovi beni e con i proventi delle azioni risarcitorie; può essere ricostruito con le azioni

---

in *Il nuovo diritto delle società*, 2018, 549 ss.; S. AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare nelle procedure 'amministrative' fra diritto concorsuale e diritto della concorrenza: la questione degli aiuti di Stato*, in *Giur.comm.*, 2002, I, 192 ss.

<sup>16</sup> Così nella Relazione Ministeriale illustrativa della Riforma di cui alla L. 80/2005.

<sup>17</sup> Questa procedura è stata improntata, al pari di quelle preventive, ai principi della “contrattualizzazione” e “autogestione” che “trovano la loro collocazione naturale proprio in quella disciplina chiamata a regolare un'attività tipicamente economica (quale è, come si è detto, quella di liquidazione dell'attivo), nella quale le rigide regole giuridiche, ancorché imprescindibili, rischiano di costituire un intralcio alla realizzazione del massimo profitto” (G. MICCOLIS, *La liquidazione dell'attivo*, in F. Vassalli-F.P. Luiso-E. Gabrielli, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, II, *Il processo di fallimento*, Torino, 2014, 686).

<sup>18</sup> Questa è la regola del fallimento ridisegnato dalla riforma del 2006. In dottrina: C. FERRI, *Liquidazione fallimentare, approvazione del programma e poteri del giudice delegato*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 403; M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, 461; F. FIMMANO, *Liquidazione programmata, salvaguardia dei valori aziendali e gestione riallocativa dell'impresa fallita*, in A. Jorio-M. Fabiani (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2010, 447 ss.; S. PACCHI, *La liquidazione dell'attivo con particolare riferimento all'azienda*, in *Dir.fall.*, 2016, I, 1 ss.

revocatorie. Inoltre, deve essere gestito decidendo la sorte dei contratti in corso, sfruttando l'azienda mediante un contratto di affitto o la stessa impresa attraverso l'esercizio provvisorio e quindi deve essere liquidato secondo le modalità e i tempi scelti dallo stesso curatore.

A partire dal 2005-2006 prende corpo la centralità l'impresa sia nelle procedure negoziali che in quella liquidativa. Anche nel fallimento l'attività, attraverso il complesso aziendale, può presentare un valore non marginale, imponendo allora al curatore l'abbandono di una sua gestione improntata a mera staticità a favore di una improntata al miglior sfruttamento possibile. Così come la liquidazione della società è divenuta con la Riforma del 2003 una fase peculiare della gestione dell'impresa, così anche la liquidazione fallimentare può costituire una fase di sfruttamento dell'azienda<sup>19</sup>.

Così, la riforma fallimentare del 2006-2007 persegue l'idea di sfruttare ogni residua potenzialità del complesso aziendale, senza tuttavia ledere il soddisfacimento dei creditori, e al contempo spinge verso una privatizzazione nella gestione della crisi.

Ciò importa che, nel fallimento, il curatore assuma autonomo potere decisionale, che i creditori partecipino alle scelte fondamentali e che il giudice delegato abbandoni la direzione della procedura mantenendone, insieme al comitato dei creditori, la vigilanza<sup>20</sup>.

Negli strumenti negoziali, poi, la sistemazione della crisi è rimessa alle parti stesse. Tutto si può proporre e tutto può entrare nell'accordo perché non è più la legge che ne fissa il contenuto ma le parti che decidono cosa soddisfa i loro interessi. Questi possono identificarsi nella conservazione dell'azienda.

L'ipotesi di cessione delle attività menzionata dall'art.160 lett. b) tra le *chances* di un concordato, diviene (anche) strumento per sfruttare, se possibile, le attività cedendole. Obiettivo del concordato può, quindi, essere – se pure non necessariamente – quello di consentire la prosecuzione dell'attività d'impresa, del *core business*, per incrementare il valore dei complessi produttivi capaci di generare reddito.

Possiamo dire che in quella fase legislativa il concordato preventivo, pur rimanendo strumento per il soddisfacimento dei creditori, apre ad un ventaglio di possibilità circa il futuro dell'impresa e/o dell'azienda.

La legge non impone, infatti, né la conservazione ad ogni costo, né la cessazione inevitabile.

---

<sup>19</sup> B. LIBONATI, *Diritto commerciale*, Milano, 2004, p. 499.

<sup>20</sup> Ciò ha determinato per conseguenza anche quello che ho definito un nuovo “giuoco delle parti”: S. PACCHI, *Il giuoco delle parti nella liquidazione fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 480 ss.

Rispetto al «vecchio» concordato del quale la giurisprudenza escludeva qualsiasi finalità di risanamento e di conservazione dell'impresa in quanto finalizzato essenzialmente a salvaguardare l'interesse dei creditori al soddisfacimento delle loro pretese, la rinnovata procedura consente ipotesi di lavoro ripristinatorie della solvibilità o, almeno, non immediatamente soddisfattive.

L'ammissione dell'imprenditore insolvente al concordato preventivo produce effetti, così come accade per le altre procedure concorsuali, innanzi tutto nei confronti del debitore e dei creditori. La legge (artt.167,168 e 169 l.fall.) dedica la sua attenzione a questi soggetti, non soffermandosi, invece, a disciplinare né la sorte dei rapporti giuridici pendenti (che l'interprete ricava con i necessari adattamenti, come vedremo, da quella dettata per il fallimento), né gli effetti sugli atti pregiudizievoli perché l'azione revocatoria è incompatibile con una procedura nella quale non vi è spossessamento con sostituzione del debitore (come avviene nel fallimento).

Il debitore conserva il potere sia di amministrare il suo patrimonio, nonostante la destinazione di quello al soddisfacimento dei creditori, sia di gestire l'impresa. L'apertura del concordato preventivo non è incompatibile con la prosecuzione dell'attività anche se l'obbiettivo prioritario che guiderà l'imprenditore nelle scelte gestionali sarà costituito dal miglior soddisfacimento possibile dei creditori.

Vista la funzionalizzazione della procedura all'interesse dei creditori, per i quali costituisce una modalità di soddisfacimento in presenza dell'insolvenza del loro debitore, è comprensibile la scelta del legislatore di porre l'operato dell'imprenditore "sotto la vigilanza del commissario giudiziale", sparendo però la direzione del giudice delegato che, di fatto, tracciava le linee gestionali che il debitore doveva scrupolosamente seguire.

Possiamo, quindi, individuare un generico controllo sull'attività del debitore, pur conservando egli, in via generale, il potere di amministrare e di gestire.

Per gli atti di straordinaria amministrazione da un generico controllo sulla conformità dell'attività del debitore agli obbiettivi concordatari, si passa ad un controllo specifico sui singoli atti. Mentre per l'ordinaria amministrazione il controllo viene esercitato allorché gli atti sono già stati compiuti trattandosi appunto di una verifica di regolarità, per la straordinaria amministrazione il controllo, estrinsecandosi nell'autorizzazione scritta (decreto) del giudice delegato per singoli atti, avviene per lo più in via preventiva, prima che l'atto sia posto in essere a meno che l'autorizzazione non intervenga come ratifica dell'operato del debitore.

## 5. La centralità dell'impresa nel Codice della crisi e dell'insolvenza

La centralità dell'impresa, scissa dal soggetto gestore, permea il tessuto del Codice della Crisi a partire dal passaggio dal fallimento alla Liquidazione giudiziale volendo il legislatore con ciò sottolineare lo spostamento dell'asse di osservazione: dal soggetto che aveva "tradito la fiducia" dei creditori, allo strumento della sua attività (il patrimonio aziendale) oggetto di liquidazione.

È però con il tema della continuità, *leitmotiv* ricorrente negli strumenti di regolazione della crisi, che l'impresa emerge come punto di riferimento della normativa che allora risulta sovente forgiata in funzione delle caratteristiche, tempi ed esigenze dell'attività economica.

Il Codice della crisi sfodera norme in tema di gestione dell'impresa nei diversi strumenti. Sia in quello destinato alla liquidazione (la Liquidazione giudiziale) che in quello di Composizione negoziata, del Piano di ristrutturazione soggetto ad omologa e, infine, del Concordato preventivo. Intanto, mentre non rileviamo nella disciplina della (eventuale) gestione dell'impresa nella Liquidazione giudiziale scostamenti rispetto a quella del fallimento (come riformato nel 2006), alcune interessanti novità si registrano negli altri strumenti sopra rammentati.

Prime di addentrarci nell'esame delle nuove norme, un'avvertenza si impone: ci troviamo al cospetto di strumenti dei quali non può essere predicata una omogeneità né rispetto alla natura, né rispetto alla funzione, né rispetto ai soggetti incaricati di un controllo<sup>21</sup>.

### 5.1. Gli strumenti del CCII nei quali rintracciamo peculiari canoni per la gestione dell'impresa

Prendendo le mosse dallo strumento funzionale al tempestivo accesso alla ristrutturazione - la composizione negoziata<sup>22</sup> - rileviamo che questa non

---

<sup>21</sup> Rispetto ai soggetti possiamo dire che in tutti e tre un "soggetto" con funzioni (anche) di controllo c'è. Per PRO e CP (e ADR) il "soggetto" de qua è anzi previsto fin dalla fase con riserva (art. 44), tale scelta rivelando l'attenzione del legislatore per una fase che altrimenti sarebbe lasciata eccessivamente sguarnita di controlli sia sull'attività d'impresa sia su quella negoziale funzionale al deposito del piano proposta e accordi per ADR).

<sup>22</sup> La letteratura sulla Composizione negoziata è già vasta. Sull'istituto, *ex multis*, S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, 2021; S. BONFATTI, *Profili della composizione negoziata della crisi d'impresa - Natura giuridica, presupposti e valutazioni comparative*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 2021; S. LEUZZI, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 2021; S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero i cambi di*

costituisce una procedura concorsuale.

Si tratta, infatti, un percorso privatistico<sup>23</sup>, uno spazio per negoziare, libero – sia per l'imprenditore che decide se accedervi o meno sia per i creditori altrettanto liberi di parteciparvi o meno –, riservato, contrassegnato dall'intervento *on demand* dell'autorità giudiziaria, quindi, eventualmente protetto, incentivato, strutturato per tessere dialoghi tra le parti, quando l'impresa presenti comprovati profili di risanabilità, nell'ottica di raggiungere (preferibilmente) una delle soluzioni “*target*” di cui al I comma dell'art. 23 o altrimenti una delle altre “più tradizionali” o quella “nuova” di liquidazione ma con utili semplificazioni che di per sé remunerano i creditori, enunciate al secondo comma che, comunque, avranno avuto alle spalle quella fase dialogica, improntata ai canoni di buona fede e correttezza e, quindi (anche) basata su flussi informativi completi e scambievoli.

Sia per la particolare rilevanza degli interessi che arriva ad intercettare, sia per l'esigenza di condurre le trattative rapidamente ed efficacemente nel rispetto reciproco dei diritti di cui ciascuna parte è portatrice, la CN è guidata e vigilata dall'esperto, professionista particolarmente formato nella gestione delle ristrutturazioni aziendali e nelle tecniche necessarie per coadiuvare l'imprenditore – facilitando le trattative e stimolando gli accordi – nella ricerca delle concrete possibilità di risanamento dell'impresa.

Per questa posizione ricoperta e per la funzione svolta, la sua partecipazione alla procedura – coperta dalla garanzia dell'assoluta riservatezza riguardo le informazioni acquisite – è concepita come indispensabile<sup>24</sup>. Egli costituisce il garante della sicurezza delle trattative come è stato evidenziato nella Relazione di accompagnamento al d.l. n. 118/2021.

---

*cultura sono sempre difficili*), in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, 2021; ID., *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunità del creditore, dal codice della crisi alla composizione negoziata*, in *Dir.fall.*, 2022; I. PAGNI – M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 2021; A. ROSSI, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *www.dirittodellacrisi.it* 2021.

<sup>23</sup> Circa la natura della composizione negoziata vi è stata chiarezza fin da subito. Su questo profilo la giurisprudenza è compatta: Trib. Milano, 16 settembre 2022; Trib. Pescara 9 maggio 2022; Trib. Firenze, 6 giugno 2022 tutte rimarcando la volontarietà, la funzione di ospitare trattative volte a ricercare tempestivamente (e sul punto dell'obiettivo di incentivare l'emersione tempestiva della crisi, Trib. Roma, 10 ottobre 2022 e Trib. Siracusa, 14 settembre 2022) un accordo su un piano di risanamento dell'impresa attraverso trattative facilitate dall'esperto, per prevenire la disgregazione del compendio aziendale.

<sup>24</sup> In tal senso in giurisprudenza, Trib. Milano, 14 maggio 2022 Est. Pipicelli.

L'esperto facilita, controlla e monitora ma non è organo di nomina giudiziaria di una procedura (che non c'è).

L'imprenditore è libero di entrare o meno in questo spazio senza che ciò determini a suo carico effetti etichettabili come spossessamento – una gestione libera che può determinare reazioni dell'esperto anche di rilievo specialmente quando vi sia stata richiesta e conferma di misure protettive - ma ciò non significa – come vedremo – che sia uno spazio senza regole e principi.

Volontarietà non importa libertà di manovra.

Entrando nell'area degli strumenti per la ristrutturazione, innanzi tutto, incontriamo la disciplina del piano attestato di risanamento<sup>25</sup> e accordi di ristrutturazione dei debiti<sup>26</sup>.

Il Piano attestato di risanamento esce dal CCII come “la punta più avanzata del processo di privatizzazione della crisi d'impresa”<sup>27</sup> proteso al recupero della continuità dell'impresa. È stato, quindi definito, “strumento di programmazione della gestione di una crisi dell'impresa”<sup>28</sup>. Non è una procedura concorsuale e neanche un procedimento vista la totale assenza del giudice, non rilevando per qualificarlo un eventuale successivo intervento in sede di azione revocatoria esercitata dal curatore della liquidazione giudiziale.

Il piano attestato costituisce lo strumento meno invasivo per affrontare una crisi. Consiste in un “programma di natura aziendale che formalizza una

---

<sup>25</sup> Sul piano attestato nel CCII, *ex multis*, D. BURRONI, *I piani attestati di risanamento nel Codice della crisi*, in *Crisi d'impresa. Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di Danovi e Acciaro, Milano, 2019; G. FAUCEGLIA, *Il piano di risanamento nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, 1281 e ss.; G. B. NARDECCHIA, *Il piano attestato di risanamento nel Codice*, in *Fall.*, 2020, pp. 5 ss.; S. PACCHI, *Il piano di risanamento tu tra disciplina in vigore, prossimo codice è presente pandemico*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021, Liber Amicorum per Alberto Jorio*, Bologna, 2021, 443; R. BROGI, *Codice della crisi d'impresa: gli strumenti di regolazione della crisi di tipo negoziale*, in *Quotidiano Giuridico*, 20 dicembre 2022.

<sup>26</sup> G. BRUNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Contratto e impresa*, 2021, pp. 436 e ss.; L. D'ORAZIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021, Liber Amicorum per Alberto Jorio*, cit., 32 e ss.; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Bari, 2019; A. ZORZI, *Piani di risanamento e accordi di ristrutturazione nel Codice della crisi*, in *Fallimento*, 2020, 993 e ss.

<sup>27</sup> G. B. NARDECCHIA, *Il piano attestato di risanamento nel Codice*, cit., pp. 5 ss.

<sup>28</sup> M. FABIANI, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2023, 92.

strategia d'impresa e sul quale è organizzata un'attività negoziale"<sup>29</sup>.

Se vogliamo in sintesi individuarne la struttura possiamo coglierne gli elementi essenziali nella completa stragiudizialità, nella mancanza di una negoziazione formalizzata e quantificata secondo maggioranze, in quanto gli accordi tra debitore e creditori, pur indispensabili, stanno dietro le quinte, la proposta del piano da parte dell'imprenditore (anch'essa informale) costituendo il nucleo essenziale minimo ma sufficiente dello strumento meno invasivo per la regolazione della crisi.

La minor invasività va però di pari passo con l'assenza di supporti per la continuità predisposti, invece, per gli strumenti più strutturati come gli accordi di ristrutturazione e il concordato preventivo<sup>30</sup>.

In un gradino di maggiore incisività rispetto al piano attestato, si pongono gli accordi di ristrutturazione dei debiti che – nelle varianti rispettivamente ad efficacia estesa e agevolati – costituiscono strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione, ciò importando che mentre gli accordi sono raggiunti in sede stragiudiziale, dovrà poi intervenire, perché producano gli effetti previsti dalla legge, il controllo del Tribunale (l'omologazione) circa la loro idoneità a soddisfare i creditori rimasti estranei (non aderenti) all'accordo.

L'accordo deve essere accompagnato da un piano economico-finanziario la cui disciplina, rispetto al contenuto e alla documentazione di accompagnamento, è la medesima di quella fissata dall'art. 56 CCII per il piano attestato di risanamento.

Nonostante si tratti di strumento semigiudiziale, nessun effetto effetto si produce a carico dell'imprenditore che, rimanendo dominus della sua impresa, prosegue nella gestione senza essere sottoposto ad alcun vincolo né a controllo che si esprima con un regime autorizzatorio. Nonostante ciò, la legge riconosce il divieto delle azioni esecutive e cautelari (ad eccezione negli accordi agevolati) e, in taluni casi, la prededuzione<sup>31</sup>.

L'assenza di invasività del piano attestato e quella scarsa degli accordi di

---

<sup>29</sup> F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 128.

<sup>30</sup> Mi riferisco al blocco delle azioni esecutive e cautelari, alla sospensione delle norme societarie relative agli obblighi degli amministratori in presenza di perdita o di riduzione del capitale (art. 89 CCII); alla transazione fiscale; ai finanziamenti non muniti della prededuzione, così come non lo sono le spese per la gestione dell'impresa, anche se ciò è compatibile con l'assenza di un controllo giudiziale sia, conseguentemente, di un organo di controllo.

<sup>31</sup> Sul punto, v. la critica di M. FABIANI, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 180.

ristrutturazione – attribuibile alla stragiudizialità dell'uno e alla semigiudizialità degli altri – implica l'assenza di effetti sull'imprenditore e di controlli. Ciò non significa, però, che un monitoraggio sull'esecuzione del piano non debba esservi. Il CCII assume l'informazione quale cardine del monitoraggio.

Questo incombe sull'imprenditore e anche sui diretti interessati (i creditori) che potranno imporre al debitore adeguati flussi informativi e modalità che consentano loro un controllo sul piano *in progress*. Il monitoraggio costituisce un dovere per il debitore scolpito nel CCII nell'art. 3 e nell'art. 4 sia quindi calato nel dovere di una gestione organizzata in adeguati assetti "ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative" sia nel dovere di un comportamento negoziale di buona fede, corretto (art. 4, I comma) e trasparente, improntato all'informazione completa e veritiera e funzionale alla tutela dei creditori (art. 4, II comma). Ma poi, agli accordi di ristrutturazione, – ove si riconoscesse all'istituto, aderendo alla tesi della Suprema Corte<sup>32</sup>, natura di procedura concorsuale – potrebbe essere applicata, come canone gestionale, la norma di cui all'art. 4, comma 2, lett. c), con la conseguenza che il debitore deve gestire nell'interesse prioritario dei creditori.

Dal canto loro anche i creditori, oltre al dovere di buona fede e correttezza nell'esecuzione degli accordi (art. 4, I comma) incontrano un vincolo di collaborazione leale con il debitore (art. 4, III comma) durante lo svolgimento delle tappe di soluzione della crisi per la quale hanno instaurato una negoziazione. In tale ottica anche su di loro incombe il dovere di monitoraggio onde evitare che l'esecuzione di atti non più inquadrabili nelle condizioni originarie dell'impresa e, quindi, del piano, rechino pregiudizio alle parti che non solo non potranno giovare delle coperture (da revocatoria e dalla sanzione penale) ma che saranno pregiudicate dal piano divenuto non performante.

In questi strumenti, non è presente, dunque, alcun canone per la gestione dell'impresa – assolutamente libera – ma un monitoraggio permesso attraverso un flusso informativo.

Nell'ideale scala degli attrezzi, dopo piano attestato e accordi, è oggi collocato il piano di ristrutturazione soggetto ad omologa (di seguito PRO)<sup>33</sup>,

---

<sup>32</sup> Cass, 21 giugno 2018, n. 16347 (Rel. Terrusi)

<sup>33</sup> Sul piano di ristrutturazione soggetto ad omologa, S. AMBROSINI, *Piano di ristrutturazione omologato (parte prima): presupposti, requisiti, ambito di applicazione, gestione dell'impresa. E una (non lieve) criticità*, in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, 19.8.2022; M. FABIANI - I. PAGNI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in *Fallimento*, 2022, p. 1025 ss.; G. BOZZA, *Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in *Dirittodellacrisi.it*, 7.6.2022; L. PANZANI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad*

possibile (ma non necessariamente) sbocco di una CN.

Siamo dinanzi ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza che, sulle orme di alcune previsioni della Direttiva *Insolvency* (ma tale assunto è stato da più parti contestato)<sup>34</sup>, consente all'imprenditore (non "fallibile"), che si trovi in stato di crisi o di insolvenza, di operare una ristrutturazione prevedendo il soddisfacimento dei creditori con la distribuzione del valore generato dalla esecuzione del Piano "anche in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione" alla condizione che la proposta sia approvata dall'unanimità da tutte le classi, nelle quali i creditori devono essere obbligatoriamente suddivisi.

Si tratta di un istituto che si colloca in una posizione intermedia<sup>35</sup> tra il concordato preventivo, dal quale si differenzia per l'assenza di una regola distributiva e l'accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa rispetto al quale non impone che i creditori estranei siano soddisfatti per l'intero e prescinde da un processo di adesioni fondandosi, invece, su quello deliberativo<sup>36</sup>.

L'operazione che si vuole realizzare mediante il PRO è legittimata dal voto favorevole di tutte le classi. In questa ipotesi l'ordinamento tollera che le regole

---

*omologazione*, in *Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali*, Fasc. 3/2022; S. BONFATTI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in *Dirittodellacrisi.it*, 15.8.2022, p. 21; G. LENER – L. A. BOTTAI, *Prime applicazioni del PRO: la realtà supera le attese*, in *Dirittodellacrisi.it*, 28.3.2023.

<sup>34</sup> Nel corso dell'iter di approvazione del d.lgs. n. 83/2022, il PRO ha ricevuto un parere parzialmente negativo da parte del Consiglio di Stato (parere n. 832 pubblicato il 13 maggio 2022).

<sup>35</sup> In tal senso anche M. FABIANI, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, cit., 275; M. FABIANI – I. PAGNI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, cit., 1025. L'orientamento, però, che sta prevalendo è nel senso di una sua identificazione con il concordato preventivo: in tal senso, S. AMBROSINI, *Piano di ristrutturazione omologato (parte prima) ecc.*, cit.; L. PANZANI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, cit.

<sup>36</sup> A sostegno di questa tesi possiamo considerare: la prededucibilità dei crediti sorti per effetto di atti compiuti in corso di procedura; la esenzione da revocatoria degli atti posti in essere in esecuzione del "Piano"; l'applicabilità di una serie di norme del Concordato preventivo (per quanto riguarda: il soddisfacimento dei creditori privilegiati; la moratoria del pagamento dei creditori privilegiati; la sospensione della disciplina sulla integrità del capitale sociale; la disciplina delle "Proposte concorrenti"; la disciplina delle "Offerte concorrenti"; la nomina di un Giudice delegato e di un Commissario giudiziale; gli effetti sui contratti pendenti; la disciplina dei "finanziamenti prededucibili" e dei "finanziamenti soci"; gli effetti "impeditivi" nei confronti delle iscrizioni di ipoteche giudiziali; la conseguibilità di misure protettive.

di distribuzione non corrispondano alle regole di graduazione del codice civile, ferma restando la tutela del creditore dissenziente che può chiedere al tribunale di verificare l'assenza di pregiudizio.

Nella sua struttura rinveniamo: la domanda rivolta al tribunale (anche con accesso *ex art.* 44, comma 1, lett. a); il piano con suddivisione dei creditori in classi e articolato secondo lo schema di cui all'art. 64-*bis*, comma 1, e la proposta rivolta ai creditori.

Ciò che l'imprenditore chiede al tribunale non è, *sic et simpliciter*, "l'omologazione di un piano" (come ne discorre il comma 1, lett. a) dell'art. 44) bensì l'ammissione a un procedimento nel corso del quale, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria, si formerà la volontà dei creditori sulla proposta.

L'art. 64 *bis*, comma 4, CCII dispone che a seguito della presentazione del ricorso per l'ammissione al PRO il Tribunale valuti la "mera ritualità della proposta" verificando "la correttezza dei criteri di formazione delle classi": procedendo poi – in caso di esito positivo delle valutazioni – alla nomina del giudice delegato e del Commissario giudiziale (anche confermando quello eventualmente già nominato ai sensi dell'art. 44, comma 1 lett. b), ed adottando i provvedimenti "organizzativi" previsti dall'art. 47, comma 2, lettere c) e d) del CCII).

Al Commissario giudiziale si applica l'art. 92 CCII (art. 64-*bis*, comma 9) che comporta l'attribuzione delle funzioni tradizionali – il *nocciolo duro* delle sue attività - di vigilanza, consultazione (attraverso i pareri) e informazione o segnalazione. Vedremo poi come queste funzioni siano delimitate dal mancato richiamo di altre norme del cp che dettagliano l'attività di questo organo.

Infine, al vertice della scala degli attrezzi, incontriamo il concordato preventivo<sup>37</sup> – procedura concorsuale oggi inserita tra gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza di cui all'art. 2, lett. m-*bis*), – che può essere proposto dall'imprenditore in stato di crisi o di insolvenza, assoggettabile a liquidazione giudiziale, sulla base di un piano (il cui contenuto è tipizzato dall'art. 87), che miri ad assicurare al tempo stesso la sostenibilità economica dell'impresa e ad attribuire a ogni creditore un trattamento non deteriore rispetto

---

<sup>37</sup> Sulla metamorfosi del concordato preventivo dalla legge fallimentare fino al Codice della crisi e dell'insolvenza, v. E. RICCIARDIELLO, *Il nuovo concordato preventivo "in pillole"*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 25 agosto 2022; ID., *I lineamenti del nuovo concordato preventivo*, in S. Ambrosini (a cura di), *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, Bologna, Zanichelli, 2022, pagine 733 e seguenti; L. PANZANI, *Le finalità del concordato preventivo*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 10 ottobre 2022; F. PANI, *Appunti sulle tipologie di concordato preventivo nel nuovo Codice della crisi*, in *Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it* del 28 febbraio 2023.

a quello ritraibile nell'evenienza liquidatoria (c.d. criterio di equivalenza o non deteriorità del trattamento).

Nel recepimento della Direttiva *Insolvency* è stato significativo l'intervento sulla normativa disciplinante il concordato preventivo in continuità aziendale, - risultando solo marginali i ritocchi al concordato meramente liquidatorio - le modifiche mirando a garantire maggiore libertà di azione dell'imprenditore; a valorizzare il consenso dei creditori e a ridurre, in un'ottica di efficienza e rapidità del processo di ristrutturazione, il ruolo del tribunale.

In questo quadro disciplinare, il commissario giudiziale mantiene il ruolo di "controllore a tutto campo" funzionale ad una esauriente informazione dei creditori. Le norme sul commissario giudiziale, nella sostanza, ricalcano le omologhe già contenute nella previgente legge fallimentare, con le dovute eccezioni che segnalerò e che rendono tale organo ulteriormente "responsabilizzato", al pari (del resto) di tutti gli altri soggetti che operano nell'ambito della crisi.

## **6. Il canone per la gestione dell'impresa nella Composizione negoziata**

Giungendo adesso al discorso sulla gestione dell'impresa e perimetrandolo ai tre strumenti dei quali intendo occuparmi, devo preliminarmente indicare le norme del Codice della crisi che rispetto al nostro tema costituiscono il riferimento d'obbligo.

In particolare, segnalo, quale norma quadro: l'art. 4, comma 2 lett. c) che pone a carico del debitore il dovere di gestire il patrimonio o l'impresa durante *i procedimenti* nell'interesse prioritario dei creditori (Doveri delle parti).

A queste si aggiungono poi le specifiche norme: l'art. 16, comma 4 (Requisiti di indipendenza e doveri dell'esperto e delle parti) che pone a carico del debitore il dovere di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori; l'art. 21 (Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative); l'art. 64-*bis*, commi 5 e 6 (Piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione); gli artt. 94 (Effetti della presentazione della domanda di concordato) e 100 (Autorizzazione al pagamento di crediti pregressi).

Diversi sono gli effetti che ciascuno dei rammentati strumenti produce a carico dell'imprenditore/debitore in termini di poteri gestori.

In ragione della natura squisitamente privatistica e non concorsuale della composizione negoziata, l'imprenditore permane nel pieno governo dell'impresa, abbracciando questa sia i pagamenti che gli atti di straordinaria

amministrazione<sup>38</sup>.

Come si presenta oggi il sistema della gestione dell'impresa in questo percorso protetto, agevolato e regolato della CN?

Le trattative devono svolgersi nel binario della buona fede e correttezza e a tal fine la gestione dell'impresa, se pur libera da vincoli non trattandosi di procedura concorsuale, deve cionondimeno seguire alcuni principi che possono sussumersi in un dovere di informazione dell'esperto e in obbiettivi vincolati (v. artt. 16, co.4 e 21).

In questo percorso l'autonomia gestionale dell'imprenditore non è scalfita neppure dall'inserimento di eventuali momenti giurisdizionali sollecitati da richieste dello stesso imprenditore. L'estraneità della CN al circuito giudiziale<sup>39</sup> "implica un arretramento dell'intervento giurisdizionale"<sup>40</sup> e rispetto ai poteri gestori dell'imprenditore è confermata dall'assenza di un regime autorizzatorio anticipando ciò che si ritrova nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologa.

Il legislatore della composizione negoziata, nell'intento di non ingessare la conduzione dell'impresa con un regime autorizzatorio, consegna all'imprenditore (art. 21) per un verso una serie di criteri funzionali al risanamento dell'impresa (sostenibilità) e alla tutela dei creditori (prevalente interesse dei creditori), per l'altro, indicazioni circa il dialogo che (almeno) su determinati atti gestori deve instaurarsi tra imprenditore ed esperto.

Il primo comma dell'articolo 21 fissa, dunque, i criteri di massima che l'imprenditore è tenuto a rispettare nell'ambito delle trattative per consentire il risanamento dell'impresa e tutelare i creditori.

In particolare, l'imprenditore, in caso di ricorrenza di un attuale stato di crisi, deve [oltre a dover programmare il superamento della crisi] condurre la gestione dell'impresa in modo da salvaguardare la sostenibilità economico-finanziaria dell'attività, così da mantenere l'equilibrio economico-finanziario non solo nel breve ma anche nel medio termine<sup>41</sup>. Come è stato spiegato: "la gestione

---

<sup>38</sup> Tale previsione è in armonia con le indicazioni più radicali sul c.d. *debtor in possession* di cui all'art. 5 della Direttiva UE 2019/1023.

<sup>39</sup> S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *ilcaso.it*, 3.

<sup>40</sup> F. CESARE, *La nuova composizione negoziata della crisi e il concordato liquidatorio semplificato*, in *il fallimentarista.it*, 19 agosto 2021.

<sup>41</sup> A tal riguardo il decreto dirigenziale chiarisce alla sezione terza nel punto 7.5, che non vi è di norma pregiudizio per la sostenibilità economico finanziaria quando nel corso della composizione negoziata ci si attende un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, o quando, in presenza di margine operativo lordo negativo, esso sia

dell'impresa deve essere improntata alla conservazione della sostenibilità economico-finanziaria della attività; se c'è continuità, non sono pretesi comportamenti meramente conservativi (v. art. 2486 c.c.) ma è richiesta l'adozione di condotte imprenditoriali che siano allineate, proprio, al mantenimento della continuità".<sup>42</sup>

Nell'ipotesi in cui nel corso della composizione negoziata risulti, però, che l'imprenditore è insolvente ma sussistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso deve fare in modo che la gestione dell'impresa persegua il prevalente interesse dei creditori<sup>43</sup>.

Quando l'insolvenza non impedisca la risanabilità, la composizione negoziata può proseguire con un riflesso però sulle regole gestorie che impongono un operato attento a non pregiudicare i diritti dei creditori senza con ciò costringendo ad una gestione meramente conservativa che di per sé si pone in contrasto con progetti di risanamento. In sostanza si chiede all'imprenditore di organizzare la gestione in modo da consentire il soddisfacimento quanto più possibile delle pretese creditorie.

Queste previsioni si pongono *in un continuum* con quella di cui all'articolo 2086 comma 2, c.c., per la quale 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 e della perdita della continuità aziendale, nonché 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, così come con quella di cui all'articolo 2486 comma 1, c.c., per la quale, al verificarsi di una causa di scioglimento, gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

Il rispetto dei criteri di gestione sopra indicati (art.21) è nel complesso funzionale ad assicurare all'imprenditore l'ordinata prosecuzione delle trattative, ed evitare l'eventualità che l'esperto si formi un'opinione negativa sul possibile

---

compensato dai vantaggi per i creditori, derivanti, secondo una ragionevole valutazione prospettica, dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei beni che lo compongono).

<sup>42</sup> I. PAGNI – M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, cit.

<sup>43</sup> Tale canone viene ripreso nell'art. 64-bis, comma 5 e applicato, quindi, sia che il PRO sia aperto in presenza di crisi o d'insolvenza.

esito delle stesse e suggerisca l'archiviazione della procedura. Il secondo comma dell'articolo 21 dispone, infatti, che l'imprenditore debba informare preventivamente l'esperto del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione dei pagamenti che non siano coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento<sup>44</sup>.

Gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione<sup>45</sup> che necessitano di preventiva comunicazione all'esperto da parte dell'imprenditore sono quelli che modificano o alterano la consistenza del patrimonio su cui incidono, in particolare in tema di crisi di impresa il perimetro degli atti di straordinaria amministrazione è stato precisamente delimitato dalla giurisprudenza: sono gli atti idonei ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determinano la riduzione ovvero lo gravano di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi<sup>46</sup>.

Costituiscono invece atti di ordinaria gestione, non soggetti a preventiva comunicazione, quelli strettamente aderenti alle finalità e alle dimensioni del suo patrimonio, che - ancorché comportanti una spesa elevata - lo migliorino o anche solo lo conservino, nonché quelli relativi alla prosecuzione dei rapporti negoziali pendenti, ove inerenti alla gestione caratteristica dell'impresa e non incidenti in modo innovativo sul suo patrimonio<sup>47</sup>. Ne discende che la

---

<sup>44</sup> In ogni caso, anche alla luce del rapporto virtuoso e collaborativo tra debitore ed esperto auspicato dal legislatore, sarà buona prassi che l'imprenditore, laddove incerto sulla natura dell'atto che intende porre in essere, non esiti a notiziare prontamente l'esperto di tale atto. Al fine di consentire all'imprenditore di assolvere agli obblighi informativi sullo stesso gravanti il decreto dirigenziale precisa alla Sezione terza( 7.2) che “è opportuno che l'esperto, nel corso del primo incontro, faccia presente all'imprenditore che, con preavviso adeguato, deve informarlo preventivamente per iscritto e tramite la piattaforma telematica quando intenda porre in essere atti di straordinaria amministrazione e tutte le volte che i pagamenti che intende eseguire possano non risultare coerenti con l'andamento delle trattative e le prospettive di risanamento. A tal fine opportuno che l'esperto indichi i tempi in cui l'informativa dovrà intervenire”.

<sup>45</sup> Questi sono elencati, ancorché in via soltanto esemplificativa, nel decreto dirigenziale (Sezione terza, 7.3) il quale annovera: le operazioni sul capitale sociale e sull'azienda; la concessione di garanzie; i pagamenti anticipati delle forniture; la cessione pro soluto di crediti; l'erogazione di finanziamenti a favore di terzi e di parti correlate; la rinuncia alle liti e le transazioni; le ricognizioni di diritti di terzi; il consenso alla cancellazione di ipoteche; la restituzioni di pegni; l'effettuazione di significativi investimenti; i rimborsi di finanziamenti ai soci o a parti correlate; la creazione di patrimoni destinati e forme di segregazione del patrimonio in generale; gli atti dispositivi in genere.

<sup>46</sup> Così, Cass., 20 ottobre 2005, n. 20291.

<sup>47</sup> Tra le decisioni della S.C. che più chiaramente ha disegnato il perimetro degli atti di ordinaria amministrazione, Cass. 21 ottobre 2011, n. 2194.

distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione dovrà essere valutata di volta in volta, alla luce dell'attività concretamente svolta dall'impresa, della sua dimensione, della natura dell'atto e della sua incidenza sul patrimonio aziendale<sup>48</sup>.

In questo binario come deve muoversi l'imprenditore? Questi deve seguire alcuni principi che possono sussumersi in un dovere di informare l'esperto che – quasi in un contrappunto – può manifestare la sua contrarietà all'atto fino ad incidere sulle trattative ma, comunque, non sull'atto.

All'imprenditore corrisponde il dovere di *disclosure* (da questa informazione si può innescare una spirale di azioni e reazioni, comunque ben lontana da uno spossessamento anche solo in forma attenuata) mentre l'esperto è investito del compito di rispondere segnalando/ammonendo circa la potenzialità dell'atto a pregiudicare i creditori, le trattative e le prospettive di risanamento.

Nella fase delle trattative, a seguito della segnalazione dell'atto, deve essere seguito il procedimento disciplinato dai commi 3 e 4 dell'articolo 21.

Cosa fa l'esperto rispetto alla conduzione dell'impresa del debitore? Monitora se sussistono le condizioni di risanabilità e sorveglianza che la gestione

---

<sup>48</sup> Tale clausola, assai generica, rischia di dar luogo a difficoltà applicative di non poco momento: per esempio in tema di pagamento dei crediti indifferibili o dei crediti c.d. strategici, laddove si potranno prevedibilmente registrare visioni differenti tra l'imprenditore - per il quale spesso tutto è urgente e indifferibile - e l'esperto, che sarà normalmente portato a valutare in un'ottica prudenziale i pagamenti necessari per la gestione delle imprese e coerenti con le trattative in corso e le prospettive di risanamento. Anche riguardo i pagamenti, la loro non coerenza andrà valutata caso per caso in relazione sia allo stato delle negoziazioni in essere con i creditori, sia alle concrete possibilità di risanamento dell'impresa e quindi di uscita dallo stato di crisi della stessa. Pure in tale caso in presenza di un qualsiasi dubbio circa la coerenza del pagamento è buona prassi che l'imprenditore comunichi all'esperto l'atto che intende compiere. Cercando di risolvere a monte i problemi, il decreto dirigenziale offre alcuni suggerimenti nella Sezione terza. 7.4, tra i quali: di fare particolare attenzione a pagamenti diversi da seguenti: pagamento di retribuzioni ai dipendenti, pagamento di provvigioni ad agenti e compensi a collaboratori coordinati e continuativi, pagamento di debiti fiscali e contributivi, pagamento di debiti commerciali nei confronti di coloro che non siano parti correlate e comunque nei termini d'uso se finalizzati a non pregiudicare il ciclo degli approvvigionamenti di beni o servizi, il pagamento di rate di mutuo e canone di leasing alle scadenze contrattuali, quando non è in essere una moratoria dei pagamenti, tutte le ipotesi in cui il mancato pagamento determini la perdita del beneficio del termine in caso di rateazione. I pagamenti non ricompresi in questo elenco, quindi, potenzialmente possono essere non coerenti in virtù di una specie di presunzione legale e devono essere valutati con particolare attenzione dall'imprenditore e quindi dall'esperto.

dell'impresa non pregiudichi l'andamento delle trattative compromettendo il risanamento e, quindi, recando pregiudizio all'interesse dei creditori.

Una notazione mi pare d'obbligo: essendo l'esperto un facilitatore nell'ambito delle trattative, il potere di controllare l'attività dell'imprenditore e di (eventualmente) ingerirsi, seppure formalmente dall'esterno, nella gestione delle imprese è limitato alle ipotesi più gravi, ossia quelle nelle quali, in spregio dei principi di correttezza e buona fede, le scelte dell'imprenditore appaiono in contrasto con la tutela dei creditori, l'andamento delle trattative e le prospettive del risanamento.

Calando l'osservazione nel tema della gestione, anzitutto, l'esperto deve segnalare per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo (se nominato) l'atto che ritiene possa recare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento. L'obbligo di segnalazione in ipotesi di ravvisata incoerenza opera con riguardo ad entrambe le fattispecie, mentre discrezionale è l'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese (sì che la segnalazione potrebbe permanere ad uno stadio di confidenzialità); segnalazione che è, viceversa, obbligatoria, qualora, ad avviso dell'esperto, l'atto possa arrecare pregiudizio ai creditori.

Come chiarito dal Decreto dirigenziale (del 28 settembre 2021) sono ragionevolmente coerenti con l'andamento delle trattative, tra gli altri, i pagamenti delle retribuzioni ai lavoratori subordinati; dei debiti fiscali e previdenziali; dei ratei di mutuo o di leasing; dei debiti commerciali funzionali al ciclo degli approvvigionamenti di beni o servizi; possono essere coerenti – va aggiunto, se il “sottostante” è funzionale alla continuità – anche i pagamenti di debiti rateizzati, ove l'inadempimento fosse sanzionato con la decadenza dal beneficio del termine. Peraltro, adempiendo all'obbligazione di informazione preventiva (la cui violazione riterrei esponga a responsabilità risarcitoria), l'imprenditore può conseguire un significativo beneficio, sempre che non vi sia l'espressione del dissenso da parte dell'esperto, vale a dire l'esenzione da revocatoria, ai sensi del co. 2 dell'art. 12.

Relativamente al pregiudizio ai creditori, il decreto dirigenziale del 28 sett 2021 (nella sezione terza. 7.6) evidenzia che l'esperto tiene anche conto della sostenibilità economico finanziaria dell'impresa e dei vantaggi per i creditori derivanti, secondo una ragionevole valutazione prognostica, dalla continuità aziendale.

Non ricorre alcun pregiudizio, ad esempio, quando i finanziamenti richiesti siano necessari ad assicurare la continuità aziendale e l'impresa sia in grado di

rimborsare gli stessi attraverso i soli flussi derivanti dalla prosecuzione dell'attività.

Vi è viceversa pregiudizio, ad esempio, quando le utilità per i creditori vengano compromesse, anche solo parzialmente, dalla maggiore esposizione debitoria derivante dal finanziamento (Sezione terza. 7.9)

L'imprenditore può fornire chiarimenti in proposito, come segnala il decreto dirigenziale al punto 7.9 della sezione terza e quando ritenga ugualmente di compiere l'atto nonostante la predetta segnalazione, l'esperto, con atto non impugnabile, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese nei successivi 10 giorni. Tale facoltà diviene invece un preciso dovere quando l'atto di gestione compiuto pregiudica gli interessi dei creditori.

Nel caso in cui l'esperto ometta la segnalazione di cui al comma 3 ovvero l'iscrizione di cui al comma 4, si forma il tacito assenso sull'atto di gestione da parte dell'esperto.

Nell'ipotesi in cui, invece, l'imprenditore ometta di comunicare il compimento dell'atto, il decreto dirigenziale, alla sezione terza. 7.10, prevede che l'esperto, venuto a conoscenza dell'atto del pagamento, possa esprimere in ogni momento il proprio dissenso, se ne sussistono i presupposti, attraverso l'iscrizione nel registro delle imprese.

Se nonostante la segnalazione dell'esperto l'atto venga ugualmente compiuto, il potere dell'esperto assume un'incisività superiore sigillando l'opposizione con l'iscrizione nel registro delle imprese – obbligatoria se l'atto è fonte di pregiudizio per i creditori – e, in presenza di misure protettive, con segnalazione al tribunale. In tal caso la censura sull'atto si riflette sulla composizione negoziata in atto con possibili pesanti conseguenze secondo quanto raffigurato nel comma 6 dell'art. 19 CCI.

L'iscrizione nel registro delle imprese del dissenso dell'esperto rispetto agli atti compiuti è, dunque, gravida di pesanti conseguenze per l'imprenditore.

Innanzitutto, la segnalazione implicherà ragionevolmente la perdita di credibilità dell'imprenditore nei confronti dei creditori e sfodererà una spada di Damocle sulle trattative in corso. Nella sostanza, anche se non formalmente, il compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte dell'imprenditore rimane fortemente condizionato dalle valutazioni dell'esperto.

L'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese ha come effetto quello di rendere pubblica la procedura, che - di per sé - è caratterizzata da riservatezza.

Ma non solo.

Con l'esercizio di questo potere dell'esperto – nel caso in cui non vi fosse stata ancora richiesta da parte dell'imprenditore con conferma da parte del tribunale di misure protettive – si apre una breccia nella riservatezza (uno dei caratteri appetibili della CN) mentre nel caso in cui la protezione fosse stata acquisita, grazie alla segnalazione dell'esperto al giudice che ha emesso i provvedimenti di cui al comma 4 dell'art. 19, si incrina la campana di vetro sotto la quale stavano avvenendo le trattative, potendo il giudice revocare le misure protettive e cautelari, o abbreviarne la durata, alla luce del comportamento dell'imprenditore risultando inutili al buon esito di trattative, probabilmente già compromesse, e pregiudizievoli per i creditori.

Ma c'è di più perché da un lato art. 24, co. 3) “Gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono in ogni caso soggetti alle azioni di cui agli articoli 165 e 166 se, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 21, comma 4, o se il tribunale ha rigettato la richiesta di autorizzazione presentata ai sensi dell'articolo 22” e, dall'altro, se “Le disposizioni di cui agli articoli 322, comma 3, e 323 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto ai sensi dell'articolo 17, comma 5”, tale esenzione viene meno quando siano state effettuate le iscrizioni previste dall'articolo 21, comma 4.

Si consideri, inoltre, che l'articolo 24, comma 4, prevede la responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti, norma questa che è all'evidenza si riferisce anche agli atti posti in essere nonostante la segnalazione per iscritto dell'esperto e per i quali è stato regolarmente iscritto il dissenso. Quella contemplata dall'articolo 24 è una responsabilità civile per violazione, non solo dei doveri di informazione imposti dall'articolo 21, ma anche dei più generali doveri comportamentali di buona fede e correttezza (art 16, comma 4) e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori.

Il risarcimento sarà misurato al pregiudizio causato agli interessi dei creditori.

In ipotesi di atti posti in essere in pregiudizio dei creditori per i quali eventualmente sia intervenuta l'iscrizione del dissenso si potranno inoltre configurare eventuali responsabilità penali dell'imprenditore, ricavabili a

contrario dall'ultimo comma dell'articolo 24, laddove si prevede l'inapplicabilità dei reati di bancarotta fraudolenta e di bancarotta semplice per i pagamenti e le operazioni compiute nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, effettuati in coerenza con l'andamento delle trattative nella prospettiva del risanamento dell'impresa nonché per gli atti autorizzati dal tribunale a norma dell'articolo 22.

In conclusione: la composizione negoziata può svolgersi con maggiore autonomia dell'imprenditore nella gestione dell'impresa e con nessun condizionamento dell'esperto dalle convinzioni o preoccupazioni del tribunale.

L'esperto ha, infatti, un ruolo diverso dal commissario giudiziale del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione. Non dipende dal tribunale che nei casi in cui è chiamato ad intervenire in sede di autorizzazione dei finanziamenti o della cessione da azienda o nell'autorizzazione alla proroga delle misure protettive.

Inoltre, l'imprenditore non è formalmente vincolato dal parere dell'esperto.

A me pare che la legge non voglia che l'esperto si trasformi in rigido controllore dell'attività dell'imprenditore. Non deve ingerirsi nella gestione dell'impresa se non in casi estremi. Ciò può avvenire quando le scelte dell'imprenditore siano in contrasto con la tutela dei creditori, l'andamento delle trattative, le prospettive di risanamento e violino quindi principi di correttezza e buona fede.

## **7. Il canone per la gestione dell'impresa nel Piano di ristrutturazione soggetto ad omologa**

Rispetto a questo istituto – come già detto – è prevista la nomina di un commissario giudiziale al quale si applica l'art. 92 CCII che ne fissa i compiti di vigilanza, informativi, di segnalazione e, rispetto, alla fattispecie in continuità, collaborativi rispetto alla negoziazione (in proposito la mente andando all'esperto facilitatore) “formulando, ove occorra, suggerimenti per la sua redazione” (art. 92. comma 3).

L'imprenditore può avvalersi anche per il PRO della domanda con riserva, al cospetto della quale il Tribunale fissando il termine, nomina un commissario giudiziale “disponendo che questi riferisca immediatamente al tribunale su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi” e munendolo dei poteri di cui all'art. 49, comma 3, lett. f). In questa fase con riserva, i poteri di controllo del commissario giudiziale rispetto

all'istituto in esame, si dirigono al passato (atti in frode non dichiarati) e al presente (circostanze o condotte del debitore, obblighi informativi periodici).

Rispetto alla gestione del debitore questa non conosce le restrizioni che, invece si producono nella fase di riserva del CP, non essendo richiamato l'art. 46, commi 1 e 2 che limita la gestione straordinaria agli atti urgenti e, comunque, previa autorizzazione del tribunale<sup>49</sup>.

Ne discende che il canone applicabile – sia alla fase con riserva che a quella piena e a prescindere dall'esistenza di uno stato di crisi o d'insolvenza – è quello tracciato nell'art. 64-*bis*, comma 5, per cui “dalla data di presentazione della domanda e fino all'omologazione, l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, sotto il controllo del commissario giudiziale secondo quanto previsto nel comma sei. L'imprenditore gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori”. Sia alla fase con riserva che a quella piena si applica il comma 6 dell'art. 64-*bis*. Sul rispetto dell'interesse dei creditori veglia il commissario giudiziale.

L'*incipit* del comma 5 riecheggia quello dell'art. 94, norma che, però, non solo – insieme all'art. 100 che disciplina l'esecuzione di pagamenti di debiti pregressi – non è richiamata nel comma 9 dell'art. 64-*bis*, ma dalla quale si registra, comunque, una presa di distanza.

L'art. 64-*bis* si discosta, infatti, dall'art. 94, oltre che per l'assenza del riferimento all'amministrazione del patrimonio e all'utilizzo del termine controllo anziché vigilanza con riferimento all'attività del commissario giudiziale, anche per la mancata riproduzione del regime autorizzatorio per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione e per l'inserimento del canone del prevalente interesse dei creditori che dovrebbe guidare la conduzione dell'impresa.

Quest'ultimo aspetto – la bussola (in analogia a quanto l'art. 21 dispone per la CN quando, però, vi sia insolvenza) del prevalente interesse dei creditori anziché quella più rigida, che esclude ponderazioni valoriali, del “prioritario interesse dei creditori”<sup>50</sup> che è assunta, invece, dall'art. 4, comma 2, lett. c),

---

<sup>49</sup> Parlano di “vantaggio” rispetto al concordato preventivo, P.D. BELTRAMI e F. CARELLI, *La gestione dell'impresa nel Piano di ristrutturazione soggetto ad omologa*, in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, del 17 novembre 2022, 9.

<sup>50</sup> Nel dizionario Treccani, l'aggettivo prioritario qualifica chi ha la priorità, chi deve avere la priorità, cioè la precedenza, in quanto più importante, più valido, più significativo. Diversamente, l'aggettivo prevalente che corrisponde a ciò “che ha maggiore diffusione, importanza o consistenza; predominante, preminente, dominante.

come cardine del dovere gestionale del debitore – non può, a mio avviso, essere svalutato, vuoi quando si rifletta sul percorso compiuto dal legislatore verso la valorizzazione dell'impresa e, quindi, della continuità<sup>51</sup>, vuoi quando si legga l'art. 64-bis, comma 5, nella sua globalità.

L'aver posto il canone del prevalente interesse dei creditori sganciando nel contempo la gestione da ogni vincolo autorizzatorio, sostituito da un onere di comunicazione, fissa chiaramente le regole di questo terreno di gioco che è palesemente diverso perché consente di tener conto della concreta situazione della singola fattispecie senza ipostatizzare l'interesse dei creditori. Ciò perché si vuole che uno strumento “flessibile” come il PRO sfrutti – sulla scia dei canoni gestionali suggeriti dagli interventi unionali evidentemente protesi a facilitare ogni ristrutturazione – il vantaggio di una conduzione “light” dell'impresa.

Il PRO, prese le distanze sia dal concordato preventivo per quanto riguarda il regime autorizzatorio, sia dagli adr per quanto riguarda l'assoluta libertà gestionale del debitore (con i limiti però di cui all'art. 4), si muove, sulla falsariga della composizione negoziata<sup>52</sup> senza, tuttavia, veder riprodotti distinti canoni operativi a seconda della presenza di crisi o insolvenza.

Poiché dall'impianto complessivo dell'istituto si evince che si colloca in una posizione intermedia tra CP e ADR, il legislatore lascia nelle mani del debitore la gestione ordinaria e straordinaria, tra cui anche la possibilità di effettuare pagamenti a favore dei creditori anteriori.

Aderisce, quindi, al 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.

---

<sup>51</sup> Su questa possibile duplicità di piani v. però le considerazioni di S. AMBROSINI, *Doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del Codice della Crisi e della “miniriforma” del 2021*, in *Dialoghi di diritto dell'economia, Diritto bancario.it*, novembre 2021. L'Autore tratta approfonditamente la questione sul versante della responsabilità degli amministratori.

<sup>52</sup> Secondo G. BOZZA, *Il Piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in *Dirittodellacrisi.it*, del 7 giugno 2022, questa impostazione sarebbe da ricollegare all'idea del legislatore secondo il quale “si ha una procedura concorsuale solo “quando è la legge che stabilisce come le risorse del debitore debbono essere distribuite tra i creditori”, sicché, poiché il PRO può prescindere dalle regole distributive delle procedure concorsuali consentendo che il ricavato del piano sia assegnato ai creditori senza vincoli di distribuzione, non si sarebbe in presenza di una procedura, da cui il richiamo del sistema creato per la composizione negoziata (e, probabilmente, la limitazione della vigilanza alla sola gestione dell'impresa)”.

Fermo restando che, per questi ultimi nonché per l'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti con il piano di ristrutturazione proposto, il commissario deve essere preventivamente informato, e potrà segnalare all'imprenditore e all'organo di controllo il proprio eventuale dissenso, o perché trattasi di atto che potrebbe arrecare pregiudizio ai creditori, o perché atto non coerente rispetto al piano.

Nel caso in cui, nonostante la segnalazione, l'atto di straordinaria amministrazione fosse comunque compiuto, lo stesso rimane efficace nei confronti dei terzi in quanto, per l'appunto, non necessitante di autorizzazione, ma il commissario giudiziale dovrà informare il tribunale, ai fini dell'adozione dei provvedimenti di cui all'articolo 106 CCI, e cioè l'eventuale revoca dell'ammissione nell'ipotesi di compimento di atti in frode ai creditori<sup>53</sup>.

In caso di revoca o in mancanza o diniego di omologazione, non si produce l'effetto esonerativo per le azioni revocatorie di cui all'art. 166, a 3, CCII, comma 3 lett. e), CCII, rispetto agli atti compiuti in esecuzione del piano e ad esso conformi, non anche quelli compiuti nel periodo compreso tra la domanda e la sentenza di omologa.

Se, però nonostante il dissenso del commissario, si giungesse all'omologa, permanerebbe l'effetto esonerativo, non essendo questo influenzato o impedito, da quel dissenso.

Nel caso di dissenso del CG l'atto non può reputarsi "legalmente compiuto", dovendosi allora negare che da esso si generi la prededuzione a favore del credito generato.

## **8. Il canone per la gestione dell'impresa nel concordato preventivo**

L'art. 94, al comma 1, sancisce il principio del c.d. spossessamento attenuato del debitore (cui fa da contraltare il suo spossessamento pieno nella procedura di liquidazione giudiziale).

Dalla data di presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo e fino all'omologazione, infatti, il debitore conserva

---

<sup>53</sup> 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'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. Questo è il canone gestionale che differenzia il concordato preventivo dagli altri strumenti di regolazione della crisi, richiamando alla mente quello posto al curatore della liquidazione giudiziale il quale, per gli atti di straordinaria amministrazione, deve procedere all'integrazione dei propri poteri (art. 132 CCII) attraverso l'autorizzazione o del comitato dei creditori o del giudice delegato.

Il compito precipuo del commissario giudiziale è quindi quello di controllare l'operato dell'imprenditore, a cominciare dall'osservanza del divieto – sancito dal comma 2 dell'art. 94 CCII – di compiere, senza l'autorizzazione del giudice delegato, atti che eccedano l'ordinaria amministrazione.

Riguardo all'integrazione dei poteri del debitore in concordato, il CCII – con un chiaro intento semplificativo – è intervenuto su vari piani. Per un verso l'autorizzazione può essere concessa prima dell'omologazione, sentito il commissario giudiziale, se l'atto è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Per un altro, il tribunale può stabilire (con decreto) un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione. Per un altro ancora, il CCII prevede una flessibilizzazione delle procedure per una categoria di atti che da un lato possono interferire sulle prospettive di soddisfacimento dei creditori (l'alienazione e l'affitto d'azienda, di suoi rami e di specifici beni), dall'altro possono rallentare – talvolta con significativo pregiudizio non solo per i creditori ma anche per l'attività – la trasmissione di compendi.

In linea di principio, questi atti, debitamente autorizzati dal giudice delegato, impongono, infatti, l'esperimento di procedure competitive, previa stima ed adeguata pubblicità. È su questo aspetto, allora, che interviene il CCII disponendo che ogniqualvolta possa risultare compromesso irreparabilmente, a causa di questi adempimenti, l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento, il tribunale può autorizzare in caso di urgenza, sentito il commissario giudiziale, gli atti suddetti senza far luogo a pubblicità e alle procedure competitive.

Il legislatore del CCII – sulla linea della Direttiva – anche nello strumento più articolato e strutturato ha inteso esprimere in alcune norme l'intento di rendere possibile una regolazione efficace della crisi attraverso semplificazioni introdotte nella gestione del risanamento ed anche nella gestione dell'impresa<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> Al raggiungimento di tale obiettivo è protesa anche la previsione (di cui all'art. 92, comma 3 per il concordato in continuità aziendale), di un inedito ruolo propulsivo assegnato al

In ogni modo, se per certi aspetti si può parlare di flessibilizzazione, dall'altra occorre registrare un'intensificazione delle funzioni di vigilanza del commissario sulla scorta dell'art. 44, comma 1, lett. b), CCII e dell'art. 46.

L'art. 44, comma 1, lett. b), dispone che il commissario giudiziale deve riferire immediatamente al Tribunale – per le opportune conseguenze – “su ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda, ovvero su ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi”.

Intanto la funzione di vigilanza del commissario giudiziale, già al momento della c.d. fase prenotativa, dovrà essere condotta, non solo riguardo alle attività e ai comportamenti del debitore concordatario successivi alla presentazione della domanda, ma anche riguardo alle condotte poste in essere dall'imprenditore prima dell'ammissione della domanda.

Dal testo dell'art. 44, comma 1, lett. b), CCII, si evince che la norma, scolpendo l'obbligo di segnalazione del commissario, si rivolge sia a tutte le condotte pregiudizievoli per un'efficace soluzione della crisi (come tali riferibili al momento che segue l'ammissione) sia alle condotte fraudolente che il debitore concordatario non abbia dichiarato all'interno della domanda (riferibili invece al momento antecedente alla presentazione dell'istanza).

“Allo stato attuale della disciplina, pare fondato ritenere che il commissario sia tenuto ad accertare non solo l'esistenza di quelle condotte successive al decreto di ammissione, che hanno l'effetto di frodare i creditori perché vanno ad incidere sul patrimonio dell'impresa e sulla tenuta del piano prospettato (conformemente a quanto già previsto dalla disciplina previgente), ma anche di tutti quei comportamenti anteriori da cui risulti l'eventuale intenzione del debitore di ingannare i creditori, proponendo ad essi un concordato che non tenga conto di tutto l'attivo e il passivo dell'impresa. In questo modo l'attuale disciplina anticipa il momento dell'attività accertativa da parte del commissario, che valuta le condotte pregresse sin dalla presentazione della domanda con riserva, consentendo chiaramente di risparmiare tempo e risorse, altrimenti superflue, per una procedura “immeritevole”, sin dalla sua primogenitura”<sup>55</sup>.

---

commissario giudiziale, non solo limitato all'affiancamento delle parti nel procedimento di concordato, ma, anche partecipativo nella predisposizione ed elaborazione del piano.

<sup>55</sup> M. MONTELEONE, *Funzione e ruolo del commissario giudiziale*, in *Gli organi nel vigente codice della crisi d'impresa* a cura di M. MONTELEONE, Milano, 2023, 238, il quale osserva inoltre che “l'estensione dell'attività di vigilanza attualmente prevista appare diversa rispetto al passato in quanto, sembrerebbe che tra le condotte fraudolente che necessitano di

## 9. Conclusioni

Il cambiamento di impostazione verificatosi nell'ordinamento delle crisi d'impresa che oggi vede la continuità<sup>56</sup> come obiettivo da perseguire ogni volta che l'impresa, in crisi o in stato d'insolvenza, sia risanabile, ha indotto il legislatore a prendere in considerazione l'introduzione di principi flessibili per la "gestione dell'impresa" durante percorsi dialogici (come la composizione negoziata) o strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza che non possano essere identificabili con il concordato preventivo.

Potremmo ipotizzare, però, che il legislatore stia, a poco a poco, iniziando ad "alleggerire" il regime autorizzatorio per atti, tipico di una disciplina concorsuale imperniata sull'«amministrazione del patrimonio» e sull'effetto dello spossessamento quale mezzo sia per controllare da vicino l'operato del debitore (sintomo questo di un malcelato sospetto nei suoi confronti) che per tutelare i creditori da possibili atti dispersivi del patrimonio durante procedure concorsuali tutte venate, in misura più o meno marcata, di tratti esecutivi.

Tale impostazione, che in fondo rivela anche un (obsoleto) scetticismo per la prosecuzione dell'impresa durante una procedura, anche quando sia preventiva, sconta rallentamenti, nemici di quella fluidità richiesta dalla natura stessa di quell'attività.

Lo scenario sta cambiando. L'obbiettivo della continuità sta imponendo un ripensamento.

La gestione dell'impresa – durante la ricerca, l'elaborazione di una soluzione o quando lo strumento è nella fase applicativa in attesa dell'omologazione<sup>57</sup> – emerge adesso come momento dinamico e imprescindibile negli strumenti in

---

essere monitorate, ora vi rientrino anche le attività di occultamento o di dissimulazione di parte dell'attivo”.

<sup>56</sup> Sulla continuità come fine, anziché come mezzo, v. l'approfondito saggio di P. VELLA, *I quadri di ristrutturazione preventiva nella Direttiva UE 2019/1023 e nel diritto nazionale*, in *Fallimento*, 2020, 1034.

<sup>57</sup> Che ciascuna di queste norme, assumendo un diverso momento in cui si colloca la gestione dell'impresa, si ponga diversamente rispetto la *Business Judgement Rule* è stato immediatamente e lucidamente posto in evidenza da S. AMBROSINI in *Doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del Codice della Crisi e della “miniriforma” del 2021*, in *dirittobancario.it*, 11 novembre 2021; ID., *La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del cci, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, pp. 901 ss. e in *Il codice della crisi dopo il d. lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, in *Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 17 luglio 2022.

cui si ragiona (sopra) o già si sta impostando una sistemazione negoziale della crisi.

Stiamo andando verso una disciplina dell'impresa in procedura per la quale la conservazione di *skills* impone la permanenza dell'imprenditore alla guida. Nel contempo la disciplina degli effetti della procedura per l'imprenditore si allontana dall'impostazione originaria che poggiava su una connotazione "mista" dello spossessamento, rispondendo da un lato ad istanze sanzionatorie e dall'altro all'esigenza di tutelare i creditori. Siccome oggi la tutela dei creditori passa sempre meno dal pagamento di una somma di denaro e sempre più dalla conservazione dei rapporti commerciali, forse tutto ciò impone al legislatore un ripensamento anche sul sistema autorizzativo causa spesso di rallentamenti nocivi per l'impresa.

Ciò non significa libertà incondizionata di gestione, quanto piuttosto evoluzione del controllo su di essa.

Tutto sta in un sistema che bilanci l'interesse dell'impresa con quello dei creditori su una gestione armonica con lo strumento impostato e, nel contempo, attenta ad evitare un aggravamento del rischio.

Non si imbriglia la gestione, pur non mandando esente da conseguenze in punto di responsabilità l'imprenditore che abbia operato incurante degli obiettivi e dei diritti delle parti.

L'autonomia privata potrebbe essere oggetto di "controlli" in momenti tipici (misure protettive, cessione d'azienda e finanziamenti) ed essere accompagnata da "censure": ma in nessun caso con l'effetto di condizionare la validità giuridica ovvero la opponibilità ai terzi dell'atto interessato.

L'esigenza di bilanciare gli interessi (dell'impresa e dei creditori) potrebbe risolversi in un regime meno invasivo e più elastico, non per questo esente da responsabilità.

**CLASSIFICAZIONE DEL CETO CREDITORIO,  
MORATORIA DEI PRIVILEGIATI E CONTENUTI DEL PIANO  
E DELL'ATTESTAZIONE NEL CONCORDATO PREVENTIVO  
RIFORMATO\***

STEFANO AMBROSINI

SOMMARIO: *Parte I:* La suddivisione dei creditori in classi. 1. Premessa; 2. La generale facoltà di prevedere la suddivisione in classi; 3. Le ipotesi di classi obbligatorie e gli interessi protetti; 4. La suddivisione in classi nel concordato in continuità; 5. *Segue.* I creditori privilegiati interessati dalla ristrutturazione; 6. Le altre ipotesi di classi separate; 7. Le classi nel concordato liquidatorio; 8. Lo scrutinio in ordine alla correttezza della classificazione e i relativi criteri; 9. Il divieto di alterare l'ordine delle cause di prelazione. *Parte II:* La moratoria dei creditori privilegiati nel concordato in continuità. 10. Premessa; 11. La “moratoria per il pagamento” dei creditori privilegiati; 12. L'ambito di applicazione e l'inderogabilità della norma; 13. La questione del diritto di voto. *Parte III:* I contenuti del piano concordatario e dell'attestazione. 14. Premessa; 15. La centralità della programmazione e del “fattore tempo”; 16. Il “nucleo” del piano; 17. Gli altri requisiti contenutistici del piano; 18. I contenuti “speciali” del piano in continuità; 19. La preferibilità della soluzione concordataria; 20. L'attestazione del piano.

**1. Premessa.**

Anche se talora l'introduzione, nel nostro ordinamento concorsuale, della suddivisione dei creditori in classi viene fatta risalire alla riforma del 2005, è stato in realtà con l'art. 4 bis della l. n. 39/2004 (c.d. Legge Marzano) che essa ha assunto per la prima volta “diritto di cittadinanza”, contaminando poi gli altri

concordati oggetto di successive riforme<sup>1</sup>. Disposizione, questa, che ha in allora costituito il paradigma normativo dei concordati quali di lì a breve novellati dalla legge fallimentare e, ad un tempo, l'approdo di riflessioni elaborate in sede di proposte di riforma della stessa<sup>2</sup>: all'esito delle quali, quanto al tema della *par condicio*<sup>3</sup>, il trattamento paritario dei creditori è stato previsto, nell'amministrazione straordinaria come nel concordato preventivo, solo nei limiti dell'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici<sup>4</sup>.

Con riguardo al nuovo codice<sup>5</sup>, deve anzitutto rimarcarsi che vi è una norma – quella dell'art. 85 – dedicata espressamente alla suddivisione dei creditori in classi, a riprova della rilevanza che detta fattispecie ha progressivamente assunto a livello legislativo, oltre che dal punto di vista pratico (atteso che già in passato la maggior parte delle domande di concordato prevedevano la classificazione<sup>6</sup> del ceto creditorio). E le relative disposizioni contengono oggi

---

\* Il presente contributo è destinato al *Commentario al Codice della crisi*, a cura di VALENSISE, DE CICCO e SPAGNUOLO (*sub artt. 85, 86 e 87*), di prossima pubblicazione per i tipi della Giappichelli, nonché, con le variazioni e integrazioni del caso, alla rivista *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*.

<sup>1</sup> Utilizza quest'espressione anche LEOGRANDE, *sub art. 4 bis, D.l. 23 dicembre 2003, n. 347*, in MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 1954.

<sup>2</sup> MANENTE, *La procedura di ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza*, in COSTA (a cura di), *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, Torino, 2008, 763.

<sup>3</sup> Sul tema, con particolare riferimento alle regole di distribuzione, vedi l'ampio e stimolante contributo di PACCHI, *Par condicio e relative priority rule. Molto da tempo è mutato nella disciplina della crisi d'impresa*, in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, 6 gennaio 2022.

<sup>4</sup> BRAN, *La cessazione della procedura: conversione, chiusura e concordato*, in COSTA (a cura di), *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, cit., 643.

<sup>5</sup> Sulla disciplina codicistica del concordato preventivo cfr., tra i primi commenti, AMBROSINI, *Brevi appunti sulla nuova "sintassi" del concordato preventivo*, in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, 9 giugno 2022; Id., *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 *Dir. fall.*, 2022, I, 837 ss.; GREGGIO, *Finalità e tipologie di piano concordatario: prime osservazioni al "nuovo" art. 84 del Codice della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2022; LEUZZI, *Il volto nuovo del concordato preventivo in continuità aziendale*, *ivi*, 12 settembre 2022, cui adde, fra gli altri, RICCIARDIELLO, *I lineamenti del nuovo concordato preventivo*, in AMBROSINI (a cura di), *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, Bologna, 2022, 732 ss., e l'ampia ricognizione (pur priva del corredo di note) di FABIANI, *Un affresco sulle nuove 'milestones' del concordato preventivo*, in *Dirittodellacrisi.it*, 6 ottobre 2022.

<sup>6</sup> Si continua a preferire questa espressione, linguisticamente corretta, al (non necessario) neologismo "classamento", pur "sdoganato" dalla rubrica dell'art. 120 *ter* CCII.

una disciplina opportunamente più analitica e articolata, diretta a inserire alcune importanti innovazioni – a cominciare dal principio di obbligatorietà delle classi nel concordato in continuità – e a risolvere dubbi interpretativi sollevati dalle scarse previsioni della legge fallimentare, secondo le indicazioni di cui alla legge delega<sup>7</sup>.

Questo approccio normativo, teso a valorizzare sensibilmente il ruolo delle classi, emerge anche da altre disposizioni, prima fra tutte quella dell'art. 112 in tema di omologazione: donde un'innegabile maggior complessità della disciplina nel suo insieme<sup>8</sup>, peraltro dipendente almeno in parte sia dall'armonizzazione alla Direttiva *Insolvency*, sia – come si diceva – dall'intento di ridurre gli spazi di incertezza sul piano applicativo.

Quanto, poi, alla funzione svolta dalla classificazione, si è da ultimo rimarcato che essa “ha la duplice finalità di concentrazione nel minor numero di classi dei creditori da cui è prevedibile attendersi il dissenso riguardo alla proposta concordataria ma allo stesso tempo di rispettare il principio della *par condicio creditorum* individuando e concentrando i creditori in gruppi omogenei caratterizzati da specificità del credito e da un soddisfacimento differenziato”<sup>9</sup>: sebbene vada ribadita, in linea generale, la valenza derogatoria, insita nella classificazione, della parità di trattamento fra i creditori, pur nel rispetto – come si diceva – del requisito dell'omogeneità degli interessi<sup>10</sup>.

## 2. La generale facoltà di prevedere la suddivisione in classi

Il primo comma dell'art. 85, nello stabilire che il piano può prevedere la suddivisione dei creditori in classi con trattamenti differenziati tra creditori

---

<sup>7</sup> La legge 19 ottobre 2017 n. 155, all'art. 6, 1° comma, lett. d), demandava al legislatore delegato di “individuare i casi in cui la suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, è obbligatoria, prevedendo, in ogni caso, che tale obbligo sussiste in presenza di creditori assistiti da garanzie esterne”.

<sup>8</sup> Sul punto dell'eccessiva complessità del codice della crisi cfr. da ultimo JORIO, *Le categorie del disagio e la responsabilizzazione dell'imprenditore*, in AMBROSINI (a cura di), *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, cit., 9.

<sup>9</sup> RICCIARDIELLO, *op. cit.*, 753.

<sup>10</sup> Cfr. FABIANI, *Il diritto diseguale nella concorsualità concordataria postmoderna*, in *Fall.*, 2022, 1489, secondo il quale, con riferimento al tema del voto, “la maggioranza che conta è, soltanto, quella che si ottiene a livello di classe, con la conseguenza che il debitore può allocare in una classe (anche molto folta) - pur nel rispetto del principio della omogeneità degli interessi - i creditori riottosi e superare il loro voto contrario allocando nelle altre classi i creditori favorevoli purché queste classi siano la prevalenza”.

appartenenti a classi diverse, sancisce definitivamente la facoltatività, *in linea di principio*, della classificazione del ceto creditorio.

La riaffermazione di tale regola (pur con le cospicue eccezioni che vedremo subito in appresso) consente di ritenere superata la tesi, in passato abbastanza diffusa<sup>11</sup>, secondo la quale vi era l'obbligo di far luogo alla divisione in classi tutte le volte in cui venivano riscontrate posizioni non omogenee fra i creditori e ciò al fine di scongiurare un'applicazione indiscriminata della regola di maggioranza e di estendere la facoltà di opposizione da parte dei creditori dissenzienti. Già in passato, peraltro, la dottrina prevalente si era attestata su posizioni più restrittive<sup>12</sup>.

Del resto, il disposto dei successivi commi 2 e 3 e la latitudine delle ipotesi di classificazione obbligatoria in essi contenute depongono nel senso che, al di là dei casi – per l'appunto numerosi e significativi – di classi obbligatorie, deve valere in linea generale il principio di facoltatività: il che non toglie che oggi l'obbligatorietà delle classi sia divenuta, come si vedrà, l'ipotesi prevalente.

La disposizione in esame, contemplando il collegamento necessario fra divisione in classi e diverso trattamento dei creditori, risulta coerente con quanto stabilito dalla Direttiva *Insolvency*, risolvendo nel contempo un dubbio posto dalla vecchia disciplina.

Il persistente utilizzo dell'espressione "trattamenti differenziati" senza ulteriori specificazioni lascia invece aperta la questione delle classi che contemplano il medesimo trattamento a beneficio dei rispettivi creditori. La norma sembrerebbe consentire che, nell'eventualità di soddisfacimento in denaro, vi siano più classi i cui creditori siano destinati a ricevere la medesima percentuale di pagamento, mentre va esclusa l'ipotesi che tutte le classi prevedano la stessa percentuale, giacché in tal caso verrebbe meno la, invece indefettibile, differenza di trattamento con riguardo ad almeno una classe;

---

<sup>11</sup> Nel senso dell'obbligatorietà delle classi si erano espressi PRESTI, *Rigore è quando arbitro fischia?*, in *Fall.*, 2009, 29; FABIANI, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, *ivi*, 435; SACCHI, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, *ivi*, 1063.

<sup>12</sup> BOZZA, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fall.* 2009, 425 ss.; D'ORAZIO, *Il rebus delle classi dei creditori ed il controllo del tribunale*, in *Giur. Merito*, 2009, I, 139; CENSONI, *Sull'ammissibilità di classi con unico creditore nel concordato fallimentare e preventivo*, in *Fall.*, 2010, 324 ss.; CALANDRA BUONAURA, *Disomogeneità di interessi dei creditori concordatari e valutazione di convenienza del concordato*, in *Giur. comm.*, 2012, I, 18 ss.; JORIO, in *Comm. Nigro- Sandulli- Santoro*, III, Torino, 2014, 2044 ss.; AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Le altre procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da VASSALLI- LUISO- GABRIELLI, IV, Torino, 2014, 202.

mentre non pare – ripetiamo – che la legge richieda che per *ciascuna* classe vi sia una differente percentuale, a meno di ritenere che il legislatore abbia invece voluto prescrivere la diversità di trattamento precisamente come invariabile requisito della distinzione in classi e ciò al fine di prevenire il rischio di artificiosa moltiplicazione delle stesse.

### 3. Le ipotesi di classi obbligatorie e gli interessi protetti

L'enucleazione dei casi di obbligatoria suddivisione in classi valida per tutte le tipologie di concordato costituisce l'approdo di un annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, che ha avuto luogo nella vigenza di una disciplina – come si diceva – assai scarna. E in proposito si è osservato trattarsi di “scelta condivisibile, dettata dalla necessità di tenere separate e distinte le posizioni di creditori portatori di interessi del tutto disomogenei (...). Di qui anche la funzione informativa delle classi”<sup>13</sup>.

La legge attuale richiede la creazione di una classe *ad hoc*, anzitutto, per i creditori titolari di crediti tributari o previdenziali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento. L'interesse protetto è qui dato dalla particolare tutela dei creditori pubblici qualificati di cui trattasi, considerati meritevoli in quanto tali dei vantaggi scaturenti dalla loro necessaria classificazione. Data la rilevanza anche pubblicistica di tali pretese, per i crediti tributari e previdenziali è sancita – com'è noto – l'apposita disciplina dell'art. 88.

La seconda ipotesi prevista si riferisce ai creditori che siano ad un tempo titolari di garanzie prestate da terzi. Il legislatore ritiene con ciò che coloro che possono fare affidamento sui cc.dd. *collaterals* siano orientati a esprimersi sulla proposta di concordato da una posizione potenzialmente “condizionata” da altri interessi e valutazioni: in effetti, il creditore la cui pretesa sia garantita *aliunde* è oggettivamente meno interessato all'esito del concordato, sebbene ciò dipenda in concreto dalla natura della garanzia e dalla capienza del suo oggetto<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Così RICCIARDIELLO, *op. cit.*, 752.

<sup>14</sup> Nella giurisprudenza di merito, ormai non più recente, cfr. Trib. Milano, 4 dicembre 2008, in *Fall.*, 2009, 423, ove il rilievo che “l'espunzione dell'esistenza delle garanzie dalla valutazione dell'interesse economico del creditore pregiudicherebbe sostanzialmente la funzione di questo requisito, ulteriore rispetto a quello dell'omogeneità di posizione giuridica, in quanto consentirebbe l'inserimento in un'unica classe di creditori con diverse prospettive di soddisfacimento dei propri crediti con conseguente alterazione della genuinità del meccanismo di formazione della volontà della maggioranza all'interno della classe, soprattutto laddove i creditori con garanzie esterne risultassero titolari dei crediti di più rilevante entità”. Su tale decisione si era ritenuto invero di osservare (AMBROSINI, *La domanda di concordato*, in

La stessa considerazione vale, *a fortiori*, per quei creditori che formulino una proposta concordataria concorrente e per le parti ad esse correlate. A ben vedere, anzi, la soluzione più rigorosa (già peraltro scartata dal legislatore del 2015) avrebbe potuto prevedere *tout court* la sterilizzazione del loro diritto di voto<sup>15</sup>.

L'ultimo caso è quello dei creditori di cui la proposta contempra il soddisfacimento con utilità anche solo parzialmente diverse dal denaro. In questa ipotesi l'obbligo di classificazione è collegato alla modalità di soddisfazione diversa dal pagamento, per sua natura meno certa dell'adempimento in numerario. Può trattarsi, come non di rado accade, dell'attribuzione di azioni, obbligazioni e altri beni, non necessariamente rientranti nel novero degli strumenti finanziari (partecipativi o meno), ma anche – limitatamente all'ipotesi di concordato in continuità (ove peraltro la suddivisione in classi è sempre obbligatoria) – della prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o, nel caso di trasferimento dell'azienda, con il suo avente causa (art. 84, c. 3). Dal combinato disposto delle due norme in parola si ricava la conferma che il soddisfacimento di queste classi di creditori può avvenire anche soltanto (l'avverbio è sottinteso) con utilità in tutto e per tutto diverse dal denaro.

#### 4. La suddivisione in classi nel concordato in continuità

Il terzo comma dell'art. 85, dedicato al concordato in continuità, contiene la regola in virtù della quale in questa tipologia concordataria – che in base al disposto dell'art. 84 ricomprende, opportunamente, le ipotesi di continuità

---

AMBROSINI-DEMARCHI-VITIELLO, *Il concordato preventivo*, Bologna, 2009, 68-69) che “l'eventualità che la maggioranza dei creditori chirografari sia costituita da banche munite di garanzie collaterali rappresenta una circostanza accidentale, di per sé inidonea a dare ingresso a interventi giudiziali orientati ad una «riconfigurazione forzosa» della suddivisione in classi. D'altra parte, la ragione per cui le banche garantite *aliunde* votino (in ipotesi) a favore del concordato appare sussumibile nella categoria dei motivi che conducono alla conclusione del contratto, notoriamente irrilevanti se non illeciti e comuni ai paciscenti (art. 1345 c.c.). A ciò può aggiungersi che, come l'esperienza insegna, le banche non sono di regola indifferenti alla misura del soddisfacimento in sede concordataria, specie quando l'escussione delle garanzie collaterali presenti a sua volta qualche «criticità» (come, ad esempio, nel caso di immobili ipotecati il cui valore o la cui vendibilità risultino incerti). Il che dovrebbe far ritenere che l'interesse delle banche, lungi dal porsi in conflitto, finisca normalmente per coincidere con quello dei creditori privi di garanzie concesse da terzi (specie di quelli considerati «deboli») e di prevenire comportamenti «abusivi» da parte della maggioranza”.

<sup>15</sup> D'ATTORRE, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in *Fall.*, 2015, 1163; AMBROSINI, *La nuova crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica*, Bologna, 2016, 97.

indiretta (come del resto prescritto dalla legge delega<sup>16</sup>) e risulta di conseguenza assai ampia – la suddivisione dei creditori in classi è in ogni caso obbligatoria.

Il precetto discende da quanto stabilito dalla Direttiva *Insolvency*, il cui art. 11, par. 1, lett. b), recepito dall'art. 112, c. 2, del codice, sancisce l'omologabilità del piano di ristrutturazione non approvato da tutte le parti interessate in ognuna delle classi di voto.

L'innovazione è di notevole momento: da un lato, la qualifica di concordato in continuità reca con sé automaticamente la necessità di classificare il ceto creditorio; dall'altro, come si dirà più ampiamente in appresso, vanno suddivisi in classi tutti i creditori, chirografari o privilegiati, aventi diritto al voto, laddove in passato non erano configurabili classi di prelati se non nel caso contemplato dall'art. 160, c. 2, l. fall., limitatamente alla parte residua di credito.

Non v'è dubbio tuttavia che l'opzione adottata dal legislatore, al cospetto della progressiva proliferazione dei privilegi nel nostro ordinamento, comporti che l'attività di classificazione in parola finisca per risultare, all'atto pratico, “estremamente complessa e finanche numericamente parcellizzata”<sup>17</sup>.

L'ultima parte del comma in questione si riferisce ai piccoli fornitori dell'impresa poi caduta in crisi, e ciò in ossequio al disposto dell'art. 9, par. 4, della Direttiva *Insolvency*, che postula l'adozione di misure idonee, attraverso la suddivisione in classi, alla tutela di soggetti, quali appunto le imprese minori fornitrici, giustamente ritenute più vulnerabili.

Della tutela di prestatori di beni e servizi il legislatore si occupa anche altrove: basti pensare all'esenzione da revocatoria fallimentare – ma non anche da quella ordinaria – dei pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa, purché “nei termini d'uso”: art. 166, c. 3, lett. a). A differenza del regime revocatorio, peraltro, nella disciplina in esame viene considerata meritevole di un trattamento *ad hoc* la sola posizione delle imprese minori (quali definite dall'art. 2, lett. d), stabilendosi che quelle fra esse che sono titolari di crediti chirografari derivanti da rapporti di fornitura di beni e servizi vanno inserite in classi separate.

---

<sup>16</sup> È invece con ogni probabilità viziata da eccesso di delega la previsione – oltre tutto irragionevolmente limitativa rispetto all'idea, ormai recepita, di continuità in senso oggettivo – che postula la *funzionalità* dell'affitto alla presentazione del ricorso e quindi il necessario nesso teleologico (e verosimilmente anche temporale, pur da intendersi con l'opportuna “elasticità”) fra contratto di affitto e domanda di concordato.

<sup>17</sup> Così FAROLFI, sub art. 85, in DI MARZIO (diretto da), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano 2022, 392.

Come si vede, la norma non richiede trattarsi di beni e servizi essenziali, che non a caso sono disciplinati diversamente dall'art. 100, il quale attribuisce loro il ben più rilevante vantaggio di poter fruire dell'autorizzazione al pagamento di crediti pregressi rispetto alla presentazione del concordato. Ogni tipologia di bene o servizio ricevuti dall'impresa debitrice nell'ambito di un rapporto di fornitura, pertanto, ricade nel perimetro applicativo dell'art. 85, c. 3, a prescindere dall'indispensabilità rispetto alla prosecuzione dell'attività.

### **5. Segue. I creditori privilegiati interessati dalla ristrutturazione**

La seconda parte dell'art. 85, c. 3, statuisce, poi, che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca devono essere suddivisi in classi quando risultano "interessati dalla ristrutturazione", chiarendo al contempo che ciò avviene quando non ricorrono le condizioni fissate dall'art. 109, c. 5.

Con il richiamo a quest'ultima disposizione, relativa alle ipotesi in cui i creditori privilegiati non votano, si ribadisce anzitutto la correlazione fra sacrificio "imposto" al creditore ed esercizio del voto, essendo quest'ultimo precluso ogniqualvolta vi sia invece neutralità della proposta concordataria per determinati creditori. Questa neutralità, ai sensi della norma per ultima citata, si verifica quando i creditori prelatizi vengono soddisfatti in denaro, integralmente, entro centottanta giorni dall'omologazione e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Il legislatore, pertanto, enuclea *a contrario* le situazioni nelle quali, a fronte di una soddisfazione incompleta (pagamento non integrale, non in denaro od oltre il suddetto termine), scatta il diritto di voto<sup>18</sup>.

Nel caso in cui il creditore privilegiato venga soddisfatto tempestivamente ma solo in parte, la porzione di credito falcidiata, che scade a rango chirografario, va inserita in una classe *ad hoc* ed egli vota limitatamente a questa parte<sup>19</sup>, non essendo il creditore interessato dalla ristrutturazione per la porzione capiente del credito. È dubbio se debba formarsi, con riguardo al medesimo

---

<sup>18</sup> BOZZA, *Le maggioranze per l'approvazione della proposta concordataria*, in *Dirittodellacrisi.it*, 3 agosto 2022, 21.

<sup>19</sup> ALIPRANDI, MONZEGLIO, TURCHI, *Voto e maggioranze nel nuovo concordato in continuità: una prima lettura con diversi punti interrogativi*, in *Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 6 settembre 2022, 8 ss.; AUDINO, sub art. 85, in MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve al codice della crisi e dell'insolvenza*, Padova, 2023 (in corso di stampa: dattiloscritto consultato grazie alla cortesia dell'autore).

creditore, una seconda classe avente ad oggetto la quota privilegiata soddisfatta<sup>20</sup> e se il creditore voti anche per la parte di credito non falcidiata, non risultando chiaro in proposito l'art. 109, c. 4, che sancisce l'equiparazione ai chirografari limitatamente alla parte residua del credito.

Il discorso si collega alla norma sul contenuto del piano concordatario, dato che esso, ai sensi dell'art. 87, lett. n), deve indicare, individualmente o per categorie di debiti, le eventuali parti non interessate dal piano e i relativi motivi (e in argomento si veda *infra*): a conferma della centralità del concetto in parola, derivato dal già citato art. 11 della Direttiva *Insolvency* sulla c.d. ristrutturazione trasversale.

## 6. Le altre ipotesi di classi separate

Un caso ulteriore di classe separata obbligatoria è quello contemplato dall'art. 120 *ter*, c. 2, riferito all'ipotesi di società in concordato il cui statuto riconosca a determinati soci diritti diversi dagli altri: qui la classificazione (la rubrica della norma utilizza antiestetivamente, come si è già ricordato, il neologismo "classamento") è necessaria tutte le volte in cui il piano preveda modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci e, in ogni caso, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

Con riguardo poi ai crediti oggetto di contestazione da parte del debitore in concordato, la legge non ne fa menzione all'art. 85, bensì al successivo art. 87, la cui lettera l), trattando delle parti interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, e dell'ammontare dei relativi crediti e interessi, prescrive l'indicazione "dell'ammontare eventualmente contestato". Non pare peraltro debba formarsi una classe necessariamente separata, nella misura in cui per assolvere all'esigenza di informazione del ceto creditorio sembra sufficiente l'inserimento dei crediti giudizialmente contestati in una delle classi omogenee contemplate dalla proposta (in alternativa alla creazione di una classe *ad hoc*); laddove la loro omissione *tout court* (seppur motivata da una valutazione di rischio di soccombenza remoto) altererebbe – come posto in evidenza dalla Cassazione – le previsioni di soddisfacimento degli altri creditori certi, non consentendo loro di esprimere valutazioni prognostiche corrette e di atteggiarsi in modo pienamente informato circa il proprio voto<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Per la soluzione affermativa FAROLFI, *op. cit.*, 393.

<sup>21</sup> Cass., 7 marzo 2017, n. 5689, in *CED Cassazione*, rv. 644659-02

La nuova disciplina del concordato non considera l'ipotesi dei creditori postergati, su cui pure vi è stato, nel passato anche recente, ampio dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza. Tale mancata previsione sembra spiegabile con "l'implicita volontà del legislatore di non considerarli quali creditori concorrenti che possano essere ammessi al voto, se non quando la proposta concordataria ne preveda il soddisfacimento sul patrimonio residuo una volta soddisfatti integralmente i creditori chirografari"<sup>22</sup>. Ciò del resto coincide con l'approdo cui era giunta la Cassazione configurando la posizione dei creditori postergati come *residuale*, vale a dire posposta all'integrale soddisfacimento dei chirografari<sup>23</sup>: donde l'inderogabilità del principio espresso dall'art. 2467 c.c. senza l'unanime consenso di questi ultimi<sup>24</sup>.

## 7. Le classi nel concordato liquidatorio

Come si diceva, la previsione relativa alle classi obbligatorie di cui all'art. 85, c. 2 vale per tutte le tipologie di piani concordatari. Al contrario, il disposto del terzo comma è limitato al concordato in continuità, donde l'inapplicabilità al piano liquidatorio della disposizione relativa ai privilegiati interessati dalla ristrutturazione.

Ne deriva che nel nuovo sistema continua a valere la regola ricavabile in precedenza dal tenore del vecchio art. 160, c. 2, consistente nella classificazione dei privilegiati falcidiati per incapacienza dei beni oggetto della garanzia, limitatamente alla parte residua del credito scaduta a chirografo. Ciò trova puntuale conferma tanto nell'art. 84, c. 5, sul soddisfacimento non integrale dei privilegiati e sul conseguente degrado a chirografo, quanto nell'art. 109, c. 4, ai sensi del quale i creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di concordato prevede la soddisfazione non integrale sono equiparati ai chirografari per la parte residua del credito.

Nel caso di classificazione nel concordato liquidatorio si pone poi – o meglio si ripresenta – il tema della percentuale del 20%, da riferirsi a ogni singola classe, ovvero al monte complessivo dei chirografari.

All'indomani della novella del 2015 che ha introdotto tale soglia, chi scrive si è domandato "se lo sbarramento sia destinato a valere per ciascuna classe (di tal che non potrebbero darsi classi di chirografari con soddisfacimento inferiore

---

<sup>22</sup> Così AUDINO, *op. cit.*

<sup>23</sup> Cass., 27 dicembre 2019, n. 34539, in *Fall.*, 2020, 1425 ss.

<sup>24</sup> Cass., 21 giugno 2018, n. 16348, in *Fall.*, 2019, 45 ss.

al 20%), oppure se detta soglia possa configurarsi come “criterio mediano”, nel qual caso basterebbe che ai creditori chirografari fosse assicurato in media il 20% (dove l’ammissibilità, ad esempio, di una domanda con previsione di tre classi, rispettivamente al 15, 18 e 27 per cento). Com’è chiaro, in assenza di sicuri appigli interpretativi la presentazione di una domanda come quella da ultimo prefigurata appare oggettivamente problematica, anche se l’approccio ermeneutico più prudente e rigoroso introduce un elemento di disparità di trattamento fra concordato liquidatorio e concordato in continuità (...). E lo stesso deve probabilmente affermarsi, nel concordato senza classi, con riferimento a una percentuale «a forbice» compresa, ad esempio, fra il 16 e il 24 per cento (a meno, anche qui, di voler assumere a parametro la mediana).”<sup>25</sup>

La conclusione “permissiva” sembra oggi più agevolmente predicabile alla luce della nuova previsione di cui all’art. 84, c. 4<sup>26</sup>, che riferendosi ai creditori chirografari e a quelli privilegiati degradati per incapienza parla del loro ammontare *complessivo*. Naturalmente occorre che sia rispettato il rapporto, appunto, complessivo fra l’apporto di risorse esterne e il totale dei crediti chirografari<sup>27</sup>.

## **8. Lo scrutinio in ordine alla correttezza della classificazione e i relativi criteri**

A differenza del regime previgente, che onerava espressamente il tribunale, in sede di ammissione al concordato, del compito di valutare la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi (art. 163, c. 1, l. fall.), l’odierno art. 47 non contiene un analogo, specifico, precetto: esso si limita a richiedere che il tribunale verifichi l’ammissibilità della proposta in caso di concordato liquidatorio e la ritualità della stessa nel caso di quello in continuità.

Pur non nascondendosi la preferenza per la vecchia formulazione (perspicua proprio perché esplicita) in quella *sedes materiae*, si ritiene che lo scrutinio in questione possa ricondursi senza soverchie difficoltà ai concetti di controllo in ordine all’ammissibilità e alla ritualità delle proposte concordatarie.

---

<sup>25</sup> AMBROSINI, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della “miniriforma” del 2015*, in *Dir. fall.*, 2015, I, 370.

<sup>26</sup> In argomento cfr. BOZZA, *Il concordato liquidatorio*, in *Fall.*, 2020, 1235; MACAGNO, *Il concordato preventivo liquidatorio*, in AMBROSINI, (a cura di), *Le crisi d’impresa e del consumatore*, Bologna 2021, 288; JEANTET, *Il piano di concordato e la suddivisione dei creditori in classi*, *ivi*, 267 ss.

<sup>27</sup> AUDINO, *op. cit.*

Del resto, di verifica della “corretta formazione delle classi” parla *ex professo* l’art. 112, c. 1, lett. d), sicché ciò che è previsto, a valle, in sede di omologazione deve considerarsi implicitamente (e *a fortiori*) contemplato, a monte, in sede di ammissione alla procedura.

Depone in tal senso anche il tenore dell’art. 90, c. 7, in tema di proposte concorrenti<sup>28</sup>, là dove prescrive la verifica, da parte del tribunale, circa la “correttezza dei criteri di formazione delle classi”: in effetti, non è dato scorgere il motivo in base al quale analoga valutazione non debba essere richiesta (anzitutto) relativamente alla proposta presentata dallo stesso debitore<sup>29</sup>.

Da quanto osservato pare lecito ipotizzare che si sia trattato di una mera dimenticanza del legislatore all’atto di redigere il testo dell’art. 47, che non risulta coordinato, da questo punto di vista, con le disposizioni testé menzionate.

Va infine segnalato che la legge previgente non postulava espressamente l’esplicitazione delle ragioni sottese alla classificazione operata nella proposta, anche se la prassi registrava, in base all’*id quod plerumque accidit*, una frequente tendenza dei debitori a illustrare tali ragioni nella domanda di concordato. Si affermava pertanto che la verifica in ordine alla *ragionevolezza* del trattamento diseguale era rimessa esclusivamente ai creditori<sup>30</sup>. Nell’odierna disciplina si prevede, all’art. 87, c. 1, lett. m), la necessaria “indicazione dei criteri di formazione utilizzati”.

## 9. Il divieto di alterare l’ordine delle cause di prelazione

Com’è noto, il previgente art. 160 disponeva, all’ultima parte del c. 2, che il trattamento stabilito per ciascuna classe non poteva avere l’effetto di alterare l’ordine delle cause legittime di prelazione.

Il precetto è riaffermato oggi dal c. 4 dell’art. 85, di tal che continua a essere preclusa la possibilità di trattamento peggiore di un creditore privilegiato rispetto a uno chirografario (o di loro inserimento nella medesima classe),

---

<sup>28</sup> Sul tema il contributo più recente è a oggi quello di GUIDOTTI, *Le proposte (e le offerte) concorrenti nel concordato preventivo*, in AMBROSINI, (a cura di), *Le crisi d’impresa e del consumatore*, Bologna 2021, 777 ss. In precedenza, tra i lavori più stimolanti sulla vecchia disciplina cfr. BOZZA, *Le proposte concorrenti*, e A. ROSSI, *Il contenuto delle proposte concorrenti*, entrambi in AMBROSINI (a cura di), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*

*dopo le riforme del 2015 e 2016*, Bologna, 2017, rispettivamente 225 ss. e 289 ss.

<sup>29</sup> Così anche NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2021, 396.

<sup>30</sup> NIGRO-VATTERMOLI, *op. loc. cit.*

nonché, come già si diceva, quella di soddisfare in pur minima parte un creditore subordinato in assenza del previo soddisfacimento integrale di privilegiati e chirografari.

Va tuttavia registrata un'importante distinzione rispetto al passato per quanto concerne il concordato in continuità. Ed infatti, nel fare espressamente salvo quanto disposto, in particolare, dal c. 6 dell'art. 84, la suddetta previsione prende atto dell'avvenuto recepimento della *relative priority rule* con riguardo al c.d. plusvalore da continuità aziendale. In questa tipologia concordataria, cioè, il valore eccedente quello di liquidazione non dev'essere distribuito nel rigido rispetto della graduazione dei privilegi, essendo sufficiente che i crediti inseriti in una classe ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore: con l'eccezione dei crediti da lavoro ai sensi dell'art. 84, c. 7, parimenti richiamato dalla disposizione in commento, per i quali opera sempre la c.d. *absolute priority rule*.

Il c. 4 dell'art. 85 fa riferimento anche al c. 5 dell'art. 84, sebbene esso non attenga alle regole di distribuzione dell'attivo concordatario; com'è stato osservato, nondimeno, il legislatore ha in tal modo “inteso fare salva anche l'ammissibilità del soddisfacimento non integrale dei creditori prelatizi, ivi prevista, ritenendo che anch'essa sia derogatoria delle regole generali sulla responsabilità patrimoniale”<sup>31</sup>.

## **Parte II: La moratoria dei creditori privilegiati nel concordato in continuità**

### **10. Premessa**

Nel sistema previgente la dilazione dei creditori privilegiati era disciplinata dall'art. 186-*bis*, c. 2, lett. c), l. fall., ai sensi del quale il piano in continuità aziendale poteva prevedere una moratoria fino a due anni (prima della modifica apportata dal d.l. n. 118/2021 la norma parlava in realtà di un anno), salvo che fosse prevista la liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussisteva la causa di prelazione. La norma precisava che i privilegiati così “coattivamente” riscadenziati erano privi del diritto di voto.

---

<sup>31</sup> Così AUDINO, *op. cit.*

Il corollario di queste previsioni, secondo la lettura prevalente in giurisprudenza, consisteva nella necessità per il debitore, ove volesse dilazionare i privilegiati oltre tale termine, di ottenere il consenso di tutte le “parti interessate” attraverso la stipulazione dei cc. dd. accordi o patti paraconcordatari<sup>32</sup>. Non erano peraltro mancati, in dottrina, tentativi di estendere in via interpretativa l’arco temporale della moratoria, prevedendo in tal caso l’attribuzione del voto<sup>33</sup>.

Sulla stessa lunghezza d’onda della predetta impostazione dottrinale, la legge delega n. 155/2017, all’art. 6, aveva previsto, limitatamente al concordato in continuità, una durata della moratoria anche superiore a un anno, con attribuzione, in tal caso, del diritto di voto. La *ratio* risiedeva nel non prestabilire un termine massimo della moratoria, compensando tale facoltà del debitore con il potere, da parte dei privilegiati dilazionati, di esprimersi a favore o contro la proposta concordataria.

La suddetta elaborazione è poi sfociata nella pronuncia di legittimità secondo la quale “nel concordato preventivo con continuità aziendale è consentita la dilazione del pagamento dei crediti privilegiati anche oltre il termine di un anno dall’omologazione, purché si accordi ai titolari di tali crediti il diritto di voto e la corresponsione degli interessi”<sup>34</sup>.

L’odierna disciplina, come vedremo, risulta coerente con la *ratio* della legge delega, pur non considerando espressamente la questione del voto.

## 11. La “moratoria per il pagamento” dei creditori privilegiati

L’art. 86, dopo aver fatto salvo quanto previsto nell’art. 109, stabilisce che il piano può prevedere una moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, a meno che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

---

<sup>32</sup> Sul tema cfr., tra i primi contributi, AMBROSINI, *Concordato preventivo e autonomia privata: I cc.dd. patti paraconcordatari*, in *Dir fall*, 2016, I, 1464 ss.; AIELLO, *Il c.d. “patto para-concordatario”: appunti per la ricostruzione della fattispecie*, in *Fall.*, 2016, 1335 ss.

<sup>33</sup> Sul punto cfr. FABIANI, *Riflessioni precoci sull’evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d’impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in *Il caso.it*, 1° agosto 2012; ARATO, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Il fallimentarista.it*, 3 agosto 2012; AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *Il caso.it*, 4 agosto 2013, 12-13.

<sup>34</sup> Cass., 18 giugno 2020, n. 11882, in *Fall.*, 2021, 349 ss., con nota di TRENTINI, *Ammissibilità del pagamento dilazionato dei creditori privilegiati nel concordato preventivo*.

Come si vede, nella riformulazione del precetto è venuta meno l'indicazione di un termine massimo della moratoria, coerentemente con lo spirito della legge delega del 2017 e con lo schietto *favor* per la soluzione concordataria da essa espresso sotto il profilo che ci occupa. Ciò tuttavia non significa che il piano del debitore possa prevedere una durata *ad libitum* (ad esempio di dieci anni): si tratta infatti di rendere l'arco temporale della dilazione compatibile con l'attestabilità del piano, che di regola comporta una durata massima di cinque anni, al di là della quale le previsioni dell'attestatore perdono fatalmente di attendibilità, con conseguente declaratoria di inammissibilità della domanda. Nella disposizione in esame si è quindi ravvisato, correttamente, "il limite immanente dell'impossibilità di prevedere tempi di realizzazione del piano e, quindi, di pagamento dei creditori, talmente rinviati nel tempo da rendere irrealistiche le previsioni ed inattendibili le assunzioni su cui il piano stesso e la sua attestazione si fondano"<sup>35</sup>.

Resta ferma, beninteso, la possibilità per il debitore di pattuire con singoli creditori privilegiati moratorie di più ampia durata attraverso la conclusione di accordi paraconcordatari, che collocandosi appunto *a latere* della domanda di concordato non sono soggetti ai medesimi vincoli.

Quanto alle modalità di soddisfacimento dei privilegiati riscadenziati, deve ritenersi che la nuova disciplina, a dispetto dell'utilizzo del termine "pagamento", ammetta implicitamente il loro soddisfacimento con mezzi diversi dal denaro, dato che ad essere esclusi dal voto sono, in base all'art. 109, c. 5, soltanto i prelatizi integralmente soddisfatti in numerario entro un dato termine<sup>36</sup>.

L'art. 86 contempla un regime più favorevole per i crediti di lavoro, stabilendo che relativamente ad essi può essere prevista una moratoria per il pagamento fino a sei mesi dall'omologazione. E si tratta, qui come altrove nel corpo del codice, di una norma conforme alle prescrizioni della Direttiva *Insolvency* dirette a rafforzare la tutela dei diritti dei lavoratori delle imprese in crisi<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Così FAROLFI, sub *art. 86*, in DI MARZIO (diretto da), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 396, ove l'autore evoca "un orizzonte temporale di 5/6 anni"; più genericamente di "criteri di ragionevolezza ricollegabili al contenuto del piano e comparabili con l'alternativa liquidatoria" parla AUDINO, sub *art. 86*, in MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve al codice della crisi e dell'insolvenza*, cit.

<sup>36</sup> AUDINO, sub *art. 86*, cit.

<sup>37</sup> Cfr. AMBROSINI, *Concordato preventivo e soggetti protetti nel codice della crisi dopo la Direttiva Insolvency: i creditori e i lavoratori*, in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, 1° giugno

## 12. L'ambito di applicazione e l'inderogabilità della norma

L'art. 86 non menziona, al proprio interno, il concordato in continuità, ma la rubrica della norma ("Moratoria nel concordato in continuità") è di per sé idonea a fugare ogni possibile dubbio circa lo spettro applicativo della norma.

Pertanto, per il concordato liquidatorio continua a valere la (tendenziale) necessità della vendita dei beni nei relativi tempi tecnici, non potendo l'art. 86 trovare applicazione in via estensiva e neppure analogica, trattandosi di disposizione di carattere eccezionale, strettamente connessa alla tutela della continuità aziendale. E la natura di norma di stretta interpretazione ne preclude l'applicabilità a crediti, come quelli prededucibili, diversi da quelli menzionati<sup>38</sup>.

Allo stesso modo, la previsione del termine massimo di sei mesi dall'omologazione per il pagamento dei crediti di lavoro deve ritenersi imperativa e come tale inderogabile.

## 13. La questione del diritto di voto

L'art. 86 nulla dice, a differenza della disciplina anteriore e di precedenti versioni della norma<sup>39</sup>, a proposito del voto. Occorre tuttavia considerare che l'art. 109, all'ultima parte del quinto comma, statuisce che, nel caso in cui non ricorrano le condizioni per considerare i creditori privilegiati parti non interessate dalla ristrutturazione, i creditori muniti di diritti di prelazione votano (e, per la parte incapiente, sono inseriti in una classe distinta).

Ciò comporta che i creditori privilegiati soddisfatti oltre il termine di centottanta giorni ivi previsto (ridotto a trenta per i crediti di lavoro) votino e che – parrebbe – possano farlo per l'intero credito<sup>40</sup>, non essendo fra l'altro

---

2022, cui *adde*, più in generale sul tema, PATTI, *Tutela dei diritti dei lavoratori, salvaguardia dell'impresa e CCH*, in *Fall.*, 2022, 1337 ss.

<sup>38</sup> AUDINO, sub *art. 86*, cit.

<sup>39</sup> L'art. 86 come introdotto dal codice del 2019 e modificato dal decreto correttivo del 2020 recitava quanto segue: "Il piano può prevedere una moratoria fino a due anni dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Quando è prevista la moratoria i creditori hanno diritto al voto per la differenza fra il loro credito maggiorato degli interessi di legge e il valore attuale dei pagamenti previsti nel piano calcolato alla data di presentazione della domanda di concordato, determinato sulla base di un tasso di sconto pari alla metà del tasso previsto dall'art. 5 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, in vigore nel semestre in cui viene presentata la domanda di concordato preventivo".

<sup>40</sup> FAROLFI, sub *art. 86*, cit., 396; AUDINO, sub *art. 86*, cit.

stabiliti criteri che parametrino la misura del voto all'entità della perdita economica conseguente al ritardo nell'adempimento<sup>41</sup>. Va tuttavia soggiunto che la formulazione (per vero non felicissima) del precetto testé richiamato potrebbe fors'anche autorizzare una diversa soluzione, secondo la quale la porzione di credito incapiente, inserita nell'apposita classe, rappresenti la misura del voto, onde evitare che al creditore sia consentito esprimersi anche relativamente alla parte di credito non interessata dalla ristrutturazione. E proprio questo margine di dubbio conferma una certa ambiguità del dettato normativo<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Nella giurisprudenza formatasi nell'imperio della vecchia legge cfr. Cass., 4 febbraio 2020, n. 2422, in *CED Cassazione*, rv. 656715-01, ove l'affermazione del principio in base al quale "in tema di concordato preventivo la regola generale è quella del pagamento non dilazionato dei creditori privilegiati, sicché l'adempimento con una tempistica superiore a quella imposta dai tempi tecnici della procedura equivale ad una soddisfazione non integrale degli stessi, in ragione della perdita economica conseguente al ritardo rispetto ai tempi normali con il quale i creditori conseguono le somme dovute. La determinazione in concreto di tale perdita, rilevante ai fini del computo del voto ex art. 177, comma 3, l.fall., costituisce un accertamento in fatto che il giudice di merito deve compiere alla luce della relazione giurata del professionista ex art. 160, secondo comma, l.fall., tenendo conto degli eventuali interessi offerti ai creditori e dei tempi tecnici di liquidazione dei beni gravati dal privilegio in ipotesi di soluzione della crisi alternativa al concordato"; Cass., 18 giugno 2020, n. 11882, cit., ove il rilievo che nel caso di moratoria ultrannuale "il diritto di voto dei privilegiati dilazionati andrà calcolato sulla base del differenziale tra il valore del loro credito al momento della presentazione della domanda di concordato e quello calcolato al termine della moratoria, dovendo i criteri per tale determinazione essere contenuti nel piano concordatario a pena di inammissibilità della proposta, come si desume sia dall'art. 86, D.Lgs. n. 14 del 2019 che dall'art. 2426, comma 1, n. 8, c.c."

<sup>42</sup> Ambiguità che si stempera, peraltro, se si considera il tenore della Relazione illustrativa sul punto: "La previsione in esame esclude dal voto solo i creditori muniti di privilegio per i quali il piano prevede il pagamento integrale, in denaro, nei limiti ovviamente della capienza della garanzia, entro centottanta giorni dall'omologazione. Se non concorrono queste condizioni i creditori, anche se pagati integralmente vanno inseriti in classi separate (come dispone l'articolo 112 di cui si dirà di seguito) e voteranno per l'intero credito. In caso di pagamento parziale per incapacienza con pagamento della parte coperta dalla garanzia a condizioni diverse da quelle indicate nella norma, essi saranno inseriti in classi distinte (privilegiata e chirografaria) ed eserciteranno il diritto di voto in entrambe".

### Parte III: I contenuti del piano concordatario e dell'attestazione

#### 14. Premessa

Nel regime previgente le disposizioni riservate al piano di concordato erano notoriamente piuttosto succinte. L'art. 161, c. 1, lett. e), si limitava a prescrivere, in via generale, che il debitore dovesse presentare, unitamente al ricorso, un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. Con specifico riguardo al piano in continuità, poi, l'art. 186-*bis*, dopo aver precisato che tale piano prevedeva la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, nonché l'eventuale liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, stabiliva che esso doveva contenere anche un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura.

Il legislatore del nuovo codice ha invece dettato una norma alquanto articolata, nell'ottica di onerare fin da subito il debitore di una serie di doveri attraverso la fissazione di requisiti contenutistici che, come si vedrà in seguito, sono essenzialmente di tre tipi: descrittivo, esplicativo e propositivo<sup>43</sup>.

#### 15. La centralità della programmazione e del “fattore tempo”

Il filo conduttore delle disposizioni (quanto meno di quelle più rilevanti) che ci si appresta, pur sinteticamente, a esaminare è rappresentato dalla necessità di precisare, anzitutto nell'interesse dei creditori, in quali modi, tempi e misura ciascuno di essi sarà soddisfatto, all'insegna di un'esigenza di programmazione che - com'è stato osservato - “implica che la fluidità dei fenomeni economici sia strategicamente governata e che il debitore delinea a tal fine una cornice operativa e cronologia “analitica”, cui non è avulsa la prefigurazione di scenari alternativi”<sup>44</sup>. Con il che si registra una saldatura tra il dovere di trasparenza del debitore verso il tribunale e verso il ceto creditorio e il diritto di quest'ultimo a

---

<sup>43</sup> Questa distinzione è suggerita da AUDINO, sub *art. 87*, in MAFFEI ALBERTI (diretto da), *Commentario breve al codice della crisi e dell'insolvenza*, cit.

<sup>44</sup> LEUZZI, sub *art. 87*, in DI MARZIO (diretto da), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano 2022, 399.

essere compiutamente informato, anche in merito agli effetti delle opzioni diverse dal concordato.

Il fatto che il debitore sia chiamato a programmare le proprie attività in funzione del buon esito del piano – e quindi dell’adempimento della proposta – trova riscontro nell’iniziale previsione (e nel successivo rispetto) dei tempi previsti per il soddisfacimento dei creditori. Ed è ben noto che l’inosservanza di tali tempistiche può essere foriera di risoluzione del concordato<sup>45</sup>, a conferma della centralità del “fattore tempo”<sup>46</sup>, per quanto concerne sia il piano che la proposta formulata dal debitore (o da un terzo).

Quanto all’assunto secondo il quale “i tempi di adempimento sono componente della proposta” e non del piano<sup>47</sup>, in realtà è lo stesso art. 87, c. 1, lett. e), a richiedere che il piano contenga la descrizione analitica delle modalità “e dei tempi di adempimento della proposta”. Si tratta piuttosto di un caso paradigmatico di requisito che costituisce contestualmente elemento sia della proposta che del piano, a conferma dell’intima connessione fra essi; ferma restando, beninteso, la distinzione concettuale fra proposta, intesa come ciò che viene offerto ai creditori “in cambio” della loro adesione, e piano, che rappresenta “lo strumento operativo e organizzativo per formulare la proposta e costituisce l’architettura organizzativa (una sorta di pianificazione economica, patrimoniale e finanziaria) per far sì che la proposta appaia ai creditori credibile”<sup>48</sup>.

## 16. Il “nucleo” del piano

Gli elementi “nucleari” del piano comuni alle diverse tipologie di concordato sono costituiti, come pure in passato, da due requisiti di carattere “propositivo”: le modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti (lett. d) e la già menzionata descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento (lett. e). Rispetto alla legge fallimentare, l’odierno codice ha

---

<sup>45</sup> Sul tema, da ultimo e per ampi riferimenti, CASA-ALBIERO, *Risoluzione e annullamento del concordato*, in AMBROSINI (a cura di), *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, Bologna, 2022, 804 ss.

<sup>46</sup> In argomento cfr. *ex aliis*, nell’impero della legge fallimentare, TERRANOVA, *L’autonomia del diritto concorsuale. Problemi e prospettive*, Torino 2016, *passim*; SPIOTTA, *Il ruolo del fattore tempo nella crisi d’impresa*, in AA.VV., *Crisi e Insolvenza. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 664 ss.

<sup>47</sup> FABIANI, *Un affresco sulle nuove ‘milestones’ del concordato preventivo*, cit., 21.

<sup>48</sup> FABIANI, *op. ult. cit.*, 20.

aggiunto fra gli elementi-fulcro del piano, come si vedrà fra breve, il valore di liquidazione del patrimonio (lett. c)<sup>49</sup>.

Il primo requisito di cui si diceva ricalca *verbatim* il disposto della lett. a) dell'art. 160, c. 1, l. fall. Se ne ricava, alla luce del persistente utilizzo dell'espressione "attraverso qualsiasi forma", la conferma di una fattispecie "aperta", a contenuto non preconstituito, mentre la locuzione "anche mediante" seguita dalle modalità di soddisfacimento dei creditori rende l'elenco di queste ultime chiaramente non tassativo, bensì puramente esemplificativo; anche se va detto che le ipotesi menzionate rispondono indubbiamente all'*id quod plerumque accidit*, specie ove nella "cessione dei beni" venga fatto rientrare, alla stregua di quanto previsto dall'art. 84, pure il trasferimento dell'azienda in esercizio.

Quanto al requisito di cui alla lett. e), esso costituisce il cuore della proposta diretta ai creditori, atteso che ciascuno di essi dev'essere informato del modo in cui avverrà l'adempimento (con pagamento in denaro o con altre modalità soddisfattive, come negli ultimi anni è di frequente accaduto attraverso l'attribuzione di strumenti finanziari partecipativi) e del momento in cui ogni creditore riceverà soddisfazione.

Consapevole della frequenza, specie in tempi recenti, dei disallineamenti registrati in sede di esecuzione del concordato rispetto a quanto preventivato dal debitore, il legislatore, alla lett. i), ha richiesto l'indicazione *ab origine* delle iniziative da adottare in caso di scostamento dagli obiettivi pianificati. Di qui la conferma della legittimità, in passato per vero non pacifica, di piani cc.dd. alternativi, in cui si prefigurano la possibilità che il piano "principale" non vada a buon fine e si delineino uno o più piani "subordinati".

In proposito, nel vigore della legge fallimentare si affermava per lo più che la "riserva" su quale fosse il piano da sottoporre ai creditori andasse sciolta prima del deposito della relazione commissariale e comunque prima della votazione. Al cospetto della nuova norma la dottrina ritiene, probabilmente a ragione, che sia ammessa "la previsione di programmi alternativi, a condizione che siano delineati con la domanda e che siano poi approvati dai creditori, nonché omologati dal tribunale"<sup>50</sup>: con il che oggetto del voto diventa l'intera

---

<sup>49</sup> Sul tema, *ex aliis* e per gli opportuni riferimenti, D'ATTORRE, *Le regole di distribuzione del valore*, in *Fall.*, 2022, 1223 ss.

<sup>50</sup> LEUZZI, sub *art.* 87, in DI MARZIO (diretto da), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano 2022, 400.

gamma di soluzioni prospettate dal debitore e analizzate dal commissario giudiziale.

Altro elemento centrale nella nuova sistematica concordataria è sicuramente rappresentato – lo si è poc'anzi accennato – dall'indicazione del valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale (lett. c).

Com'è stato messo in luce all'indomani del varo del codice, la nuova cartina di tornasole per valutare l'ammissibilità della proposta risiede, in base al combinato disposto degli artt. 84 e 112, nella non deteriorità del trattamento dei creditori rispetto a quello che riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale<sup>51</sup>. Ed è precisamente questa la prima funzione del disposto della predetta lett. c), giacché il valore di liquidazione costituisce il parametro di base per verificare che il soddisfacimento dei creditori in sede concordataria non sia inferiore a quello ipoteticamente realizzabile da un curatore; valore che al tempo stesso delimita, nel concordato in continuità, il perimetro applicativo della regola della priorità assoluta nella distribuzione dell'attivo ai sensi dell'art. 84, c. 6<sup>52</sup>.

Sotto questo secondo profilo, è stata messa in evidenza, in dottrina, l'opportunità che il valore di liquidazione indicato nel piano “supportato dalla stima di esperti, si da essere assoggettabile a controllo (dell'attestatore, in primo luogo), e venga determinato prefigurando sia un'ipotesi di liquidazione atomistica dei beni, sia un'ipotesi di vendita del complesso aziendale in dimensione statica, sia un'ipotesi di cessione dell'azienda in esercizio nell'ambito della liquidazione giudiziale, specificando i motivi per i quali viene prescelto un determinato scenario e vengono esclusi gli altri, anche alla luce della ritenuta ricorrenza o mancanza dei presupposti della prosecuzione dell'attività *ex art. 211*”<sup>53</sup>. Non v'è dubbio, a tale stregua, che all'atto pratico lo sforzo richiesto al debitore e ai suoi consulenti risulti considerevole, sebbene possa in realtà dubitarsi della necessità di prospettare lo scenario rappresentato

---

<sup>51</sup> Così fra i primi, correttamente, LEUZZI, *Appunti sul Concordato Preventivo ridisegnato*, in *Dirittodella crisi.it*, 5 maggio 2022, cui *adde* AMBROSINI, *Brevi appunti sulla nuova “sintassi” del concordato preventivo*, in *Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 9 giugno 2022, 6-7; FABIANI-PAGNI, *I giudizi di omologazione nel Codice della Crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 31 agosto 2022, 5.

<sup>52</sup> Cfr. AUDINO, *op. cit.*

<sup>53</sup> Così AUDINO, *op. cit.*

dall'esercizio provvisorio nella liquidazione giudiziale<sup>54</sup>; ferma in ogni caso l'estraneità della prospettiva di liquidazione atomistica dei beni ove si tratti di concordato in continuità.

### 17. Gli altri requisiti contenutistici del piano

Riprendendo la distinzione tipologica dei requisiti *ex art. 85* quale proposta in precedenza, possono annoverarsi fra quelli descrittivi, oltre all'indicazione (per vero probabilmente superflua) "del commissario giudiziale ove già nominato" (lett. p), l'indicazione del debitore e delle eventuali parti correlate, le sue attività e passività al momento della presentazione del piano e la descrizione della situazione economico-finanziaria dell'impresa e della posizione dei lavoratori (lett. a), nonché l'indicazione delle cause e dell'entità dello stato di crisi o di insolvenza in cui si trova e l'indicazione delle strategie d'intervento (lett. b): previsione, quest'ultima, sicuramente opportuna, anche se frequentemente messa in pratica, per così dire, *ante litteram* già nel passato, nell'ottica di offrire al tribunale e ai creditori l'informazione più completa possibile.

Rientra nel novero dei requisiti di carattere descrittivo anche il valore di liquidazione del patrimonio, di cui si è già detto in precedenza.

Per quanto concerne i requisiti esplicativi, oltre alle lettere l), m) e n) sulle parti interessate e su quelle non interessate dal piano, nonché sulla classificazione delle prime [cfr. *sub art. 85*], ricadono in tale categoria i requisiti di cui alle lettere f) e i), di cui si tratta, rispettivamente, nel paragrafo che segue e in quello che precede.

Alla lettera g), poi, sono contemplati gli apporti di nuova finanza, la cui necessità per l'attuazione del piano dev'essere opportunamente illustrata. La norma va riferita tipicamente ai casi di continuità aziendale, anche se non può escludersi il ricorso a risorse finanziarie aggiuntive nell'ipotesi di concordato liquidatorio: nel qual caso occorre naturalmente spiegare e attestare che esse sono funzionali alla miglior liquidazione (ad esempio, per completare la costruzione di un immobile al fine di venderlo a un prezzo sensibilmente maggiore).

---

<sup>54</sup> E v. infatti LENER, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla "distribuzione" del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, in *Dir. della crisi*, 25 febbraio 2022.

L'espressione "finanza nuova" usata dalla legge allude ai finanziamenti che il debitore si propone di ottenere dagli istituti di credito o da altri soggetti, inclusi i soci (e in proposito l'art. 102, relativo ai finanziamenti prededucibili dei soci, parla di loro erogazione "in qualsiasi forma, inclusa l'emissione di garanzie e controgaranzie"), mentre paiono da escludere dal concetto gli apporti di capitale, che non comportano incremento dell'esposizione debitoria.

Un cenno a parte, data l'importanza pratica della questione, merita la disposizione di cui alla lett. h), relativa alle azioni giudiziali. In essa si fa menzione anzitutto delle azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili dal debitore, volendosi con ciò valorizzare ogni componente di attivo potenziale, a cominciare dalle azioni di responsabilità contro gli organi sociali (e i revisori) delle società di capitali cadute in stato di crisi o di insolvenza.

La norma, com'è noto, costituisce il punto di arrivo di un percorso giurisprudenziale indirizzato a far emergere, attraverso l'obbligo di c.d. *disclosure*, le condotte foriere, *in thesi*, di danni risarcibili. Da questo punto di vista, può venire in evidenza anche la tematica delle azioni per abusiva concessione di credito da parte delle banche<sup>55</sup>, che peraltro potrebbero anche essere, almeno in parte, le stesse alle quali il debitore in concordato si rivolge, in base al piano, per ottenere nuova finanza in prededucazione o del cui voto favorevole, comunque, necessita.

Al fine poi di avere piena contezza dello scenario alternativo in caso di liquidazione giudiziale, la disposizione in parola considera altresì le azioni proponibili dal solo curatore (tipicamente, le azioni revocatorie *ex artt.* 163 ss.), affinché risulti comprovata l'osservanza del principio di non deteriorità di trattamento.

L'espressione "prospettive di realizzo", che la legge postula siano verificate dal debitore per dare concretezza all'attivo potenziale di cui si diceva, va riferita tanto alle azioni esperibili dal debitore quanto a quelle cui è legittimato solamente il curatore. Si allude qui in particolare agli accertamenti che occorre condurre in ordine alla consistenza patrimoniale dei soggetti che possono essere convenuti in giudizio; con la precisazione che i componenti dei collegi sindacali sono assai spesso muniti di coperture assicurative, destinate peraltro a venir meno nell'ipotesi in cui oggetto di contestazione siano comportamenti di natura dolosa (ma anche – notoriamente – in caso di omessa o intempestiva denuncia

---

<sup>55</sup> In argomento cfr. da ultimo, anche per riferimenti, DEL PORTO, *Brevi note in tema di concessione abusiva di credito*, in *Ristrutturazioni Aziendali.ilcaso.it*, 3 ottobre 2022; E. ANDREANI, *Verifica del merito creditizio ed abusiva concessione di credito*, *ivi*, 2 gennaio 2023.

del sinistro, nonché di dichiarazioni mendaci o reticenti al momento di stipulazione della polizza).

### **18. I contenuti “speciali” del piano in continuità**

Se quelli fin qui esaminati possono definirsi requisiti contenutistici “generalisti”, vale a dire prescritti indistintamente per ogni tipologia di piano, ve ne sono altri di carattere “speciale”, in quanto riferiti al solo concordato con continuità aziendale.

In primo luogo, la già più volte ricordata lett. e) richiede, con una previsione di non lieve momento, che il piano in continuità rechi con sé il piano industriale e che esso contenga l’indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi occorrenti per il riequilibrio della situazione finanziaria.

In secondo luogo, per l’ipotesi di continuità diretta la lett. f) prescrive, con formulazione pressoché identica al vecchio art. 186-*bis*, l. fall., l’analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, nonché del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura. Nel raffronto tra tale previsione, limitata alla continuità diretta, e quella più ampia di cui alla lett. e) si è ravvisata, in dottrina, “una asimmetria tra il piano industriale in continuità diretta e quello proveniente o fatto proprio dal terzo che prosegue l’attività – non potendosi propriamente parlare di piano industriale del debitore che si limiti a trasferire a terzi la proprietà o la detenzione dell’azienda –, che si traduce, nel secondo caso, in un deficit informativo”<sup>56</sup>.

La norma in esame poi, puntando a essere “al passo coi tempi” anche sotto il profilo della doverosa adeguatezza ai precetti di matrice unionale, precisa che occorre tener conto anche dei costi necessari ad assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell’ambiente: il che, nel caso ad esempio degli oneri di bonifica di siti inquinati, può in concreto comportare esborsi considerevoli, talora in grado di mettere a repentaglio la sostenibilità economica del piano<sup>57</sup>.

Va infine osservato che vi è una serie di previsioni, già ricordate nel paragrafo precedente – da quelle sulle strategie di intervento e sugli apporti di

---

<sup>56</sup> Così AUDINO, *op. cit.*

<sup>57</sup> Sul privilegio che assiste il credito del Ministero dell’ambiente per omessa bonifica di siti inquinati, cfr. Trib. Milano, 27 aprile 2022, in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, 29 aprile 2022, nonché più in generale sulla questione, in dottrina CAPOBIANCO, *La (mancata) tutela ambientale nel diritto concorsuale, tra discrezionalità legislativa e dubbi di legittimità costituzionale*, *ivi*, 8 giugno 2022.

nuova finanza (lettere b) e g)) a quelle sulla “posizione dei lavoratori” (espressione non immune da oggettiva genericità), sull’informazione e la consultazione tramite i loro rappresentanti e sugli effetti della ristrutturazione sui rapporti di lavoro (lettere a) e o)) – le quali, seppur non specificamente riferite alla continuità aziendale, di regola presuppongono la continuazione, diretta o indiretta, dell’attività d’impresa.

### 19. La preferibilità della soluzione concordataria

Con il secondo comma dell’art. 87 il legislatore ha onerato il debitore di indicare, esplicitandole, le ragioni per cui la proposta concordataria è preferibile alla liquidazione giudiziale.

Il precetto rientra fra quelli che attengono alla comparazione fra due scenari: l’opzione concordataria e l’alternativa ad essa, rappresentata dalla liquidazione giudiziale. Senonché, come chi scrive ha osservato all’indomani del varo del codice, è lecito dubitare della reale necessità di richiedere la preferibilità del concordato quando il resto della disciplina è imperniato sul criterio di non deteriorità di trattamento<sup>58</sup>, apparendo il riferimento in parola poco armonico rispetto al quadro generale.

Una spiegazione, invero non priva di una qualche plausibilità, della *ratio* della norma è stata ravvisata nel disposto dell’art. 40: la dichiarazione che in tale sede “il debitore è tenuto ad effettuare attiene alla deduzione della *causa petendi* (ovvero le «ragioni della domanda» di cui al 2° co. dell’art. 40), che sorregge e spiega il proposito di accedere allo strumento di regolazione della crisi. La mancanza di tale requisito può, quindi, dare luogo all’inammissibilità del ricorso sotto il profilo processuale, non già all’inammissibilità della proposta di carattere negoziale, la quale, dato il principio di equivalenza di cui all’art. 841, non deve necessariamente risultare preferibile rispetto alla liquidazione giudiziale con riguardo alla misura del trattamento offerto”<sup>59</sup>.

Resta nondimeno il dubbio circa il fatto che la disposizione di cui trattasi fosse, nella “economia” dell’art. 87 (che oltre tutto si occupa del piano e non della domanda), davvero indispensabile.

---

<sup>58</sup> AMBROSINI, *Brevi appunti sulla nuova “sintassi” del concordato preventivo*, cit., 7-8.

<sup>59</sup> Così AUDINO, *op. cit.*

## 20. L'attestazione del piano

Il terzo comma dell'art. 87 è dedicato all'attestazione del professionista indipendente – secondo la definizione di cui all'art. 2, lett. o) – all'uopo incaricato dal debitore.

Preliminarmente, si rende opportuna una precisazione dal punto di vista lessicale, giacché il termine “attestazione” che il legislatore, per vero comprensibilmente, continua a utilizzare (dopo averlo a suo tempo mutuato dalla scienza e dalla pratica aziendalistiche) è qui adoperato – come si legge in dottrina – in senso assolutamente generico rispetto al suo significato etimologico, in quanto l'attestazione di cui si tratta, in effetti, “non produce alcuna certezza e men che meno una certezza legale e, pur se può essere il frutto anche di accertamenti, è assolutamente irriducibile ad una «certificazione». L'attestazione esprime un giudizio, una valutazione (in chiave soprattutto prognostica), ed è pertanto riconducibile piuttosto ad un *parere* caratterizzato dalla particolare competenza del suo autore”<sup>60</sup>.

Ciò detto sul piano terminologico e venendo al contenuto della norma, essa enuclea l'oggetto di tale attestazione, il quale viene declinato negli svariati profili che vanno scrutinati dall'attestatore con la debita diligenza, pena la propria responsabilità civile e penale<sup>61</sup>.

I primi due aspetti riguardano tutte le tipologie di concordato e consistono nella veridicità dei dati aziendali e nella fattibilità del piano.

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

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

---

<sup>60</sup> NIGRO-VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., 419.

<sup>61</sup> Su cui si vedano, rispettivamente, BOTTAI-PEZZANO, *La responsabilità civile dell'attestatore*, in AMBROSINI-TRON (diretto da), *Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell'attestatore*, Bologna 2016, 75 ss., e FONTANA, *Brevi considerazioni sulle norme della l. 132/2015 nella prospettiva penalistica*, *ivi*, 161 ss.

concordati) e che costituiscono il nucleo stesso dell'attestazione in rapporto alla risanabilità dell'impresa e alla tutela minima del ceto creditorio<sup>62</sup>.

Per quanto attiene, in particolare, alla veridicità dei dati<sup>63</sup>, non risulta compatibile con il dettato normativo una verifica limitata alla corrispondenza formale fra i dati contabili e quelli esposti nella proposta, nel piano e nei rispettivi allegati. Senza ovviamente arrivare a parlare di attività di revisione in senso proprio, occorre tuttavia che l'attestatore ponga in essere uno scrutinio puntuale sull'attendibilità della rappresentazione patrimoniale e finanziaria quale offerta dal debitore. E può senz'altro ribadirsi, in proposito, quanto rilevato, ormai tre lustri orsono, con riguardo, ad esempio, al controllo di effettiva esigibilità dei crediti (che passa giocoforza per la valutazione di solvibilità dei debitori) e al corretto conteggio degli interessi, sia quelli maturati fino alla domanda di concordato, sia quelli destinati a prodursi, sui crediti prededucibili e privilegiati, in costanza di procedura: ferma la possibilità, soprattutto nelle imprese di grandi dimensioni, di controlli "a campione"<sup>64</sup>.

Con riguardo poi al requisito della fattibilità, è a ben vedere dubbio che l'attestatore possa limitarsi a constatare la non manifesta inadeguatezza del piano al raggiungimento degli obiettivi che il debitore si è prefissato, secondo la definizione dell'art. 7 (riferita però allo scrutinio demandato al tribunale ai fini della trattazione prioritaria della domanda di concordato). Pare piuttosto doversi trattare di una prognosi positiva in ordine alla realizzabilità del piano, all'insegna di una valutazione di effettiva probabilità – secondo il c.d. criterio del "più probabile che non" – dei risultati prospettati, quando non, com'è stato detto, di "concreta verosimiglianza, secondo le logiche di esperienza e i dettami delle discipline economiche finanziarie"<sup>65</sup>.

La relazione deve inoltre contenere la precisa indicazione della documentazione analizzata, delle verifiche svolte, dei riscontri ottenuti e della

---

<sup>62</sup> AMBROSINI, *op. ult. cit.*, 4.

<sup>63</sup> Su questo aspetto, come su quello della fattibilità del piano, può essere tuttora utile, in un'ottica sia giuridica che aziendalistica, la lettura dei contributi racchiusi nel volume AMBROSINI-TRON (diretto da), *Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell'attestatore*, cit.. Più di recente, nella letteratura aziendalistica, v. BASTIA, *Gestione della crisi e piani di risanamento aziendali*, Milano, 2022, 265 ss.

<sup>64</sup> AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, vol. XI, 1, Padova, 2008, 69.

<sup>65</sup> LEUZZI, sub *art. 87*, cit., 402.

metodologia utilizzata per addivenire alla formulazione delle conclusioni assunte<sup>66</sup>.

La norma precisa infine che analoga relazione deve essere presentata nel caso di modifiche *sostanziali* della proposta o del piano.

Nel distinguere anche qui tra proposta e piano il legislatore ribadisce, quasi a chiudere il cerchio, quanto sancito nell'esordio dell'art. 87, in base al quale il debitore presenta il proprio piano "con la proposta di concordato".

Sotto il profilo esegetico, il *focus* va posto sulla sostanzialità delle modifiche, nel senso che solo variazioni che incidano su aspetti rilevanti del piano e della proposta – a cominciare dalle modalità e dai tempi di adempimento, dalla percentuale di soddisfacimento dei creditori e dai criteri di formazione delle classi – postulano la "riattestazione" e non anche quegli emendamenti che possono considerarsi marginali, specie ove essi consistano essenzialmente in chiarimenti e precisazioni relativamente agli aspetti già affrontati nel piano, ovvero in elementi non ancora disponibili all'atto della sua redazione.

Specularmente, solo al cospetto dell'attestazione di modifiche sostanziali è consentito al professionista mutare le conclusioni assunte nella relazione, la quale, secondo la giurisprudenza relativa alla legge previgente, deve risultare esauriente e attendibile fin dal proprio deposito.

---

<sup>66</sup> Cfr. LEUZZI, *op. ult. cit.*, 401.

## “UTILITÀ SOLIDALE” NEL CODICE DELLA CRISI: UN OSSIMORO SOLO APPARENTE

MARINA SPIOTTA

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Etimologia - 3. Dall'egoismo (fine a sé stesso) del r.d. 267/1942 alla solidarietà (dei vantaggi compensativi) del CCII passando per le misure (di pronto soccorso) varate dal d.l. 118/2021 conv. in L. 147/2021 - 4. Spunti conclusivi

### 1. Premessa

Come noto, ai sensi dell'art. 2 Cost., «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»: tre accezioni che rispecchiano la suddivisione della Parte I della Carta Costituzionale, divisa in quattro Titoli, tre dei quali ricalcano esattamente la declinazione di cui sopra<sup>1</sup>.

I costituzionalisti<sup>2</sup> distinguono tra una solidarietà solo *interna* (che si realizza solo internamente alla comunità, al gruppo, alla categoria, all'associazione) ed una *esterna* e tra un significato *debole* (come mero criterio di organizzazione del traffico giuridico, che si può ricongiungere alla buona fede) ed uno *forte*<sup>3</sup> (di

---

<sup>1</sup> Titolo IV *Rapporti politici*; Titolo III *Rapporti economici*; Titolo II *Rapporti etico-sociali*. Sull'art. 2 Cost. v., senza alcuna pretesa di completezza, S. Rodotà, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; F.D. Busnelli, *Il principio di solidarietà e «l'attesa della povera gente», oggi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, 413 ss.

<sup>2</sup> V. per tutti S. La Porta, *L'organizzazione delle libertà sociali*, Milano, 2004, 86.

<sup>3</sup> Per questa accezione v. D. Messinetti, *Abuso del diritto*, in *Enc. del diritto*, Agg. II, Milano, 1998, 12.

“sponda” contrapposta al principio dell’“individualismo proprietario”<sup>4</sup> volta a legittimare interventi redistributivi).

Con le pagine che seguono ci si propone di valorizzare tale principio anche nel contesto del Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza (*breviter*, CCII) e tentare di dimostrare che la raffigurazione della solidarietà come istanza che «opera a *cerchi concentrici* con vincoli e doveri che [...] si allargano progressivamente» e come una *forza centrifuga* che si dipana dal centro verso l’esterno in innumerevoli direzioni<sup>5</sup>, si sposi perfettamente con la metafora dei *cerchi concentrici della concorsualità*<sup>6</sup>. Man mano che ci si allontana dal nucleo più piccolo (la procedura fallimentare, oggi di liquidazione giudiziale: l.g.) e fino all’orbe più esterna (gli accordi di ristrutturazione dei debiti: a.d.r.), aumenta (l’autonomia delle parti, ma anche) la solidarietà, che tocca il suo apice nella composizione negoziata della crisi (CNC), che, come si desume dall’art. 2, lett. m-*bis*, CCII, non è né una procedura concorsuale, né uno strumento di regolazione della crisi e dell’insolvenza (SRC), ma un percorso volontario fondato sull’autonomia privata e sul dialogo con i vari *stakeholders* al fine di consentire la condivisione dei sacrifici presso una platea più ampia di interessati.

Negli altri SRC la *solidarietà* (al pari della protezione dalle azioni esecutive individuali ottenibile tramite la richiesta di apposite misure<sup>7</sup>) può essere:

- “*selettiva*” stante la ritenuta possibilità di escludere alcuni creditori sia dagli a.d.r. che, per analogia, dalla convenzione di moratoria<sup>8</sup>, ma, nel contempo, *estesa ai garanti*<sup>9</sup>;

- “*spontanea*” o “*imposta*” con un effetto di “trascinamento” (amplificato negli a.d.r. ad efficacia *super-estesa*, che rappresentano un possibile *exit* della

---

<sup>4</sup> P. Barcellona, *L’individualismo proprietario*, Torino, 1987.

<sup>5</sup> In questo senso v. B. Bertarini, *Il principio di solidarietà tra diritto ed economia*, Torino, 2020, 77.

<sup>6</sup> La nota metafora è stata coniata da Cass., 12 aprile 2018 n. 9087, in *Dir. fall.*, 2019, II, 444 ss. con nota di M. Del Linza, *La Cassazione fissa un punto fermo sulla vexata quaestio della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti* e in *Fallimento*, 2018, 984 ss., con nota di C. Trentini, *Gli accordi di ristrutturazione sono una procedura concorsuale; la Cassazione completa il percorso*.

<sup>7</sup> Cfr. L. Baccaglioni, *Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali*, in *Fallimento*, 2022, 1105.

<sup>8</sup> Per uno spunto in tal senso v. C. Trentini, in *Commentario Lo Cascio*, 2017, 2525 ss.

<sup>9</sup> Cfr. Trib. Venezia, 6 febbraio 2023, in *Giur. it.*, 2023, fasc. 8/9, con nota di A.J. Pagano, *L’estensione delle misure protettive ai soci ed ai garanti. Un whatever it takes all’italiana*.

CNC: v. art. 23, co. 2, lett. b, CCII) nei confronti dei creditori riottosi onde scoraggiare iniziative *free riding*.

## 2. Etimologia

L'etimologia del sostantivo deriva dal latino giuridico: pagare *in solidum* per i romani indicava l'obbligo contratto da una persona, appartenente a un gruppo di debitori, di corrispondere interamente il dovuto. La persona solidale era strettamente vincolata ad altri da un legame di interdipendenza. L'aggettivo *solidus* – da cui deriva il sostantivo *solidum* – aveva anche il significato di pieno, intero, oltre a quello di solido e robusto.

Se si cerca «*solidarietà*» in un moderno dizionario della lingua italiana compare la seguente spiegazione: sentimento di fratellanza, di aiuto materiale e morale tra le persone di un gruppo, di una collettività. Detta accezione è nata durante la rivoluzione francese. Per la precisione, nel 1789 la parola *solidarité* uscì dall'ambito giuridico ed economico in cui veniva usata e cominciò a indicare un atteggiamento di supporto, sostegno e vicinanza ai propri concittadini e connazionali. Con questo significato la parola superò i confini francesi e si diffuse anche in Italia.

I suoi *sinonimi* sono: fratellanza, partecipazione, aiuto vicendevole (ma attenzione: non uguaglianza). I suoi *contrari* animosità, ostilità, egoismo.

Ebbene i suddetti valori, sebbene inespresi<sup>10</sup>, hanno conquistato anche il d.lgs. n. 14/2019 nella versione armonizzata con la Direttiva *Insolvency* dal d.lgs. n. 83/2022<sup>11</sup>.

D'altronde anche i creditori di un imprenditore in difficoltà vengono a formare una *comunità d'interessi*, sia pure involontaria (a differenza di quella che si crea tra i soci quando si costituisce una società) e *sui generis* (in quanto opera sia nelle relazioni tra creditori che in quelle tra debitore-creditori), dove l'interesse comune può essere ravvisato nel raggiungimento di un obiettivo di mercato.

---

<sup>10</sup> Vi è un solo cenno, nell'art. 189, co. 6, lett. d), CCII ai «contratti di solidarietà» e non figura nessuno dei suddetti vocaboli.

<sup>11</sup> Sull'evoluzione dell'ordinamento concorsuale v., in luogo di altri, A. Jorio, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2023; S. Ambrosini, *Evoluzione della disciplina: dalla legge fallimentare al codice della crisi (attraverso la Direttiva UE del 2019 e l'emergenza epidemiologica)*, in S. Pacchi – S. Ambrosini, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2022, 1 ss.

Eppure i primi Autori<sup>12</sup> che hanno “osato” parlare di solidarietà e di responsabilità sociale d’impresa (RSI) o *Corporate Social Responsibility* (CSR) anche nel contesto della crisi d’impresa hanno ammesso di essersi sentiti quasi “derisi”, “fuori posto”, degli “idealisti”. Adesso il clima è cambiato.

### **3. Dall’egoismo (fine a sé stesso) del r.d. 267/1942 alla solidarietà (dei vantaggi compensativi) del CCII passando per le misure (di pronto soccorso) varate dal d.l. 118/2021 conv. in L. 147/2021**

In effetti, nella versione originaria del r.d. n. 267/1942 ciascun creditore poteva atteggiarsi rispetto agli altri come *homo homini lupus*<sup>13</sup> e veniva salvaguardata essenzialmente la *par condicio creditorum*.

In realtà, esaminando i dati normativi *funditus*, ci si avvede che la “solidarietà concorsuale” era già un valore sotteso a molte norme della legge fallimentare. Si pensi: alla socializzazione delle perdite conseguente alla revocatoria concorsuale dei c.d. atti normali e al diritto del creditore soccombente di insinuarsi al passivo<sup>14</sup> o, ancora, alla corresponsione di indennizzi a fronte di condotte (come lo scioglimento dai contratti pendenti)<sup>15</sup> potenzialmente dannose per il contraente *in bonis*, pur non essendo *contra ius*. Si potrebbe parlare di un “pregiudizio giusto”, ossimoro definitivamente sdoganato dagli artt. 16, co. 4 e 112, co. 1, lett. f), CCII che consentono all’imprenditore di contrarre nuovi finanziamenti purché «non pregiudichino *ingiustamente* gli interessi dei creditori», inciso che, letto *a contrariis*, sta a significare che possono pregiudicarli purché per un fine più nobile (particolare

---

<sup>12</sup> Cfr. G. D’Attorre, *Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi*, in *Diritto della crisi*, 13 aprile 2021; Id., *La responsabilità sociale dell’impresa insolvente*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 60 ss.; L. Baccaglioni, *I processi concorsuali solidali*, in *Il processo civile solidale*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Milano, 2020, 345 ss.; M. Fabiani, *Il valore della solidarietà nell’approccio e nella gestione delle crisi d’impresa*, in *Fallimento*, 2022, 5 ss. In precedenza, di solidarietà non si parlava; neppure se ne fa cenno in L. Lanfranchi, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, 2010.

<sup>13</sup> In questi incisivi termini Corte Cost., 22 aprile 1986, n. 102, in *Dir. fall.*, 1986, II, 177.

<sup>14</sup> Come rileva M. Fabiani, *Il valore della solidarietà nell’approccio e nella gestione delle crisi d’impresa*, cit., 9 s., «la retrocessione alla massa (cioè alla comunità) delle utilità ricevute è un meccanismo di solidarietà orizzontale perché qualcuno deve condividere con altri quella parte del bottino che ha legittimamente ricevuto (art. 166, co. 2, CCII, corrispondente all’art. 67, co. 2, l. fall.), ma potrà poi insinuarsi al passivo (art. 171, co. 2, CCII, equivalente all’art. 70 l. fall.).

<sup>15</sup> Artt. 97 e 172 CCII, che hanno ripreso gli artt. 169-bis e 72 l. fall.

declinazione, in ambito concorsuale, del principio generale del *neminem laedere* sancito dall'art. 2043 c.c.)<sup>16</sup>.

Fino al 2019, però, mancavano spinte nella direzione di una visione solidaristica volta a far emergere valori più alti di quelli strettamente correlati ai rapporti debito/credito.

Dopo la pandemia da Covid-19 si è stati chiamati, nei più svariati contesti, all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà in tutte e tre le accezioni menzionate dalla Costituzione, nonché ad abbandonare il clima di reciproca sfiducia e la diffidenza di fondo fra i custodi della legalità (i giudici) e gli attori economici.

L'appello a una maggiore solidarietà non si è però risolto in un accorato invito formulato sulla scorta dell'emotività e "passato di moda" con il rientro dell'emergenza, ma (fortunatamente) è rimasto e può essere letto in filigrana dietro diverse norme e istituti del d.lgs. n. 14/2019.

A fare da ponte tra la vecchia legge fallimentare e il nuovo Codice è stato il d.l. n. 118/2021 (numero quanto mai indovinato per un provvedimento normativo nato proprio per "soccorrere" le imprese messe a dura prova dalle restrizioni rese necessarie per combattere la diffusione del *virus*) che, come noto, ha introdotto la CNC. Si tratta, come già *supra* ricordato, di un percorso (poi trasfuso nel CCII) volontario e (parzialmente) stragiudiziale<sup>17</sup>, fondato sui pilastri della concorsualità e della partecipazione e su uno spirito di solidarietà non velleitario, ma basato sulla teoria (ora divenuta diritto positivo) dei vantaggi compensativi, al fine di evitare che la crisi di un'impresa singola sconfini nella crisi del mercato, più pericolosa e più dannosa di una qualche rinuncia.

In ambito concorsuale, non ci si accontenta più della massima "*recovery*" per i creditori, ma dovranno essere ponderati quei valori, non strettamente misurabili in termini economici, sui quali deve fondarsi uno Stato moderno che

---

<sup>16</sup> L. Boggio, *Gestione e protezione del patrimonio e dell'impresa del debitore nella composizione negoziata della crisi (riflessioni a margine dell'evoluzione del sistema)*, in AA.VV., *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, tomo III, Torino, 2022, 1814.

<sup>17</sup> Così fra i primi S. Ambrosini, *La composizione negoziata compie un anno: breve itinerario fra le prime applicazioni*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 12 dicembre 2022; cui *adde* M. Fabiani e I. Pagni, *Introduzione alla composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2021, 1485. Per una ricognizione degli artt. del CCII in cui si parla espressamente di vantaggi compensativi sia consentito rinviare a M. Spiotta, *La solidarietà dei "vantaggi compensativi" alla luce della normativa emergenziale e della l. n. 147/2021*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 29 novembre 2021; Id., *Il d.lgs. n. 83/2022 rafforza la teoria dei "vantaggi compensativi"*, in AA.VV., *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, cit., 1965 ss.

voglia ambire ad una crescita sostenibile nelle situazioni di crisi che ruoti (anche) attorno ai valori dell'etica, della solidarietà e della responsabilità sociale<sup>18</sup>.

Ecco allora che nel CCII si parla espressamente, per la prima volta, di sicurezza del lavoro e di tutela ambientale (art. 87 CCII), nonché di sostenibilità (cfr. gli artt. 3, co. 3, lett. b; 21, co. 1; 25-*undecies*; 87, co. 3, CCII). Ma il diritto concorsuale post-moderno è caratterizzato anche dai valori della solidarietà e della partecipazione che - sebbene inespressi e rimasti, per così dire, sottotraccia - rappresentano la vera anima del Codice, che premia chi s'impegna nel percorso di risanamento e disincentiva eventuali comportamenti ostruzionistici, mentre ammette disuguaglianze e disparità di trattamento.

Un ribaltamento totale di prospettiva:

-nella legge fallimentare valeva la regola "*tutti contro tutti*", *mors tua vita mea*, perché più sono gli invitati ad un banchetto e minore sarà la porzione di torta spettante ad ognuno, salva la parità di trattamento tra creditori (art. 2741 c.c.);

-nel Codice della crisi "*tutti indossano la stessa maglietta*" e sono consapevoli di essere "sulla stessa barca", ma anche del fatto che per arrivare a destinazione non possono abbandonare i rematori caduti in mare<sup>19</sup> perché "nessuno si salva da solo" e ciascuno deve impegnarsi al massimo delle sue possibilità.

La *mission* (scongiurare una "corsa" all'accaparramento delle risorse del debitore, che i manuali spiegano ricorrendo alla teoria dei giochi ed utilizzando

---

<sup>18</sup> Così M. Fabiani, *Introduzione ai principi generali e alle definizioni del codice della crisi*, in *Fallimento*, 2022, 1181.

<sup>19</sup> Calzante la metafora di G. Limitone, *Degiurisdizionalizzazione della crisi d'impresa e composizione negoziata: una figlia naturale non (ancora) riconosciuta. Con notazioni a margine*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 17 maggio 2022, 13 s.: «Si pensi ad una nave (che simboleggia un Paese liberale) che naviga verso il porto del benessere con 1000 rematori a bordo. Alcuni (pochi) di questi rematori cascano in acqua, per distrazione o stanchezza o altre private ragioni. I rematori rimasti a bordo possono continuare a remare verso il benessere, perché pochi rematori in meno non incidono sulla velocità della nave. Ma se a cadere in acqua sono 100 rematori su 1000 (...), allora ne risentirà la velocità della nave, per il sensibile calo della forza motrice» e i rematori rimasti a bordo dovranno porsi il problema di che cosa fare e decideranno, se non vogliono compromettere il benessere generale (la navigazione verso il relativo porto), di recuperare i rematori mancanti al circuito produttivo, o persino al circuito del consumo, non per ragioni di solidarietà, ma per ben più prosaiche ed efficaci ragioni di utilità collettiva.

l'esempio dello stagno e dei pescatori<sup>20</sup>) e le due componenti classiche della materia concorsuale (dimensione della torta e sua suddivisione) sono però restate immutate. L'unica differenza è che secondo la regola della priorità assoluta (*Absolute Priority Rule: APR*) i criteri per la divisione della torta fra i commensali vengono negoziati *ex ante* (anche) nell'ottica di definire chi, e secondo quale ordine, parteciperà al 'banchetto' nel caso in cui la 'torta' sia insufficiente a soddisfare tutti; in base alla regola della priorità relativa (*Relative Priority Rule: RPR*), che incentiva i soci a collaborare per il successo del piano, i suddetti criteri non si applicano alla porzione aggiuntiva rappresentata dal valore di ristrutturazione, sul quale i creditori non avrebbero comunque potuto fare affidamento<sup>21</sup>.

Gli indici normativi dai quali si evince che oggi il diritto concorsuale impone, oltre a una "collettivizzazione" delle procedure esecutive individuali, anche una "solidarizzazione" tesa a superare una *logica avversariale dicotomica* debitore-creditori sono molteplici.

Qualche esempio può essere chiarificatore.

#### Indici normativi che incentivano la solidarietà

In estrema sintesi, il concetto di solidarietà innerva una serie di disposizioni ed è interessante osservare che i destinatari dei precetti non ne sono gli unici beneficiari.

Per esempio:

-il dovere di adottare misure idonee e assetti adeguati (artt. 3 CCII e 2086 c.c.), «anche» (e quindi non solo) in funzione della rilevazione tempestiva della crisi, è posto a carico dell'imprenditore (rispettivamente individuale e collettivo), ma, aiutandolo a restare sul mercato (giova ricordare l'insegnamento

---

<sup>20</sup> Il titolare dello stagno è il debitore; i pesci rappresentano la massa attiva; i pescatori sono i creditori che, in assenza di una disciplina imperativa volta a regolare il concorso tra più aventi diritto su di un patrimonio (di norma incapiente), sarebbero portati a pensare egoisticamente solo a se stessi, incuranti del fatto che la vendita forzata del bene oggetto dell'espropriazione individuale potrebbe impedire la prosecuzione dell'attività d'impresa o la vendita in blocco dell'azienda, così frustrando ogni possibilità di preservare il *going concern value* (l'esempio è tratto da A. Nigro e D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2021, 54).

<sup>21</sup> Sulla genesi di tale regola v. *ex multis* G. Ballerini, *La distribuzione del (plus)valore ricavabile dal piano di ristrutturazione nella Direttiva (UE) 2019/1023 e l'alternativa fra absolute priority rule e relative priority rule*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2021, I, 367 e, più di recente, M. Perrino, "Relative priority rule" e diritti dei soci nel concordato preventivo in continuità, in *dirittodellacrisi.it*, 12 dicembre 2022.

di Zappa secondo cui l'azienda è un istituto destinato a durare nel tempo), tutela indirettamente i creditori e tutti gli *stakeholders*;

-i doveri del debitore di trasparenza e piena *disclosure* e quelli, speculari, dei creditori alla riservatezza e alla collaborazione leale con il debitore e con l'esperto, ma (non espressamente) anche con gli altri creditori<sup>22</sup> (art. 4 CCII) si saldano insieme e sono strumentali alla solidarietà, che presuppone informazione e disponibilità al confronto (le disposizioni contenute nell'art. 16, co. da 4 a 6, CCII impongono più puntuali doveri collaborativi alle banche e agli intermediari finanziari, ai loro mandatari e ai cessionari dei loro crediti);

-l'inedito e apparentemente "stravagante" ruolo del commissario giudiziale, chiamato a «fornire ai creditori che ne fanno richiesta, valutata la congruità della stessa e previa assunzione di opportuni obblighi di riservatezza, le informazioni utili per la presentazione di proposte concorrenti, [...], nonché ogni altra informazione rilevante in suo possesso» (art. 92, co. 3, CCII), si spiega considerando che la concorrenza dovrebbe incentivare l'individuazione della soluzione migliore e agevolare la creazione di un mercato efficiente del *distressed debt*;

-i doveri di segnalazione e comunicazione sono sanciti per i creditori finanziari (*monitor* ideali dell'equilibrio economico-finanziario di un'impresa, tanto è vero che spesso la giurisprudenza presume che siano a conoscenza dello stato di insolvenza del debitore<sup>23</sup>) e quelli pubblici qualificati (artt. 25 *novies* e *decies* CCII), ma a beneficio dell'imprenditore disorganizzato, che non potrà più "navigare a vista";

-il divieto di autotutela contrattuale, ossia il fatto che i creditori non possano, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori alla presentazione della domanda di accesso alla CNC o a uno SRC (artt. 18, co. 5; 63, co. 3 e 4 e 94-*bis* CCII) evita la creazione di una sorta di "cordone sanitario" attorno all'impresa;

---

<sup>22</sup> Ad avviso di P.G. Cecchini, *L'egoismo del macellaio e il conflitto di interessi nel concordato*, in *ilfallimentarista.it*, Focus del 7 novembre 2019, il creditore non avrebbe alcuna obbligazione *ex art.* 1173 c.c. che lo costringa a tenere una determinata condotta nell'interesse comune di tutti i creditori «posto che l'art. 4 c.c.i.i. confina tali obblighi unicamente ai suoi rapporti con il debitore e con gli organi della procedura».

<sup>23</sup> Di recente v. Cass., 3 luglio 2023, n. 18727, segnalata in *Euteke.info* del 4 agosto 2023, da Pezzetta, *Presunzione di conoscenza della banca sull'insolvenza del debitore. Necessario il costante e diligente monitoraggio degli intermediari finanziari verso le imprese*.

-la *rinegoziazione spontanea* dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita in cui la prestazione sia divenuta «eccessivamente onerosa» (anche – a differenza dell’art. 1467 c.c. - per il verificarsi di avvenimenti non connotati dai caratteri della straordinarietà e dell’imprevedibilità) o sia «alterato l’equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute» (art. 17, co. 5, CCII) e la *rinegoziazione forzata* (sulla falsariga dell’art. 2932 c.c., ma non “a rime obbligate”<sup>24</sup>) dei soli contratti in cui «la prestazione [sia] divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia» (art. 10, co. 2, d.l. 118/2021) è un modo per ripristinare lo *status quo ante* e l’economicità del singolo rapporto contrattuale considerando, in particolare, i “vantaggi compensativi contrattuali” derivanti a ciascuna parte dalla permanenza del rapporto di lungo periodo<sup>25</sup>.

#### Deterrenti contro l’egoismo o l’apatia/disinteresse

I comportamenti contrari alla solidarietà (come ostilità, ostruzionismo, impuntature irrazionali) sono inibiti:

-dal co. 5-*bis* dell’art. 53 CCII che, su richiesta delle parti, consente alla Corte d’appello, in caso di accoglimento del reclamo proposto contro la sentenza di omologazione del concordato preventivo in continuità aziendale, di «confermare la sentenza di omologazione se *l’interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante*, riconoscendo a quest’ultimo il risarcimento del danno» (inciso che potrebbe finanche far dubitare dell’esistenza di un vero “diritto” del creditore “a far fallire” il proprio debitore, in quanto tale risultato presuppone una convincente risposta alla domanda *Cui prodest?*);

-dal co. 2-*bis* degli artt. 63 (recentemente sospeso) e 88 e dal co. 3 dell’art. 80 CCII che, a certe condizioni, consentono la «transazione su crediti tributari

---

<sup>24</sup> Così I. Pagni e M. Fabiani, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *dirittodellacrisi.it*, 2 novembre 2021, 25. Per una lettura in chiave solidaristica della rinegoziazione v. L. Balestra, *Pandemia, attività d’impresa e solidarietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020, 1153 ss.; U. Mattei-A. Quarta, *Tre tipi di solidarietà, oltre la crisi nel diritto dei contratti*, in *giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020; R. Tarolli, *Le tendenze evolutive della crisi d’impresa: verso un (nuovo) modello di accordo socialmente orientato*, in *Giur. comm.*, 2023, I, 468 ss.

<sup>25</sup> Per una disamina sul rapporto tra *outbreak* pandemico e rinegoziazione, si segnalano M. Bianca, *Crisi e rinegoziazione dei contratti tra diritto emergenziale e codice della crisi. Prime riflessioni*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2022, 829 e, più di recente, A.J. Pagano, *La (presunta) sopravvivenza della rinegoziazione emergenziale*, in *Giur. it.*, 2023, 1718 ss.

e contributivi», ossia l'omologazione (forzosa) degli a.d.r., del concordato preventivo e del concordato minore a prescindere dal consenso espresso dell'Agenzia delle entrate e degli Enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie, sicché, in virtù di tale speciale legittimazione a decidere che attua la "ristrutturazione forzata del passivo" proprio attribuendo rilievo superiore all'interesse concorsuale, viene superato il principio di cui all'art. 1966 c.c. (la transazione è nulla se i diritti che formano oggetto della lite, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti)<sup>26</sup>;

-dal co. 5 dell'art. 109 CCII ove, al fine dell'approvazione del concordato preventivo in continuità, si prevede un criterio sussidiario in base al quale in ciascuna classe di creditori (la cui formazione è obbligatoria) la proposta è approvata qualora abbiano votato favorevolmente i 2/3 dei crediti dei creditori votanti (*quorum* deliberativo) purché titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe (*quorum* costitutivo), il che corrisponde alla possibilità che la maggioranza sia costituita dal 33,33% dei crediti (criterio sussidiario, pur sempre riconducibile al principio maggioritario, sebbene calcolato sui votanti anziché sugli aventi diritto al voto, in modo da sterilizzare la condotta dei creditori apatici);

-dall'art. 112, co. 2, lett. d), seconda parte, CCII che consente la ristrutturazione trasversale (o *cross class cram down*), ossia l'omologazione del concordato preventivo in continuità aziendale, nonostante il dissenso di una o più classi, qualora la relativa proposta sia approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione (c.d. creditori *in the money*, "maltrattati"<sup>27</sup> che si sacrificano per il bene comune, ipotesi in cui si potrebbe addirittura parlare di *altruismo*);

---

<sup>26</sup> Così App. Messina, 22 maggio 2023 (data della decisione), ove si pone in rilievo che la fattispecie della transazione fiscale esula dallo schema negoziale individuato dalla normativa civilistica e va inquadrata in un paradigma diverso, atipico, di negozio solutorio che vede la *voluntas legis* sostituirsi a quella della parte in disaccordo.

<sup>27</sup> G. D'Attorre, *Classi "interessate" e classi "maltrattate" nella ristrutturazione trasversale*, in *dirittodellacrisi.it*, 24 maggio 2023. Il primo precedente giurisprudenziale è Trib. Bergamo, 11 aprile 2023, in *Fallimento*, 2023, 791, con commento di I. Donati, *Il requisito del "sostegno minimo" dei creditori per l'omologazione del concordato in continuità: una prima (errata) applicazione dell'art. 112, comma 2, lett. d) CCII* e in corso di pubblicazione su *Giur. it.*, 2023, con nota di A.J. Pagano, *Il perimetro applicativo della ristrutturazione trasversale nel concordato preventivo*.

-dagli artt. 118, co. 6 e 120-*quinquies*, co. 1, ultima parte, CCII, che consentono di nominare un amministratore giudiziario per dare esecuzione alla proposta di concordato omologata, superando l'ostruzionismo dei soci e amministratori della società debitrice.

È importante sottolineare che in caso di violazione del divieto di condotte ostruzionistiche e/o disinteressate le *sanzioni* non sono solo *risarcitorie* (per concessione abusiva di credito o per aver ostacolato tentativi di risanamento), ma anche in forma specifica (si pensi, lato debitore, alla revoca delle misure protettive/cautelari qualora non si sia comportato in modo trasparente o alla preclusione all'accesso al concordato liquidatorio semplificato quando l'esperto, nella relazione finale, dichiara che le trattative non si siano svolte secondo correttezza e buona fede; lato creditori, al divieto di voto per quanti versino in conflitto di interessi o alle sanzioni specifiche in caso di omessa valutazione del merito creditizio in tema di sovraindebitamento).

Dagli indici normativi sopra sinteticamente ricordati emerge come la solidarietà non rappresenti più solo una fonte di doveri, ma giunga a costituire la ragione giustificatrice di disposizioni che comprimono i diritti del singolo<sup>28</sup>.

La stessa dottrina e giurisprudenza<sup>29</sup> stanno cercando, sia pure con qualche difficoltà, di cambiare mentalità (e di farla così cambiare agli operatori del settore).

Chi scrive ha suggerito un ripensamento:

-della stessa nozione di “*procedura concorsuale*” e precisamente dell'aggettivazione che tradizionalmente evoca l'idea di un “*concorso*” e quindi un certo “*antagonismo* tra i partecipanti”, mentre oggi andrebbe intesa come “*unione delle forze*”<sup>30</sup> e della tradizionale categoria delle azioni di massa, sostituendola con quella inedita delle azioni “*PRO*” (ossia, “a favore” della massa<sup>31</sup>).

---

<sup>28</sup> Per L. Mengoni, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, 1, 49 s., «l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge non è completa se non viene integrata dal dovere solidale di tutti di sobbarcarsi, in proporzione delle proprie disponibilità, al peso comune costituito dai costi dello stare insieme in società».

<sup>29</sup> Trib. Tempio Pausania, 14 febbraio 2023, in *dirittodellacrisi.it*.

<sup>30</sup> Sia consentito rinviare a M. Spiotta, *Evoluzione del diritto concorsuale e modello concordatario: unitarietà o pluralità?*, in *Fallimento*, 2023, 879.

<sup>31</sup> M. Spiotta, *Le “azioni di massa” dopo il d.lgs. n. 83/2022: un aggiornamento del catalogo o un ripensamento del significato del sintagma?*, in *Judicium*, 2022, fasc. 3, 317 ss.

La dottrina aziendalistica<sup>32</sup> ha giustamente parlato di risanamento *con* (e non *contro*) i creditori (da altro da sé ad altro per me) sottolineando che un'apparente norma di favore per i soci (l'art. 120-*quater* CCII consente di riservare loro parte del valore risultante dalla ristrutturazione) costituisce, in realtà, un «ostacolo alla ricostruzione del valore a spese dei soli creditori».

Il valore della solidarietà sembrerebbe quindi ormai assunto a canone interpretativo collegabile sia con le clausole generali come quella di buona fede (concorsuale)<sup>33</sup> e correttezza (che impone, ma al contempo circoscrive, l'impegno di solidarietà nei limiti di un apprezzabile sacrificio), sia con il principio di proporzionalità che, a sua volta, è una declinazione del principio di ragionevolezza<sup>34</sup>, la cui misura è predeterminata dal Legislatore.

Dopodiché, in dottrina si è anche posto in luce, con riferimento alla nuova disciplina del concordato preventivo (e in particolare all'art. 84 CCII), il rischio che l'utilizzo del concetto di solidarietà finisca per risultare un po' "inflazionato" e, comunque, non sempre strettamente necessario, specie ove vengano direttamente in rilievo i principi costituzionali. «Non sembra dubbio che la disposizione finalizzata a preservare, nella misura possibile, i posti di lavoro sia ispirata a valori di rango costituzionale. I principi che vengono in evidenza dal punto di vista che ci occupa non attengono tanto al concetto (in qualche modo potenzialmente *bon à tout faire*) di solidarietà – di recente invocato, nel dibattito dottrinale, soprattutto a proposito della composizione negoziata della crisi – quanto piuttosto a quelli di protezione del lavoro e di utilità sociale.

È infatti evidente che, in linea generale, il nuovo art. 84, co. 2, CCI, si colloca, per così dire, sotto l'ampio ombrello dell'art. 35 Cost., ai sensi del quale la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. E l'aspetto fortemente innovativo – si torna a dire – è rappresentato dall'applicazione di

---

<sup>32</sup> R. Ranalli, *Con il Codice il risanamento è con i creditori e non vi è più spazio per quelli contro di essi*, in *dirittodellacrisi.it*, 18 luglio 2023.

<sup>33</sup> Le critiche mosse all'utilizzo della solidarietà costituzionale quale strumento di riequilibrio della relazione contrattuale e quale grimaldello per utilizzare la buona fede (contrattuale) alla stregua di una regola di validità mal si attagliano alla buona fede (concorsuale) che ha una dimensione collettiva esattamente come la solidarietà. Peraltro, già i criteri ermeneutici dettati dagli artt. 1366 e 1371 c.c. paiono fondati su un'esigenza di "solidarietà contrattuale".

<sup>34</sup> Cfr. P. Montalenti, *Le nuove clausole generali nel Codice della crisi*, in *Giur. it.*, 2023, 1434 ss.

questo principio con riferimento al concordato preventivo, tradizionalmente “funzionalizzato” al solo perseguimento dell’interesse dei creditori»<sup>35</sup>.

Ad ogni buon conto, occorre prendere atto che:

-certe regole che apparentemente sembrerebbero sbilanciate a favore dell’imprenditore (come la già ricordata *RPR* che emerge dal combinato disposto degli artt. 84 e 112 CCII) si traducono anche in un vantaggio per i creditori (nella specie, chirografari, che non prenderebbero alcunché se fosse osservato un rigido ordine di distribuzione verticale delle risorse);

-la partecipazione è incentivata e anticipata fin dal momento dell’accesso alla composizione negoziata della crisi, che rappresenta un passaggio imprescindibile per accedere al concordato semplificato, dove i creditori non votano proprio perché avrebbero dovuto far sentire la loro voce durante le trattative condotte dall’Esperto;

-la rinegoziazione dei contratti e la liberazione dai debiti (*discharge*) sono un vantaggio per tutti perché consentono all’imprenditore di diventare di nuovo un ramo verde dell’attività produttiva e di far tesoro dei propri eventuali errori pregressi.

Riallacciandoci alle considerazioni che precedono e alla digressione sull’etimologia del vocabolo, più che di *solidarietà* (che potrebbe ancora suonare come antitetica rispetto alla spietata logica degli affari) sarebbe più appropriato parlare di utilità *solidale*<sup>36</sup>, in ottica macroeconomica.

#### 4. Spunti conclusivi

Concludendo: è giunto il momento di dimostrare solidarietà anche tra i tre formanti del diritto (del resto, alcune delle critiche mosse al nuovo ordito codicistico possono essere ridimensionate semplicemente cambiando angolo visuale<sup>37</sup>) per evitare nuovi “*casus belli*” (come la nota vicenda della società calcistica *Reggina 1914*, che ha portato il D.L. 69/2023, conv. in L. 103/2023 a

---

<sup>35</sup> Così S. Ambrosini, *Concordato preventivo e soggetti protetti nel codice della crisi dopo la Direttiva Insolvency: i creditori e i lavoratori*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 1° giugno 2022, 9.

<sup>36</sup> Con una crisi, quindi, fra il concetto di solidarietà e quello di utilità sociale invocato da S. Ambrosini, *op. ult. cit.*

<sup>37</sup> Come osservato da Don G. Dellavite nel suo intervento di apertura al Convegno di Bergamo del 19 e 20 giugno 2023 (la registrazione audio-video è disponibile su Diritto della crisi), per far tornare i conti, a volte, basta una lettura *a contrario*. Es.: XI+I = X (operazione errata) ma è esatto dire che: X = I + IX.

sospendere inopinatamente l'applicabilità dell'art. 63, co. 2-*bis*, CCII, prevedendo una disciplina transitoria sull'omologazione forzata degli a.d.r.)<sup>38</sup> e di convincere i creditori che la *solidarietà esterna* (verso l'imprenditore e i soci, che, a certe condizioni, possono trattenere anche parte del valore di ristrutturazione) si tradurrà anche in una *interna*, ossia in un beneficio per loro<sup>39</sup>.

Ogni riforma richiede un periodo di metabolizzazione, ma un approccio dialogico e costruttivo tra Legislatore, giurisprudenza e dottrina sarebbe di grande aiuto anche nell'accelerare l'auspicato cambio di mentalità tra gli operatori e i professionisti del settore. Così come esiste la pratica del “caffè sospeso”, gli imprenditori dovranno abituarsi anche a quella di una “fornitura (di beni/servizi) sospesa” contando sul recupero del *going concern* da parte dell'impresa in difficoltà in una sorta di «*passa il favore*» qui declinata come «*concorsualità collaborativa*» che potrà essere ulteriormente incentivata, per es., attraverso la tecnica del c.d. “*earn out*”.

---

<sup>38</sup> Per un primo commento v. A. Nicotra e M. Pezzetta, *Cram down «transitorio» per gli accordi con transazione fiscale o contributiva. Confermate le misure del DL 69/2023 con effetto dal 15 giugno 2023*, in *Eutekne.Info*, 11 agosto 2023; A.J. Pagano, in *Linkedin* (Diritto Fallimentare-Restructuring), 4 agosto 2023, <https://www.linkedin.com/groups/4701955/?highlightedUpdateUrn=urn%3A%3AgroupPost%3A4701955-7093255647336554496&q=highlightedFeedForGroups>.

<sup>39</sup> Come ha osservato S. Pacchi, *Par condicio e relative priority rule. Molto da tempo è mutata nella disciplina della crisi d'impresa*, in *dirittodellacrisi.it*, 26 gennaio 2022, 13, «la solidarietà, [...], muta direzione: non per il recupero del credito – come tentava di sollecitare il vecchio sistema liquidativo-satisfattivo ponendo l'astratta ed utopica regola della *par condicio* – ma per il recupero dei valori aziendali. I creditori possono aggregarsi per un comune interesse all'impresa mentre l'interesse al soddisfacimento esalta, al contrario, i particolarismi incentivando i contrasti»; Id., *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunità del creditore. Dal codice della crisi alla composizione negoziata*, in *Dir. fall.*, 2022, I, 501 ss.

## IL PIANO DI RISTRUTTURAZIONE OMOLOGATO: UN CASO DI “CONCORRENZA SLEALE” TRA ISTITUTI? \*

EDGARDO RICCIARDIELLO

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il PRO nella nuova cornice normativa; 3. Gli elementi tipologici del PRO; 4. La conversione del PRO in concordato preventivo; 5. Il *favor* del legislatore per il PRO; 6. Conclusioni

### 1. Introduzione

Il percorso di riforma della legge fallimentare intrapreso con la legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 è giunto a compimento a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. 17 gennaio 2022, n. 83 recante il Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza (CCII).

Come è noto, tuttavia, l'originario impianto normativo delineato dalla Commissione Rordorf ha subito in sede di stesura finale importanti modifiche al punto che, per certi aspetti, il tessuto della riforma è risultato profondamente modificato.

Ciò è accaduto a fronte di un sostanziale ripensamento dell'impostazione delle misure di allerta che, nell'originario disegno normativo, avrebbero dovuto assumere centralità nella riforma mediante la devoluzione della gestione della pre crisi ad organismi di diritto pubblico (gli OCRI) che mal si sarebbero potuti conciliare con una impostazione apertamente “liberista” del nuovo diritto concorsuale attribuita dai compilatori del Codice<sup>1</sup>.

---

\* Il presente lavoro sottoposto a referaggio anonimo è destinato alla pubblicazione in un volume collettaneo curato da Maurizio Irrera e Stefano Cerrato, Editore Zanichelli.

Ma, soprattutto, sono state le spinte unionali, per effetto della Direttiva 2019/1023/UE ( c.d. Direttiva “*Insolvency*”), ad aver giocato un ruolo centrale nella modifica dell’impianto normativo preesistente attraverso, dapprima, l’introduzione dell’istituto della composizione negoziata della crisi ad opera del D. Lgs del 24 agosto 2021, n. 117 (poi convertito in legge 21 ottobre 2021, n. 147); successivamente, mediante la previsione di strumenti di composizione della crisi o dell’insolvenza aventi una matrice contrattualistica e per certi aspetti ibridati rispetto alle procedure concorsuali maggiori (concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti).

Con il CCII si sarebbe compiuto quel processo di contrattualizzazione del diritto concorsuale che attribuirebbe alle parti (debitore e creditori) il potere di stabilire le regole (sostanziali) del concorso prevedendo le modalità di distribuzione delle risorse dell’attivo<sup>2</sup>.

Un percorso che sarebbe stato segnato, in senso evolutivo, dalle riforme che si sono succedute dal 2005 in poi e che avrebbero comportato una maggiore centralità del debitore nella ristrutturazione di impresa<sup>3</sup>.

Tuttavia, anche nei Paesi a maggiore liberismo concorsuale si è assistito, a seguito degli scandali finanziari che hanno coinvolto le grandi imprese bancarie e finanziarie, ad un ripensamento rispetto al ruolo del giudice (ed in generale della pubblica amministrazione) nella gestione della crisi mediante un rafforzamento del controllo pubblico attraverso il potenziamento del ruolo del *trustee* e della *court*<sup>4</sup>. Ciò sul presupposto che le procedure concorsuali non

---

<sup>1</sup> Per una critica al sistema di allerta che era stato proposto in sede di prima stesura dalla Commissione Rordorf anche per le ricadute rispetto al controllo esterno del tribunale sia consentito rinviare a RICCIARDIELLO, *Riflessioni in tema di procedure di allerta e controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. alla luce del nuovo codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: una difficile convivenza?* in *Jus*, 2019, 111 ss.

<sup>2</sup> V. nel Sistema del *Bankruptcy Code* statunitense BEBCHUK, *A new approach to Corporate Reorganizations*, 101 *Har. Law Review*, 775 (1988); RASMUSSEN, *Debtor’s Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy*, 71 *Tex L. Rev.*, 51, 117 (1992); SCHWARTZ, *A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy*, 107 *Yale L. J.*, 1807, 1850-1851 (1998).

<sup>3</sup> V. C. FERRI, *L’esperienza del Chapter 11. Procedura di riorganizzazione dell’impresa in prospettiva di novità legislative*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 69 ss.; v. anche MANGANELLI, *The Evolution of the Italian and U.S. Bankruptcy Systems. A Comparative Analysis*, in *Journal of Business and Technology Law*, 2010. In senso critico RICCIARDIELLO, *Il ruolo del commissario giudiziale nell’era del fallimento del contrattualismo concorsuale*, in *Giur. Comm.*, 2015, I, 720.

<sup>4</sup> V. WARREN-WESTBROOK, *Contracting Out of Bankruptcy: An Empirical Intervention*, in *Harvard Law Review*, 2005, 1198 ss.; BLOCK-LIEB, *The Logic and Limits of Contractual Bankruptcy*, 2001, *University of Illinois Law Review*, 2001, 2, 504-508.

attengano al solo rapporto debitore-creditori ma involgano interessi ben più diffusi anche, in certi casi, a matrice pubblicistica. Tant'è che anche le procedure quali gli accordi di ristrutturazione dei debiti, seppure consentano al debitore e ai creditori di trovare una composizione dell'esposizione debitoria attraverso pattuizioni sostanzialmente libere sul piano dei contenuti e delle regole distributive; d'altra parte, impattano anche sui diritti di terzi (creditori dissenzienti, coobbligati, fideiussori, obbligati in via di regresso, soci illimitatamente responsabili e creditori non aderenti negli accordi ad efficacia estesa)<sup>5</sup>.

## 2. Il PRO nella nuova cornice normativa

Il PRO si colloca in tale contesto normativo profondamente innovato ove le opzioni attribuite al debitore sono molteplici nell'ottica di un approccio "proporzionale" alla crisi, relegando la liquidazione giudiziale ad estremo rimedio e, d'altra parte, enfatizzando le potenzialità della ristrutturazione d'impresa mediante la preservazione della continuità aziendale ed il mantenimento della gestione dell'impresa in capo al soggetto imprenditore, evitando la spossessamento (Considerando n. 30, Direttiva *Insolvency*).

In questo senso il PRO si inserisce tra gli strumenti c.d. preventivi dell'insolvenza ovvero gli strumenti che anticipano, per evitarla quanto più possibile, la liquidazione<sup>6</sup>.

In realtà, non si tratta di una novità assoluta in quanto, a seguito delle crisi finanziarie che si erano manifestate dagli Usa all'Europa a partire dal 2008, il legislatore unionale con la *Bank Recovery and Resolution Directive* (c.d. BRRD) (UE/59/2014) aveva per la prima volta introdotto il concetto di misure

---

<sup>5</sup> Sul punto v. PAGNI, *Evoluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, protezione del patrimonio e omologazione*, in *Fall.*, 2014, 1079.

<sup>6</sup> Direttiva *Insolvency* (Considerando n. 4) "(Omissis...) Alcuni Stati membri prevedono una gamma limitata di procedure che consentono di ristrutturare le imprese solo in una fase relativamente tardiva, nell'ambito delle procedure d'insolvenza. Altri invece permettono la ristrutturazione in una fase precoce ma le procedure disponibili sono meno efficaci di quanto potrebbero essere oppure sono molto formali; in particolare poiché limitato l'uso di metodi stragiudiziali. Le soluzioni preventive costituiscono una tendenza in crescita nelle legislazioni in materia di insolvenza. La tendenza favorisce metodi che, a differenza di quello classico che prevede la liquidazione di un'impresa in difficoltà finanziarie, puntano a risanarla o almeno a salvarne le unità che sono ancora sane (Omissis)".

di preparazione della crisi e di *recovery plans*, ponendosi la riforma del diritto della crisi d'impresa e dell'insolvenza sul solco di tali principi<sup>7</sup>.

Per effetto dell'art. 16 del D.lgs. n. 83/2022 che ha recepito la Direttiva *Insolvency* è stato aggiunto all'interno del Titolo IV dedicato agli "strumenti di regolazione della crisi" il Capo 1-bis (artt. 64-bis, 64-ter, 64-quater) che disciplina il *Piano di Ristrutturazione soggetto a omologazione*<sup>8</sup>.

All'indomani dell'introduzione di tale istituto non sono state poche le voci critiche che si sono levate, ponendo persino in dubbio la compatibilità del PRO con gli obiettivi fissati dalla Direttiva<sup>9</sup>.

Del resto, la tecnica normativa non del tutto impeccabile impiegata dal legislatore, delinea un istituto poco autonomo sul piano disciplinare a cui l'interprete è chiamato a sopperire mediante l'analogia; ma tale opera di adattamento risulta tutt'altro che agevole stante la natura ibrida di tale istituto anche alla luce delle differenze strutturali che distinguono il PRO rispetto agli strumenti già noti<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Sia consentito rinviare a RICCIARDIELLO, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo nella crisi dei gruppi bancari*, in *Dir. Banca Merc. Fin.*, 2016, 1 ss. Nella prospettiva dei gruppi di imprese RICCIARDIELLO, *La crisi dell'impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione e di gestione*, in *Quaderni Romani di Diritto commerciale*, Milano, 2020

<sup>8</sup> Tra i numerosi contributi sul tema v. AMBROSINI, *Piano di ristrutturazione omologato (parte prima): presupposti, requisiti, ambito di applicazione, gestione dell'impresa e una (non lieve) criticità*, in *ristrutturazionaziendaliilcaso.it*, 19 agosto 2022; PACCHI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in PACCHI-AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2022, 156; BOZZA, *Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in *dirittodellacrisi.it*, 7 giugno 2022; 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 *ristrutturazionaziendali.ilcaso.it*, 21 luglio 2022, 11; BONFATTI, *Il piano di ristrutturazione soggetto da omologazione*, in *dirittodellacrisi.it*, 15 agosto 2022; ZANICHELLI, *Commento a prima lettura del decreto legislativo 17 giugno 2022, n. 83, pubblicato in G.U. il 1 luglio 2022*, in *dirittodellacrisi.it*, 1 luglio 2022, 14; DORINI, *Crisi d'impresa, ecco il Piano di Ristrutturazione Omologato: come funziona?*, in *www.econopoly.ilsole24ore.com*, 1 aprile 2022; PLATANIA, *Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in *ilfallimentarista*, 12 aprile 2022.

<sup>9</sup> Del resto la stessa Direttiva *Insolvency* prevedeva la possibilità per gli Stati membri di introdurre nuovi istituti che recepissero i principi dettati a livello unionale ovvero di adattare quelli già esistenti (art. 4 par. 5). Ma sul punto v. FABIANI, PAGNI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in *Fall. 2022*, 1026 ss., ove si evidenzia che l'introduzione del PRO non attiene alla scelta dettata dalla Direttiva in quanto appare preponderante la modifica del concordato preventivo in continuità aziendale ed è in tale solco che si colloca il nuovo istituto.

<sup>10</sup> Ne evidenzia le caratteristiche del tutto peculiari rispetto alla tradizione concorsualistica AMBROSINI, in *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, Cedam, 2023, 456 ss.; v. anche OLTOLINI, *Il Piano di Ristrutturazione soggetto ad Omologazione: una prima*

Il PRO viene collocato nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza come definiti all'art. 2 lett. m-bis) CCII trattandosi di strumento (*rectius*: procedura), “volta al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volta alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi”.

Appare, tuttavia, difficile una sua categorizzazione rispetto non solo agli istituti di nuovo conio ma anche a quelli noti alla tradizione concorsualistica<sup>11</sup>, risultando forse un po' semplicistica la sua collocazione in una via mediana tra accordo di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa e concordato preventivo in continuità aziendale<sup>12</sup>.

Ciò in quanto, rispetto agli ADR, anche nella versione più spinta degli accordi ad efficacia estesa si perderebbe quella “vocazione” negoziale tipica degli accordi di ristrutturazione ove le possibilità di estensione degli effetti dell'accordo ai non aderenti è retta da condizioni inderogabili (conseguimento dell'accordo con almeno il 75% di ciascuna categoria dei creditori; natura non liquidatoria dell'accordo, trattamento per i non aderenti in misura non inferiore a quella ad essi riservabile in sede di liquidazione). Inoltre, resta fermo il principio per cui, negli ADR, i creditori dissenzienti devono essere soddisfatti integralmente mentre nel concordato, la vigenza del principio maggioritario, determina la vincolatività del piano omologato per tutti i creditori. Anche sul piano procedurale il PRO presenta caratteristiche simili al concordato preventivo ove è prevista la nomina del commissario giudiziale (e del pre commissario in caso di procedura con riserva) e del giudice delegato sin nella fase preliminare ed un regime di autorizzazioni alla contrazione di finanziamenti

---

*riflessione*, in *diritto dellacrisi.it*, 27 marzo 2022; v. Consiglio di Stato, parere n. 359/2022, pubblicato in data 13 maggio 2022 (in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*). In senso critico anche il documento congiunto di Confindustria e del CNDCEC del 4 maggio 2022.

<sup>11</sup> Cfr. PANZANI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 26 agosto 2022.

<sup>12</sup> FABIANI, *L'avvio del codice della crisi*, in *dirittodellacrisi.it*, 5 maggio 2022, 10 ss.; in senso critico v. infatti AMBROSINI, *Sub art. 64-bis*, in *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa ed insolvenza*, Padova, 2023, 456 ss.; BOZZA, *Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in *dirittodellacrisi.it*, 7 giugno 2022, 7; nello stesso senso STANGHELLINI, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della Direttiva europea in materia di quadri di ristrutturazione preventiva*, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 21 luglio 2022, 11.

prededucibili nonché la previsione del voto dei creditori e della esdebitazione che si estende anche verso tutti i creditori (inclusi quelli dissenzienti).

Occorre premettere che il legislatore europeo attraverso la Direttiva *Insolvency* ha voluto, non solo relegare la liquidazione giudiziale ad estremo rimedio, nel tentativo di preservare la continuità aziendale anche a fronte di una situazione di insolvenza conclamata, seppure reversibile; ma, nell'ottica di un arretramento della tutela alla fase di possibile emersione della crisi, ha inteso creare strumenti di matrice contrattuale caratterizzati dalla più ampia libertà delle parti sia sotto il profilo dei contenuti dell'accordo che del sacrificio richiesto al debitore in funzione del soddisfacimento dei creditori.

In tale contesto, la disciplina del concordato in continuità viene profondamente modificata attraverso il recepimento del principio della ristrutturazione trasversale (art. 11 Direttiva *Insolvency*) che rende omologabile il concordato che sia approvato anche da una sola classe che nella liquidazione sarebbe pregiudicata a patto che le classi dissenzienti ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori.

Ove sia prevista la *cross class cram down* (ristrutturazione trasversale) ovvero la possibilità per il tribunale di imporre l'accordo ai creditori dissenzienti suddivisi in classi, il legislatore unionale impone il giudizio di omologazione a tutela dei loro diritti<sup>13</sup> e del rispetto dei principi dettati in tema di responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.) e del rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.) che nel concordato rappresentano ancor oggi principi imprescindibili ed inderogabili.

L'intervento del tribunale soddisfa, da un lato, l'esigenza che il piano concordatario non sia "ostaggio" di minoranze aggregate di creditori e, dall'altro, garantisce che il piano assicuri ai creditori dissenzienti un trattamento

---

<sup>13</sup> V. Direttiva *Insolvency* (Considerando n. 48) "*L'omologazione del piano di ristrutturazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa serve per garantire che la riduzione dei diritti dei creditori o delle quote dei detentori di strumenti di capitale sia proporzionata ai benefici della ristrutturazione e che tali soggetti abbiano accesso a un ricorso effettivo. L'omologazione è particolarmente necessaria ove: vi siano parti interessate dissenzienti; il piano di ristrutturazione contenga disposizioni su nuovi finanziamenti; o il piano comporti una perdita di più del 25 % della forza lavoro. Ciononostante, gli Stati membri dovrebbero poter prevedere che l'omologazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa sia necessaria anche in altri casi. L'omologazione di un piano che comporti una perdita di più del 25 % della forza lavoro dovrebbe essere necessaria solo se il diritto nazionale ammette che i quadri di ristrutturazione preventiva prevedano misure aventi effetti diretti sui contratti di lavoro*".

almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole rispetto a quello delle classi inferiori<sup>14</sup>.

È possibile così distinguere il c.d. *cram down* semplice, che implica il giudizio di non minore convenienza rispetto alla liquidazione giudiziale (criterio che sostituisce quello del miglior trattamento dei creditori rispetto alla liquidazione); ed il *cross class cram down* ovvero *cram down* trasversale che, viceversa, impone una gradazione di soddisfacimento tra creditori antergati e postergati mediante una distribuzione di risorse che tenga conto delle cause legittime di prelazione ovvero dell'ordine dei privilegi attribuendo al tribunale il potere di omologazione anche nel dissenso di alcune classi di creditori e il voto favorevole di una sola classe<sup>15</sup>.

La regola recepita all'interno della emendata disciplina del concordato preventivo (art. 112, comma 2, CCII) è quella della priorità assoluta con riferimento al valore di liquidazione e che impone il soddisfacimento integrale dei creditori di una classe antergata prima di poter soddisfare i creditori di una classe inferiore mentre per quanto concerne il valore eccedente (c.d. *surplus* da continuità) la regola è quella della priorità relativa che, viceversa, consente di distribuire il surplus generato dalla continuità aziendale in maniera libera da parte del debitore pur sempre però nel rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione ovvero della necessità che i creditori di una classe superiore ricevano un trattamento pari o superiore rispetto a quello di una classe ad essa inferiore.

Il PRO rappresenta certamente un punto di rottura rispetto alle regole previste per il concordato in continuità. Si tratta, infatti, di uno strumento che estremizza le potenzialità dell'accordo tra debitore e creditori sotto il profilo della deroga ai principi di ordine concorsuale tradizionali (rispetto dell'ordine delle cause legittime di prelazione; responsabilità illimitata del debitore per i debiti; par condicio creditorum) in quanto non sussistono limitazioni di sorta nella costruzione del piano<sup>16</sup>.

Tale libertà del debitore non sembra neppure ricevere quale *pendant* un così pervasivo controllo da parte del tribunale, quantomeno proprio con riferimento alle regole distributive prescelte nel caso concreto; anche se, si ritiene che

---

<sup>14</sup> V. Direttiva *Insolvency*, Considerando n. 49.

<sup>15</sup> Sulla distinzione tra *cram down* semplice e *cross class cram down* v. PANZANI, *op cit.*, 8 n. 11, il quale evidenzia come nella versione emendata dell'art. 112 CCII sia stato sostituito il meccanismo del *cross class cram down* a quello semplice.

<sup>16</sup> V. sempre AMBROSINI, *op. cit.*

l'intervento del tribunale non possa essere relegato ad un controllo di mera correttezza formale (*rectius*: ritualità) della proposta alla luce dei possibili abusi che tale istituto potrebbe celare.

Bisognerebbe, innanzitutto, chiarire per quale ragione dovrebbe essere garantito al debitore insolvente di poter usufruire di uno strumento siffatto attraverso una sistemazione della propria esposizione debitoria a suo piacimento derogando ai principi cardine del diritto concorsuale, destinando le risorse dell'attivo senza alcuna distinzione tra patrimonio esistente e surplus da (eventuale) continuazione dell'attività diretta o indiretta?

La risposta al quesito appare articolata e non del tutto lineare in quanto sembrerebbe *prima facie* che il legislatore unionale abbia previsto la possibilità di introduzione di piani omologabili se approvati dalla totalità delle classi dei creditori che possono derogare alle cause legittime di prelazione sul presupposto che la volontà unanime delle parti (seppure ancorata al principio maggioritario inter classe) sia sovrana e idonea ad escludere forme di sindacato sulla convenienza del piano per i creditori.

Ma è anche vero che, per certi aspetti, tale possibilità di deroga sussiste già all'interno del concordato preventivo in continuità aziendale ove, fermo il disposto di cui all'art. 2740 c.c., è possibile, attraverso il voto unanime delle classi (art. 109, comma 5) ovvero per effetto del *cross class cramdown* previsto dall'art. 112, comma 2, prevedere deroghe all'ordine dei privilegi con il limite di indistribuibilità del valore di liquidazione degli *assets* (esistenti e successivi) e purché il valore eccedente quello della liquidazione sia distribuito in modo tale che i creditori inclusi nelle classi dissenzienti ricevano, complessivamente, un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto quello delle classi di grado inferiore.

Condizione del *cross class cram down* è che la proposta, seppure non approvata all'unanimità, sia comunque stata approvata dalla maggioranza delle classi purché almeno una di queste sia formata da creditori privilegiati oppure, in mancanza, la proposta sia approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

In tal senso si coglie nella riforma un'impostazione profondamente innovativa rispetto a quella che aveva animato la legge fallimentare del '42 che notoriamente era per lo più orientata al soddisfacimento dei creditori (*creditor*

*oriented*) ed improntata alla loro tutela mediante il processo di disgregazione del patrimonio del debitore in funzione liquidatoria<sup>17</sup>.

Oggi, la prospettiva, forse anche alla luce delle necessità di preservazione dell'impresa a seguito delle crisi finanziarie che si sono succedute e dell'emergenza Covid-19, è mutata con un netto *favor* per gli accordi di natura stragiudiziale.

Oltre al piano attestato di risanamento previsto dall'art. 56 CCII che ricalca l'art. 68 l.f. caratterizzato dalla più ampia libertà del debitore di individuare un accordo con tutti o parte dei creditori "*idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione economico finanziaria*", il CCII disciplina gli accordi di ristrutturazione dei debiti prevedendo la variante, rispetto alla disciplina della legge fallimentare, degli accordi di ristrutturazione agevolati (art. 60) e degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (art. 61), la convenzione di moratoria (art. 62) e la transazione su crediti tributari e contributivi (art. 63).

A ciò si deve aggiungere una disciplina profondamente modificata del concordato preventivo con continuità aziendale, oltre alla introduzione del concordato (e/o l'accordo di ristrutturazione) a livello di gruppo di imprese.

I tentativi di sistematizzazione o meglio di catalogazione del PRO nel contesto degli istituti di soluzione della crisi di impresa e dell'insolvenza non hanno sinora condotto a risultati univoci in quanto la natura "ibrida" di tale strumento rende ancor più incerti i suoi profili applicativi, sino a dubitare della necessità effettiva che detto istituto venisse coniato se non altro alla luce della necessità di ricorrere alla disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo per colmare i vuoti normativi di disciplina (anche sotto tale aspetto con non poche incertezze interpretative).

Perplessità che, in realtà, riguardano l'intero apparato della riforma e le incertezze che a volte alcune scelte normative denotano.

Si pensi al correttivo apportato dal d.l. 13 giugno 2023, n. 69 convertito in legge n. 103/2023 recante "Disposizioni urgenti per l'attuazione degli obblighi derivanti dagli atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre infrazione nei confronti dello Stato italiano", che ha inasprito le condizioni di ammissibilità (e omologabilità) della transazione fiscale nell'ambito degli

---

<sup>17</sup> Sul punto v. FABIANI, PAGNI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in *Fall. 2022*, 1025 ss.

accordi di ristrutturazione dei debiti (artt. 57 e 60 CCII) denotando incertezze nell'approccio originario.

Come si legge nella Relazione illustrativa allo “*Schema di d. lgs. di recepimento della direttiva (UE) 2019/1023*”, approvato dal Consiglio dei Ministri del 17 marzo 2022, il PRO dovrebbe rispondere all'esigenza di dare attuazione all'art. 11, par. 1, della *Direttiva Insolvency*<sup>18</sup> mediante la previsione di una tipologia di piano il cui contenuto possa essere predeterminato liberamente dal debitore derogando ai principi generali dettati in materia di responsabilità del debitore (art. 2740 c.c.), della *par condicio creditorum* e di ordine delle cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.) purché intervenga mediante il giudizio di omologazione il controllo del tribunale sul (corretto) classamento dei creditori, sulla formazione unanime del consenso delle classi dei creditori e sulle regole di distribuzione adottate nel caso concreto.

L'enfasi attribuita al consenso unanime delle classi ha peraltro indotto *prima facie* a ritenere che il controllo del tribunale potesse essere completamente eliso, dovendo prevalere la volontà “suprema” dei creditori e del debitore proponente.

Si tratta, tuttavia, di un conclusione del tutto errata e non condivisibile in quanto, a prescindere dal contenuto del piano, è proprio l'approntamento di uno strumento, per certi aspetti “eversivo” quale il PRO, che induce a rafforzare il controllo del tribunale il quale non può ritenersi menomato o ridotto per effetto dell'approvazione da parte di tutte le classi evidenziandosi come il nuovo diritto della crisi, seppure abbracciando una diffusa convinzione liberista, possa prestarsi ad abusi nei confronti dei creditori ergendo l'istituto a mero simulacro formale di strumento di composizione della crisi che dissimula trattamenti vili ai creditori.

Ciò, a maggior ragione, se si pensi alla possibilità di utilizzare il PRO sia nel contesto di piani puramente liquidatori che in continuità aziendale<sup>19</sup>. Infatti,

---

<sup>18</sup> In realtà la Relazione illustrativa alla legge di riforma pare erroneamente fare riferimento all'art. 11 della *Direttiva Insolvency* che riguarda viceversa la c.d. ristrutturazione trasversale ovvero la possibilità di omologare il piano anche in assenza del consenso unanime delle classi in presenza delle condizioni stabilite dall'art. 11 della *Direttiva*. Sui problemi interpretativi conseguenti all'erroneo richiamo all'art. 11 della *Direttiva* v. AMBROSINI, *op. cit.*, 456 ss. il quale prospetta problemi di rilevanza costituzionale per eccesso di delega rispetto al legislatore unionale. Sul tema v. anche BOZZA, *Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in *dirittodellacrisi.it*, 7 giugno 2022.

<sup>19</sup> Questione tutt'altro che pacifica anche se prevale la soluzione permissiva sulla base del testo letterale della norma che non fa distinguo tra piano liquidatorio e continuità aziendale seppure la naturale collocazione dell'istituto sia tra gli strumenti di ristrutturazione che presuppongono la continuazione dell'attività d'impresa v. PANZANI, *op. cit.*, *contra* BOZZA, *op.*

mentre nel concordato preventivo in continuità, il piano può essere approvato dalle classi anche a maggioranza o con il voto favorevole anche di una sola classe, in conformità con i principi della ristrutturazione trasversale che consentono di falcidiare crediti privilegiati secondo un classamento omogeneo di titolari di posizioni creditorie omogenee o che subiscono un pregiudizio (art. 11 par. 1 lett. b) i e ii Direttiva *Insolvency*) nel PRO l'unanimità delle classi costituisce principio del tutto inderogabile<sup>20</sup>.

Nel piano soggetto ad omologazione, invece, l'approvazione richiede necessariamente il consenso di tutte le classi proprio per la libertà di destinazione delle risorse (sia quelle legate al valore di liquidazione che quelle generate dalla continuità aziendale).

In questo si coglie la differenza sostanziale rispetto al concordato in continuità ove comunque non sarebbe possibile ravvisare una destinazione delle risorse in deroga ai principi dell'art. 2741 c.c. seppure nella cornice della ristrutturazione trasversale<sup>21</sup>. In particolare, non residua alcuna possibilità di destinazione di risorse a favore del debitore, nemmeno quelle generate dalla continuità aziendale stante il principio per cui nel concordato con continuità aziendale i creditori sono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato

---

*cit.*, il quale evidenzia come nel tessuto normativo di cui agli artt. 64-bis e ss. non si accenni mai alla liquidazione dei beni, ma al contrario si ponga in evidenza la gestione dell'impresa che l'imprenditore conserva dalla presentazione della domanda fino all'omologazione sotto la vigilanza del commissario (comma 5); sul fatto che non sia prevista una soglia minima di soddisfazione dei creditori chirografari né l'apporto di risorse, né sono richiamate le norme specifiche del concordato con piano liquidatorio, bensì quelle sul concordato preventivo in generale e specifiche a quello in continuità, tra cui, di estrema importanza, il comma quinto dell'art. 109, che detta le regole dell'approvazione del concordato in continuità, che sono diverse da quelle previste per il concordato liquidatorio, dal primo comma (non richiamato) dello stesso articolo, o l'art. 94-bis che contiene disposizioni speciali per i contratti pendenti nel concordato in continuità aziendale. Ancor più significativo è che l'art. 64-bis,

nell'affermare che nel PRO trovano applicazione le disposizioni di cui alla Sezione IV del Capo III del Titolo IV, escluda espressamente le disposizioni di cui all'art. 114, che tratta del concordato con cessione di beni riprendendo l'art. 182 l. fall.

<sup>20</sup> LENER, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla "distribuzione" del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, in *Dirittodellacrisi.it*, 25 febbraio 2022.

<sup>21</sup> V. BOZZA, *Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in *dirittodellacrisi.it*, 7 giugno 2022.

della continuazione dell'attività d'impresa diretta o indiretta (art. 84, comma 3, CCII)<sup>22</sup>. Mentre le risorse esterne possono essere distribuite liberamente<sup>23</sup>.

Ma dietro l'accordo unanime con i creditori potrebbero celarsi abusi: il debitore potrebbe, per es., raggiungere intese con i creditori forti delle rispettive classi a danno dei creditori deboli. Ciò a maggior ragione se si consideri, come evidenziato da autorevole dottrina, che *il cross class cram down* sostituisce solo nel concordato in continuità il classico *cram down* che, viceversa, nel PRO si basa sul "semplice" potere di omologazione in presenza dell'opposizione di uno o più creditori fondato sulla non minor convenienza rispetto all'ipotesi liquidatoria. Si consideri, inoltre, che il nuovo meccanismo basato sul "vecchio" *cram down* non supera solamente l'opposizione dei creditori pregiudicati ma anche il trattamento più sfavorevole rispetto all'ordine delle cause legittime di prelazione.

Vigente il principio maggioritario all'interno di ciascuna classe, resta fermo che i creditori dissenzienti, poiché vincolati alla decisione della maggioranza (diversamente dagli accordi di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa in cui residua comunque il potere di opposizione dei dissenzienti), devono ricevere tutela da parte del Tribunale potendo essi altresì contestare la convenienza della proposta ed il trattamento peggiore rispetto all'ipotesi di liquidazione giudiziale (*cram down* sempre rimesso al tribunale ai sensi dell'art. 64-bis, comma 8, CCII).

La Relazione illustrativa nella sua prima formulazione spiega(va) che *“Si tratta di uno strumento con il quale si intende dare attuazione alla previsione dell'articolo 11, paragrafo 1, della direttiva che richiede la previsione di un quadro di ristrutturazione che può prescindere dalle regole distributive delle procedure concorsuali ma che può essere omologato solo se approvato da tutte le parti interessate in ciascuna classe di voto. In tale ottica, l'articolo 46-bis predispone un nuovo quadro di ristrutturazione per il debitore che si trova in stato di crisi o di insolvenza, che prevede l'obbligatoria suddivisione dei creditori in classi, secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, e che consente di distribuire il ricavato del piano senza vincoli di distribuzione, facendo salvi i diritti dei lavoratori, per i quali il pagamento è sempre assicurato entro 30 giorni dall'omologazione. Si tratta quindi di uno strumento che riduce al minimo la fase dell'ammissibilità, fornisce al debitore una maggiore libertà di azione – tranne che per i lavoratori, che non sono mai*

<sup>22</sup> V. sul punto PANZANI, *op cit.*, 12.

<sup>23</sup> FABIANI, *L'avvio del codice della crisi*, in *dirittodellacrisi.it*, 5 maggio 2022.

*considerate parti interessate e non votano – ma per poter essere omologata richiede l’approvazione di tutte le classi. La norma richiama le disposizioni del concordato preventivo sul contenuto del ricorso e sulla documentazione da depositare, sugli effetti del deposito della domanda (comma 2) e sulla necessità del deposito dell’attestazione sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano (comma 3); stabilisce che il tribunale verifica la sola ritualità della proposta e la corretta formazione delle classi prima di aprire le operazioni di voto (comma 4). Chiarisce inoltre l’assenza di spossessamento in capo all’imprenditore, chiamato comunque a gestire l’impresa nel prevalente interesse dei creditori, e ribadisce il potere di vigilanza proprio delle funzioni del commissario giudiziale (comma 5), dettando disposizioni specifiche nel caso di compimento di atti di straordinaria amministrazione (comma 6). Sono richiamate inoltre le disposizioni del concordato che disciplinano le operazioni di voto ed è affermata la regola della maggioranza nella singola classe introdotta nell’articolo 112 con riferimento al concordato in continuità aziendale al fine di agevolare il raggiungimento dell’accordo (comma 7). L’articolo prosegue dettando disposizioni sul giudizio di omologazione – possibile, come già detto, solo in caso di approvazione da parte di tutte le classi – e disciplinando l’ipotesi dell’opposizione del creditore dissenziente con la quale viene eccepito il difetto di convenienza (comma B). L’ultimo comma contiene un ulteriore richiamo a tutte le disposizioni del concordato preventivo applicabili al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione al fine di completarne la disciplina”.*

In realtà, come è stato osservato in sede di parere reso dal Consiglio di Stato in data 1° aprile 2022 (prima stesura), il riferimento all’art. 11 della Direttiva è apparso fuorviante in quanto si riferisce alla c.d. ristrutturazione trasversale dei debiti ovvero alla possibilità di omologare un piano di ristrutturazione anche prescindendo dal consenso di tutti i creditori (*rectius*: di classi dissenzienti) mentre il nuovo istituto richiede, all’opposto, il consenso di tutte le classi quale *pendant* rispetto alla possibilità di derogare agli artt. 2740 e 2741 c.c. rispettivamente in materia di responsabilità illimitata del debitore per le obbligazioni assunte e di ordine delle cause legittime di prelazione<sup>24</sup>.

A conferma del fondamento dei rilievi mossi dal Consiglio di Stato con nota integrativa dell’11 aprile 2022 è stato precisato in sede di stesura finale della Relazione che il riferimento alla Direttiva non deve ritenersi limitato all’art. 11 ma anche agli artt. 9 e 10: “*si è chiarito che le ragioni dell’introduzione della*

---

<sup>24</sup> V. sempre in dottrina AMBROSINI, *op. cit.*

*nuova procedura si ricavano dalla lettura combinata degli articoli 9, 10 e 11 della direttiva, di modo che, a fronte di tali disposizioni, si è ritenuto che “la direttiva richiedesse uno strumento nel quale in caso di unanimità l’intervento del tribunale fosse limitato proprio in ragione del consenso ottenuto dai creditori su una proposta che il debitore dovrebbe poter formulare senza vincoli distributivi”. “Dalla lettura complessiva di tali norme si evince che, in presenza del consenso sul piano espresso da tutte le classi all’unanimità, non dovrebbe esservi alcun accertamento svolto d’ufficio dal tribunale sulle condizioni del piano, e quindi neanche sul rispetto della par condicio creditorum. Ciò che chiede la direttiva è, in particolare, che il tribunale controlli la ritualità della procedura, la regolarità delle operazioni di voto e la corretta formazione delle classi. In altre parole, il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione rappresenta uno strumento di regolazione della crisi o dell’insolvenza che può prescindere dalle regole distributive delle procedure concorsuali ma che può essere omologato solo se approvato da tutte le parti interessate in ciascuna classe di voto”.*

Contrariamente a quanto si era ritenuto alla luce della prima relazione illustrativa ciò che viene derogato non è il controllo del tribunale *tout court* quale presidio di legalità nella formazione delle classi e del voto e che permane attraverso il giudizio di omologazione; quanto le regole distributive che possono essere adottate in concreto attraverso il nuovo istituto all’interno di un piano che può avere potenzialità pressoché illimitate sotto il profilo del sacrificio che viene richiesto ai creditori<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Nel parere del Consiglio di Stato veniva osservato che esaminata la nota integrativa dell’11.4.2022, con la quale questo ufficio ha chiarito che la nuova procedura attua le disposizioni degli articoli 9 10 e 11 della direttiva, si rappresenta che:

- la regola dell’unanimità posta dall’articolo 9, paragrafo 6, della direttiva è collegata non tanto al contenuto del piano, e quindi all’assenza di vincoli distributivi, quanto alla possibilità che in caso di mancanza di classi dissenzienti si possa prescindere dall’omologazione giudiziale a meno che non ricorra una delle ipotesi previste dell’articolo 10, paragrafo 1 della direttiva;
- l’articolo 10 della direttiva ha un modesto impatto sul Codice, in considerazione del fatto che l’ordinamento nazionale prevede sempre l’omologazione dei piani di ristrutturazione preventiva conformi al modello europeo;
- il richiamo all’articolo 11, norma che disciplina la ristrutturazione trasversale dei debiti attuata con il concordato preventivo, non è esatto;
- il nuovo istituto non sarebbe del tutto in linea neanche con l’articolo 10, paragrafo 3 della direttiva, secondo il quale l’autorità giudiziaria deve poter rifiutare l’omologazione di un piano che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l’insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell’impresa, e con lo stesso articolo 10, paragrafo 2, lettera

La Relazione illustrativa nella versione definitiva ha preso posizione sui rilievi mossi dal Consiglio di Stato osservando come in realtà non sussistessero problemi di eccesso di delega rispetto alla Direttiva *Insolvency* chiarendo la portata della riforma rispetto al perimetro delineato dal legislatore unionale.

Riguardo al richiamo all'art. 9 par. 6 è stato precisato che la regola dell'unanimità non è collegata tanto al contenuto del piano (e in particolare all'assenza o meno di vincoli distributivi), quanto alla possibilità che, in caso di mancanza di classi dissenzienti, si possa prescindere dall'omologazione giudiziale, a meno che non ricorra l'ipotesi di cui all'articolo 10, paragrafo 2, che prevede il *test* sul rispetto del miglior soddisfacimento dei creditori.

Si è osservato che *“mentre è logico che la direttiva guardi al contenuto del piano dal punto di vista del giudizio di omologazione, e perciò detti prescrizioni direttamente in una logica ex post, le norme di recepimento, per consentire al debitore di superare quel giudizio in caso di dissenso delle classi, debbono prevedere innanzitutto le indicazioni necessarie alla redazione del piano, e rivolgersi perciò in primo luogo al debitore che, coi suoi professionisti, predisporre la domanda di accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, e non direttamente al tribunale, in sede di omologa (come peraltro esse fanno in seconda battuta, nell'articolo 112, secondo comma), e dunque debbono essere scritte anche in una logica ex ante”*. *“è in questa prospettiva che è stato scritto l'articolo 84, comma 6, che prevede le “istruzioni per l'uso” per il debitore che propone domanda di concordato in continuità, confermando la regola dell'absolute priority rule sul valore di liquidazione e la relativa priority rule sul valore eccedente quello di liquidazione”*.

Si è ritenuto, pertanto, che le norme di diritto interno non siano deputate solamente a disciplinare le regole relative al giudizio di omologazione stabilendone la portata obbligatoria o meno *«ma regolino anche il contenuto del piano, perché un sistema che, in attuazione di quanto previsto all'articolo 11, paragrafo 1, si limitasse a prevedere quel che accade quando la proposta non venga approvata, stabilendo la regola della ristrutturazione trasversale, mancherebbe della norma che chiarisce al debitore cosa fare nel predisporre il piano per affrontare il giudizio di omologazione, in una logica che è tradizionale del nostro sistema della legge fallimentare, il quale agli articoli*

---

f), che, in caso di nuovi finanziamenti, richiede la verifica giudiziale sulla loro necessità per l'attuazione del piano e sull'essenza di ingiusto pregiudizio per i creditori;

- la direttiva impone comunque agli Stati membri di rispettare il criterio della priorità, assoluta o relativa e quindi non richiede la deroga ai principi della garanzia patrimoniale e dalle regole distributive proprie delle procedure concorsuali.

160 e 161 della legge fallimentare si preoccupa del contenuto del piano, e non va direttamente a disciplinare le regole di giudizio da applicare in sede di omologazione». Ne consegue che «È proprio il fatto che il contenuto del piano, in vista della regola di omologazione stabilita all'articolo 11 della direttiva per il caso di classi dissenzienti, debba rispettare certe regole distributive, che giustifica l'introduzione degli articoli 64-bis, ter e quater, i quali, sempre nella logica ex ante di cui si è detto, si fanno carico di disciplinare la diversa alternativa di quale è il contenuto del piano quando il debitore sia convinto (perché ciò è emerso durante la composizione negoziata, o comunque nei contatti coi creditori avuti durante la predisposizione del piano, o in ogni caso per la particolare composizione del ceto creditorio) di poter ottenere l'unanimità delle classi e non già di dover contare sulla ristrutturazione trasversale».

In assenza di una norma ad hoc non ci sarebbe risposta all'interrogativo di quale debba essere il contenuto del piano che il debitore propone ai creditori quando ipotizza di poter ottenere l'unanimità delle classi: se lo stesso contenuto che si ha in caso di maggioranza delle classi oppure – come sembra più logico, dato che altrimenti l'unanimità non avrebbe senso – un contenuto diverso, in cui il debitore non incontra alcun vincolo di distribuzione.

La Relazione spiega come l'articolo 64-bis risponda a questo interrogativo, sul presupposto che «l'unanimità delle classi non possa che portare al debitore vantaggi aggiuntivi: il debitore che incontra il consenso di tutte le classi, sia pure con le regole di maggioranza ad esse interne, non deve rispettare i vincoli distributivi dell'articolo 84, sesto comma, ma è libero di distribuire il valore in deroga non solo agli articoli 2740 e 2741 ma anche, più in generale – e da qui una correzione che si è ritenuto di apportare al solo riferimento a queste due norme – alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione, perché, diversamente da quanto accade in qualunque forma di esecuzione forzata, individuale o concorsuale, in caso di unanimità non deve rispettare il principio della parità di trattamento e dell'ordine delle prelazioni. In altre parole, l'articolo 64-bis è norma di disciplina, più che non di fattispecie: disciplina cioè quel che accade quando la proposta aspiri a incontrare il consenso unanime delle classi in cui è stato suddiviso il ceto creditorio».

Sembrerebbe, pertanto, che il PRO, in effetti, vada a colmare un vuoto normativo rappresentando un istituto che si fonda sulla atipica e inusuale situazione di consenso unanime delle classi dei creditori già conseguito o auspicato dal debitore proponente. Istituto che premierebbe la fiducia del debitore in un rinnovato patto con i propri creditori fondato sulla prospettiva prevalente (ma non esclusiva) della continuità aziendale.

Restano i dubbi tuttavia che la scelta del legislatore italiano costituisca una forzatura rispetto ai principi dettati dalla Direttiva *Insolvency*<sup>26</sup>.

### 3. Gli elementi tipologici del PRO

Il PRO secondo la poco felice formulazione di cui all'art. 64-*bis*, comma 1, parrebbe rappresentare istituto che sul piano del presupposto soggettivo sia dedicato al solo imprenditore commerciale sopra soglia soggetto alla liquidazione giudiziale con esclusione dell'imprenditore agricolo.

La formulazione in realtà è declinata "al contrario" facendosi riferimento all'imprenditore commerciale "che non dimostra il possesso congiunto dei requisiti di cui all'art. 2 comma 1 lett. d)" vale a dire l'imprenditore minore<sup>27</sup>.

Pertanto, spetta all'imprenditore che ambisca accedere a tale istituto la prova di non essere un imprenditore minore per il quale sono stati pensati altri istituti come il concordato minore.

Quanto al presupposto oggettivo, il PRO è accessibile all'imprenditore commerciale in crisi o insolvente secondo la definizione fornita dall'art. 2, comma 1, lett.) a) e b) CCII.

Elementi tipologici del PRO che renderebbero tale strumento speciale rispetto al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione vanno individuati (i) nella possibilità esclusiva per questo istituto di prevedere da parte del debitore il soddisfacimento dei creditori previa suddivisione in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei distribuendo il valore generato dal piano anche in deroga agli artt. 2740 e 2741 c.c. e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione; (ii) nella necessità che il piano sia approvato all'unanimità delle classi (senza deroghe come previsto all'art. 112 CCII per il concordato in continuità) ove la

---

<sup>26</sup> Come rileva opportunamente la dottrina "Come si vede, Consiglio di Stato, da un lato, Governo e Parlamento, dall'altro, si sono, per così dire, sintonizzati su lunghezze d'onda differenti e non è del tutto certo che le giustificazioni offerte dalla Relazione illustrativa siano in concreto ritenute completamente appaganti. Pertanto, ove in giurisprudenza dovessero riscontrarsi, nella disciplina di cui trattasi, profili di contrasto e comunque di discontinuità rispetto al contenuto della Direttiva *Insolvency*, potrebbe venire sollevata l'eccezione di incostituzionalità delle norme sul piano di ristrutturazione omologato per eccesso di delega; e ciò proprio perché potrebbe dubitarsi del fatto che l'introduzione dell'istituto in commento costituisca - come invece necessariamente dovrebbe essere - attuazione della Direttiva, non sembrando essere imposta da alcuna sua disposizione" cfr. AMBROSINI, *op. cit.*

<sup>27</sup> BONFATTI, *Il sostegno finanziario alle imprese in crisi. Finanziamenti pendenti e nuove erogazioni*, Pisa, 2022, 271; OLTOLINI, *Il Piano di Ristrutturazione soggetto ad Omologazione: una prima riflessione*, in *dirittodellacrisi.it*, 27 marzo 2022. In senso contrario BOZZA, *op. cit.*, 14 ss.

corretta formazione delle classi è condizione di ammissibilità della domanda e non attiene viceversa al giudizio di omologazione<sup>28</sup>; (iii) nell'assenza di spossessamento anche attenuato del debitore al quale non viene preclusa in alcun modo la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa (non sussistendo neppure le limitazioni previste in tema di composizione negoziata della crisi relative al compimento di atti di straordinaria amministrazione, fermi i poteri del commissario giudiziale); (iv) nell'obbligo di riservare ai creditori dissenzienti un trattamento quantomeno equivalente a quello che essi riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale senza applicare i principi della ristrutturazione trasversale di cui all'art. 112, comma 2, CCII.; (vi) nell'inderogabilità dell'obbligo di soddisfacimento integrale dei crediti dei lavoratori dipendenti assistiti da privilegio *ex art. 2751-bis n. 1 c.c.* che devono essere soddisfatti integralmente entro 30 gg dall'omologazione.

Si evidenzia che l'unanimità delle classi opera a prescindere dal fatto che il piano nel caso concreto preveda o meno regole distributive in deroga agli artt. 2740 e 2741 c.c. in quanto il dettato normativo non pone eccezioni di sorta. Anche se si è osservato come elemento caratterizzante il PRO sia proprio la deviazione dalle regole distributive tipiche non avendo, al contrario, tale procedura ragione di esistere<sup>29</sup>. Ragionamento diverso andrebbe fatto rispetto al concordato preventivo in cui non sarebbe comunque ammessa alcuna deroga al principio di responsabilità patrimoniale illimitata del debitore ai sensi dell'art. 2740 c.c.: infatti, nella nuova disciplina permarrebbe il limite della indisponibilità assoluta del patrimonio esistente al momento dell'apertura del concorso dei creditori (*Absolute priority Rule*) rispetto alle risorse generate dalla continuità aziendale che, viceversa, potrebbero essere destinate al soddisfacimento dei creditori in mondo non vincolato (*Relative priority rule*) con possibilità di destinare risorse ai creditori chirografari e persino ai soci purché una classe di rango inferiore non riceva più di quanto spetterebbe sulla base del piano ad una classe superiore<sup>30</sup>.

Dal punto di vista dei contenuti, come si è già osservato, è opinione del tutto prevalente che il PRO possa avere natura sia liquidatoria che prevedere la continuazione (diretta o indiretta) dell'attività d'impresa<sup>31</sup>. Anzi, si ritiene che l'apparente anomia sia voluta dal legislatore per rendere contendibile nell'ambito concorsuale il concordato liquidatorio già fortemente osteggiato

---

<sup>28</sup> cfr. Trib. Vicenza, 17 febbraio 2023, in *dirittodellacrisi.it*.

<sup>29</sup> Cfr. BONFATTI, *op. cit.*, cui adde NICOTRA, PEZZETTA, *Crediti prededucibili per il Piano di Ristrutturazione omologato*, in *www.vptl.it*, 2 aprile 2022.

<sup>30</sup> Cfr. ACCIARO, TURCHI, *Le regole di distribuzione del patrimonio tra passato e futuro*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 16 aprile 2022.

<sup>31</sup> Trib. Vicenza, 17 febbraio 2023, *cit.*

attraverso la previsione incrementale dell'apporto di risorse esterne pari al 10% ai fini della sua ammissibilità<sup>32</sup>.

Nella Relazione illustrativa la scelta di prevedere il PRO quale istituto tipologicamente autonomo rispetto agli accordi di ristrutturazione ed al concordato preventivo viene giustificata sull'assunto che nel concordato «*la regola del rispetto delle cause di prelazione è stata mantenuta (nei termini di cui all'art. 84, sesto comma), per evitare che un piano privo di vincoli di distribuzione rappresentasse la base di un concordato, sì da non rinunciare a coniugare la tradizione giuridica italiana con le indicazioni provenienti dalla Direttiva*».

Ma sul punto si vedrà come i maggiori vantaggi forniti apparentemente dal PRO rispetto al concordato preventivo in continuità si assottiglino alla luce del fatto che il controllo del tribunale in sede di omologazione non appare in alcun modo ridimensionato alla mera presa d'atto dell'unanimità delle classi dei creditori votanti. Esso, viceversa, proprio per la natura dello strumento, interviene preliminarmente sulla correttezza del processo di formazione delle classi dei creditori affinché i creditori dissenzienti (all'interno di ciascuna classe) non ricevano un pregiudizio per effetto del voto maggioritario e possano in sede di omologazione contestare la convenienza economica del piano rispetto alla liquidazione giudiziale provocando la decisione del tribunale (v. infra).

È proprio la deviazione dai principi sanciti dagli artt. 2740 e 2741 c.c. che impone il controllo del tribunale al fine di scongiurare abusi del diritto da parte del debitore. Né la fase preliminare, contrariamente a quanto sembrerebbe da una lettura superficiale della norma, sarebbe relegata ad una valutazione di ritualità "formale" del ricorso dovendo il tribunale valutare sul piano oggettivo se sussistano le condizioni affinché lo strumento prescelto assolva alla sua funzione precipua di strumento di soluzione della crisi dell'imprenditore.

Rispetto agli accordi di ristrutturazione si è osservato che «*Al tempo stesso si è doverosamente escluso che si trattasse di un accordo di ristrutturazione, dato che, diversamente da questo, il piano in questione non è basato sulla volontà negoziale vera e propria, ma su una volontà comunque raggiunta in base a regole di maggioranza. E ciò lo differenzia dagli accordi ad efficacia estesa*». Ma si è rilevato, sempre in occasione del parere espresso, che «*In realtà, la regola dell'unanimità posta dall'articolo 9, § 6, della direttiva è collegata non tanto al contenuto del piano (e in particolare all'assenza o meno di "vincoli distributivi") quanto alla possibilità che, in caso di mancanza di classi*

---

<sup>32</sup> Cfr. FABIANI, PAGNI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in *Fall.*, 2022, 1025 ss.; *contra* Parere Consiglio di Stato del 13 maggio 2022, in *ristrutturazioniazendali.il caso.it*.

*dissenzienti, si possa prescindere dall'omologazione giudiziale, a meno che non ricorra un'altra delle ipotesi dell'art. 10, § 1, lett. b) e c), della Direttiva»<sup>33</sup>.*

---

<sup>33</sup> L'unanimità delle classi, d'altronde, è stata espressamente considerata con il testo dell'articolo 109, comma 5, per il concordato preventivo in continuità aziendale, come modificato dall'articolo 23 dello schema di decreto ("Il concordato in continuità aziendale è approvato se tutte le classi votano a favore"). In correlazione, soltanto in caso di dissenso di una o più classi, tenuto conto della necessità di dare attuazione a quanto previsto dall'articolo 11 della direttiva sulla ristrutturazione trasversale dei debiti, lo stesso articolo 109, comma 5, contiene la previsione che "In caso di mancata approvazione si applica l'articolo 112, comma 2". Per il caso della mancanza di unanimità provvede appunto l'art. 112, come novellato dall'articolo 24 dello schema di decreto, attuativo sia dell'articolo 10 che dell'articolo 11, § 1, della direttiva. L'articolo 10 della direttiva ha poi avuto un modesto impatto sul Codice, dal momento che l'ordinamento interno prevede sempre l'omologazione dei piani di ristrutturazione preventiva conformi al modello europeo, essendo soggetti a omologazione sia gli accordi di ristrutturazione dei debiti che il concordato preventivo in continuità aziendale (oltre che il concordato minore per le imprese sotto soglia).

Peraltro anche il "nuovo" piano di ristrutturazione soggetto a omologazione necessita dell'intervento giudiziale di omologazione, malgrado l'approvazione di tutte le classi, quindi nemmeno è utile a limitare la partecipazione dell'autorità giudiziaria, in attuazione dell'art. 4, § 6, della direttiva. I riferimenti agli articoli 9, 10 e 11 della direttiva non forniscono perciò adeguato supporto alle finalità perseguite col nuovo piano di ristrutturazione soggetto a omologazione, che la relazione illustrativa indica essere la possibilità di "distribuire il ricavato del piano senza vincoli di distribuzione, facendo salvi i diritti dei lavoratori, per i quali il pagamento è sempre assicurato entro 30 giorni dall'omologazione", riducendo "al minimo la fase dell'ammissibilità" e fornendo "al debitore una maggiore libertà di azione". Orbene, quanto ai profili concernenti il giudizio di ammissibilità e l'omologazione del piano, una volta che questa sia stata prevista come necessaria, l'art. 64-bis appare non del tutto in linea con l'articolo 10, § 3, della direttiva ("Gli Stati membri assicurano che l'autorità giudiziaria o amministrativa abbia la facoltà di rifiutare di omologare il piano di ristrutturazione che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa") e con lo stesso articolo 10, § 2, lett. f) (che, in caso di nuovi finanziamenti, richiede la verifica giudiziale che questi siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori). Infatti, fermo il giudizio di ammissibilità – per il quale il tribunale deve valutare "la ritualità della proposta" e verificare "la correttezza dei criteri di formazione delle classi" (comma 4, in linea con l'articolo 9, § 5, della direttiva) - per l'omologazione del piano di ristrutturazione ex art. 64-bis, il comma 9 esclude l'applicazione articolo 112, il cui comma 1, lettera f), è la norma attuativa delle citate previsioni della direttiva. Quanto al profilo concernente la "libertà d'azione del debitore", non trova riscontro in alcuna delle disposizioni della direttiva la scelta, effettuata col primo comma dell'articolo 64-bis, di consentire al debitore di "prevedere il soddisfacimento dei creditori, previa suddivisione in classi degli stessi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, distribuendo il ricavato del piano anche in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile". Si tratta di una deroga che non è imposta dalla direttiva, la quale, sia pure nel caso di classe dissenziente, impone agli Stati membri di rispettare comunque il criterio della "priorità",

A definitivo chiarimento della diversa finalità dell'istituto rispetto alla ristrutturazione trasversale che sembrava sottesa nel richiamo all'art. 11 si pone la Relazione illustrativa allo "Schema di decreto legislativo recante modifiche al Codice della Crisi e dell'Insolvenza". La Relazione Illustrativa, infatti, così argomenta: «*In assenza di una norma ad hoc non ci sarebbe risposta all'interrogativo di quale debba essere il contenuto del piano che il debitore propone ai creditori quando ipotizza di poter ottenere l'unanimità delle classi: se lo stesso contenuto che si ha in caso di maggioranza delle classi oppure – come sembra più logico, dato che altrimenti l'unanimità non avrebbe senso – un contenuto diverso, in cui il debitore non incontra alcun vincolo di distribuzione*».

Il legislatore ha così voluto prevedere nella sola ipotesi di unanimità delle classi (ovvero di ambizione del debitore a conseguirla) la possibilità per il debitore di attuare una distribuzione basata su regole diverse da quelle dettate in materia di concorso. Lo scopo è che sia attribuita *voce* a tutte le classi dei creditori che devono aderire alla prospettazione del debitore.

Come si è correttamente evidenziato l'ambiguità interpretativa derivava dal fatto di ritenere che la deroga prevista dal nuovo istituto non afferisse ai contenuti del piano (appunto discostanti dalle disposizioni degli art. 2740 e 2741 c.c.) bensì del giudizio di omologazione. Di contro, è stato chiarito come non sia in discussione la cogenza dell'omologazione a prescindere dalla scelta adottata dal debitore col piano di ristrutturazione (se lesivo o meno della par condicio creditorum e delle cause legittime di prelazione)<sup>34</sup>.

È possibile a questo punto svolgere una riflessione di carattere sistematico: gli strumenti di nuovo conio oscillano tra procedure concorsuali caratterizzate dal controllo del tribunale sulla distribuzione ai creditori dell'attivo liquidatorio o generato dalla continuazione dell'attività d'impresa anche se in deroga ai

---

assoluta o relativa. La (possibile) deroga ai principi della garanzia patrimoniale e del rispetto delle regole distributive proprie delle procedure concorsuali (pur se attenuata dal richiamo dell'articolo 84, comma 5, contenuto nel comma 9 dell'art. 64-bis), certamente rientra nella discrezionalità del legislatore, ma, nel caso in esame risulta estranea alla legge di delegazione europea. In definitiva, si sollecita una riflessione sia sugli evidenziati profili di discontinuità con i principi della direttiva sia sui possibili profili di illegittimità costituzionale dell'articolo 64-bis, comma 1, in relazione all'articolo 76 della Costituzione per eccesso di delega, oltre che sui possibili profili di violazione del divieto di *gold plating* esposti nella parte generale sui quadri di ristrutturazione preventiva...".

<sup>34</sup> Cfr. BONFATTI, *Il piano di ristrutturazione soggetto da omologazione*, in *dirittodellacrisi.it*, 15 agosto 2022.

principi dettati dagli art. 2740 e 2741 c.c. ed istituti che, viceversa, esulano dal controllo del tribunale (v. composizione negoziata della crisi e piani di risanamento attestati).

In tal senso l'art. 9 della Direttiva *Insolvency*, con riferimento ai piani di ristrutturazione (da notare che la Direttiva non parla di accordi), prevede al § 5 che *“i diritti di voto e la formazione delle classi sono esaminati da un'autorità giudiziaria o amministrativa quando è presentata la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione. Gli Stati membri possono esigere che un'autorità giudiziaria o amministrativa esamini e convalidi i diritti di voto e la formazione delle classi in una fase anteriore a quella di cui al primo comma”*.

Vengono così eretti a principi inderogabili il diritto di voto e la formazione nelle classi nel contesto dei piani di ristrutturazione dei debiti a voler affermare la necessità di un controllo giudiziario sulle modalità di distribuzione di valore a favore dei creditori nei processi ristrutturativi nei quali non sia previsto il soddisfacimento integrale dei creditori.

Il giudizio di omologazione diviene, pertanto, presidio di legalità del piano e rappresenta un presupposto ineliminabile di vincolatività del piano stesso per tutti i creditori (aderenti e non come accade negli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa) ovvero per i soggetti che subiscono un pregiudizio per effetto del piano in termini di riduzione dell'aspettativa di soddisfacimento del proprio credito.

Sotto tale profilo l'art. 10 della Direttiva *Insolvency* prevede che *«Gli Stati membri provvedono affinché almeno i seguenti piani di ristrutturazione vincolino le parti solo se sono omologati dall'autorità giudiziaria o amministrativa: a) piani di ristrutturazione che incidono sui crediti o sugli interessi delle parti interessate dissenzienti; b) piani di ristrutturazione che prevedono nuovi finanziamenti; c) piani di ristrutturazione che comportano la perdita di più del 25 % della forza lavoro, se tale perdita è ammessa dal diritto nazionale. 2. Gli Stati membri provvedono affinché le condizioni per l'omologazione del piano di ristrutturazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa siano specificate chiaramente e prevedano almeno che: a) il piano di ristrutturazione sia stato adottato in conformità dell'articolo 9; b) i creditori con una sufficiente comunanza di interessi nella stessa classe ricevano pari trattamento, proporzionalmente al credito rispettivo; c) la notificazione del piano di ristrutturazione sia stata consegnata, conformemente al diritto nazionale, a tutte le parti interessate; d) nel caso vi siano creditori dissenzienti, il piano di ristrutturazione superi la verifica del migliore soddisfacimento dei*

creditori; e) se del caso, qualsiasi nuovo finanziamento sia necessario per attuare il piano di ristrutturazione e non pregiudichi ingiustamente gli interessi dei creditori. Il rispetto del primo comma, lettera d), è esaminato da un'autorità giudiziaria o amministrativa solo se il piano di ristrutturazione è stato contestato per tale motivo. 3. Gli Stati membri assicurano che l'autorità giudiziaria o amministrativa abbia la facoltà di rifiutare di omologare il piano di ristrutturazione che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa. 4. Gli Stati membri provvedono affinché, nei casi in cui l'autorità giudiziaria o amministrativa è tenuta a omologare il piano di ristrutturazione per renderlo vincolante, la decisione sia adottata in modo efficace ai fini del trattamento della materia in tempi rapidi».

Ma è sul trattamento riservabile ai creditori che la Direttiva *Insolvency* apporta le maggiori innovazioni recependo la c.d. *relative priority rule* ovvero la possibilità nel contesto del piano di ristrutturazione di derogare i diritti dei creditori secondo le cause legittime di prelazione purchè non sia riservato al creditore di rango superiore un trattamento quantomeno equivalente se non superiore a quello di un creditore di rango inferiore.

L'art. 10 della Direttiva *Insolvency* prevede che «1. Gli Stati membri provvedono affinché il piano di ristrutturazione che non è approvato da tutte le parti interessate di cui all'articolo 9, paragrafo 6, in ciascuna classe di voto, possa essere omologato dall'autorità giudiziaria o amministrativa, su proposta del debitore o con l'accordo del debitore, e possa diventare vincolante per le classi di voto dissenzienti se esso soddisfa almeno le condizioni seguenti: a) è conforme all'articolo 10, paragrafi 2 e 3; b) è stato approvato: i) dalla maggioranza delle classi di voto di parti interessate, purché almeno una di esse sia una classe di creditori garantiti o abbia rango superiore alla classe dei creditori non garantiti; oppure, in mancanza, ii) da almeno una delle classi di voto di parti interessate o, se previsto dal diritto nazionale, di parti che subiscono un pregiudizio, diversa da una classe di detentori di strumenti di capitale o altra classe che, in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale, non riceverebbe alcun pagamento né manterrebbe alcun interesse o, se previsto dal diritto nazionale, si possa ragionevolmente presumere che non riceva alcun pagamento né mantenga alcun interesse se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale. c) assicura che le classi di voto dissenzienti di creditori interessati ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori; e d) nessuna

*classe di parti interessate può ricevere o conservare in base al piano di ristrutturazione più dell'importo integrale dei crediti o interessi che rappresenta».*

#### **4. La conversione**

In forza dell'art. 64-ter CCII, qualora il piano non sia approvato da tutte le classi dei creditori secondo il meccanismo di adesione previsto dall'art. 110 CCII (esplicitamente richiamato), il debitore entro 15 giorni dal deposito della relazione commissariale sull'esito delle operazioni di voto, se ritiene di aver ottenuto l'approvazione di tutte le classi, può chiedere al tribunale di accertare l'esito della votazione e di omologare il piano di ristrutturazione.

Si tratta chiaramente di un presidio di tutela formale del debitore rispetto alle operazioni di voto che sfocia in un giudizio, seppure sommario, di accertamento da parte del Tribunale sulla correttezza e proclamazione delle operazioni di voto, in mancanza del quale verrà acclarata, secondo l'art. 111 CCII, la mancata approvazione del piano e l'apertura della liquidazione giudiziale.

L'art. 64-quater CCII attribuisce al debitore, tuttavia, in alternativa allo sbocco nella liquidazione giudiziale, la possibilità di conversione dal PRO al concordato mediante la modifica della domanda. Ciò può avvenire qualora il PRO non sia approvato da tutte le classi o laddove un creditore contesti il difetto di convenienza in occasione delle osservazioni formulate ai sensi dell'articolo 107, comma 4, CCII.

Ma l'accesso alla procedura di conversione è previsto proprio per permettere anche debitore che confidi erroneamente nel conseguimento dell'approvazione da parte di tutte le classi comunque la possibilità di accedere allo strumento concordatario.

Il *favor* per il PRO è comunque confermato dalla possibilità inversa di "trasformare" il piano concordatario in PRO qualora si verifichi l'inatteso scenario del conseguimento del voto unanime delle classi purché non siano iniziate le operazioni di voto.

#### **5. Il favor del legislatore per il PRO**

Anche se si può dubitare che l'ordinamento concorsuale necessitasse effettivamente di uno strumento quale il PRO esso introduce tali elementi di preferenza rispetto al concordato preventivo in continuità aziendale da eliminare ogni possibilità di concorrenza tra gli istituti; ciò anche alla luce dell'opzione di conversione prevista dall'art. 64-quater CCII.

Del resto costituiscono elementi di forte incentivo per il debitore la possibilità di derogare completamente e senza eccezioni alle regole di distribuzione e persino al canone della responsabilità del debitore sancito dall'art. 2740 c.c. in aggiunta ad un controllo debole del tribunale (limitato alla formazione delle classi e alla correttezza del voto), della permanenza del c.d. *cram down* debole (ovvero limitato alla sola valutazione di non deteriorità del trattamento riservato ai creditori rispetto all'ipotesi liquidatoria) sembrerebbe rendere scontato l'accesso al PRO in situazioni di continuità aziendale.

La disciplina del PRO sembra sotto tale profilo costruita in modo chirurgico al fine di lasciare al debitore piena libertà di azione nei rapporti con i propri creditori e mutuando le sole disposizioni in materia di concordato preventivo di carattere procedurale con adattamento alla peculiarità dell'istituto.

In tale maniera è ipotizzabile che in futuro possa ricorrere a piani del tutto privi di vincoli rispetto all'ordine delle cause legittime di prelazione e della responsabilità del debitore (quantomeno per quanto concerne l'utilizzo del PRO per il perseguimento della continuità aziendale).

Tale strumento, anche se vigilato attraverso la nomina del commissario giudiziale e del giudice delegato e potenzialmente arrestabile prematuramente in presenza di atti di frode, in concreto pare potersi sottrarre al controllo del Tribunale sotto il profilo del controllo di merito (i.e. del perseguimento della causa in concreto) in quanto alla formazione obbligatoria delle classi non corrisponde l'obbligo di soddisfare i creditori offrendo loro in concreto forme di utilità economica come invece è previsto per il concordato preventivo (art. 84, comma 3, CCII che non viene richiamato dall'art. 64-*bis*).

Il debitore insolvente sembra incentivato ad accedere primariamente a a tale strumento puntando sulla sua capacità di persuasione nei confronti dei creditori e farne convergere il consenso su un piano che apporti loro più utilità rispetto alla liquidazione giudiziale. Gli sarà sufficiente conseguire il "controllo" all'interno di ciascuna classe dei creditori (anche alla luce delle scarse maggioranze previste) per esdebitarsi attraverso piani che potrebbero essere del tutto carenti ed offrire poco o nulla ai creditori<sup>35</sup>.

Il PRO dovrebbe rispondere all'esigenza di consacrare un nuovo patto tra creditori e il debitore offrendogli la possibilità di ripartire con un piano in continuità aziendale nella prospettiva che la fiducia rinnovata sia ripagata

---

<sup>35</sup> Cfr. PANZANI, *op. cit.*

attraverso la distribuzione “selettiva” delle risorse generate dalla continuazione dell’attività di impresa.

Il debitore usufruendo di un controllo del tribunale in sede di omologazione basato sul trattamento non deteriore dei creditori rispetto alla liquidazione giudiziale senza che il tribunale, (diversamente da quanto previsto per il concordato), possa interferire effettivamente sulla gradazione dei creditori e sull’utilizzo delle risorse da destinare al loro soddisfacimento, sembra potersi certamente svincolare dalle maglie del concordato preventivo che, al contrario, presenta elementi di controllo ben più pervasivi.

Il debitore potrà esercitare ogni pressione sui creditori prospettando il trattamento deteriore che riceverebbero in sede di liquidazione per offrire poco o nulla con l’aggravante di poter compiacere in via selettiva alcune categorie di creditori essenziali alla continuazione dell’attività di impresa e lasciare al proprio destino altri.

La stessa “minaccia” insita nell’opzione di conversione in concordato potrebbe rappresentare in sé elemento di pressione per i creditori i quali subirebbero nella seconda ipotesi il peso di un più incisivo potere in sede di omologazione da parte del tribunale in caso di classi dissenzienti.

Non si vede infatti, sulla base dell’impianto normativo prescelto dal legislatore, come il tribunale potrebbe sindacare, al di là dell’effettiva formazione di classi per categorie di creditori omogenee, il trattamento che verrebbe riservato ai creditori in concreto nell’ambito del PRO.

L’unanimità delle classi sembra allora segnare una zona franca ostentando al tribunale l’intesa raggiunta con tutti i ceti creditori senza che possa successivamente esercitarsi un serio controllo sulla effettiva destinazione ed utilizzo delle risorse concordatarie, soprattutto quelle generate dalla continuità aziendale.

Senza tacere del fatto che anche nel PRO, pur mancando una disciplina *ad hoc*, possano applicarsi le regole sulla falcidia dei debiti tributari e previdenziali alla stregua del concordato preventivo in quanto anche l’amministrazione finanziaria collocata in apposita classe appartiene al novero dei creditori che obbligatoriamente il debitore deve interpellare ai fini del voto unanime delle classi richiesto<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> V. sul punto ANDREANI, *Il trattamento dei crediti tributari e contributivi nel piano di ristrutturazione soggetto a omologazione (pro)*, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 5 aprile 2023. In giurisprudenza v. Trib. Udine, 9 marzo 2023, in *dirittodellacrisi.it*.

Il tentativo di “convincimento” dei creditori in caso di esito negativo offrirebbe comunque al debitore la carta di accesso al concordato preventivo; per tale ragione si ritiene che il PRO, per come congeniato, sia destinato a fungere da “filtro”, o quantomeno da “trampolino di lancio”, verso il concordato preventivo in continuità. Un passaggio necessitato visti gli irresistibili incentivi che esso parrebbe offrire.

In altri termini, il PRO potrebbe divenire uno strumento di mero passaggio alla procedura concordataria tenuto anche conto dei vantaggi processuali e sostanziali che esso offre: in caso di domanda con riserva la *stay rule* opererebbe in modo automatico ed immediato come nel concordato con riserva ma con la sostanziale differenza che non sarebbe precluso al debitore il compimento di atti di straordinaria amministrazione non essendo richiamato il regime di autorizzazione previsto per il concordato a seguito del deposito del ricorso introduttivo (art. 46 CCII).

Ma anche sul piano dei controlli l'accesso con riserva non consente al commissario giudiziale, stanti i diversi tempi della procedura, di acquisire piena cognizione del compimento di atti di frode che condurrebbero alla revoca del decreto di ammissione essendo il controllo del tribunale “limitato” alla ritualità della proposta da intendersi come non manifesta inettitudine della domanda a conseguire gli scopi prefissati dal legislatore.

Nella fase in bianco o con riserva, del resto, pare difficile rinvenire un controllo pieno del tribunale sul redigendo piano anche sulla gestione finanziaria che, di converso, permane indiscutibilmente appannaggio del debitore a cui spetta la gestione totale dell'impresa.

La possibilità di gestione straordinaria dell'impresa senza limitazioni (anche rispetto alla disciplina della composizione negoziata della crisi che, com'è noto, attribuisce all'esperto il solo potere di espressione di un parere sfavorevole destinato ad incidere sulla revocabilità dell'atto in sede di liquidazione giudiziale) costituisce incentivo a preferire il PRO al concordato in continuità aziendale. Ciò anche se si pensi al fatto che, a differenza della composizione negoziata della crisi, la cessione dell'azienda o di rami segue le regole codicistiche ordinarie senza possibilità di conseguire effetti premiali come quelli previsti dall'art. 22 CCII che sottopone a regime autorizzatorio del tribunale il trasferimento di azienda o di suoi rami in deroga al regime previsto dall'art. 2560 c.c. (solidarietà del cedente e cessionario per i debiti d'impresa) anche ai fini dell'esenzione da revocatoria prevista dall'art. 24 CCII.

Vero è che la presenza del commissario giudiziale attribuisce alle sue segnalazioni effetti ben più pregnanti rispetto al parere contrario dell'esperto nella composizione negoziata della crisi potendo essa condurre alla revoca del decreto di apertura. A differenza, infatti, della composizione negoziata della crisi, il compimento di atti di straordinaria amministrazione deve essere preceduto da una informativa scritta da parte dell'imprenditore al commissario giudiziale (medesima informativa per i pagamenti che non sono coerenti rispetto al piano di ristrutturazione) il quale, valutatone il disvalore, potrebbe richiedere l'apertura del sub procedimento funzionale all'accertamento di atti di frode. Ciò avviene però previo ammonimento da parte del commissario sia all'imprenditore che all'organo di controllo prima che l'atto sia compiuto e solo successivamente al suo compimento il commissario informa il tribunale.

Alla luce degli elementi tipologici sopra illustrati è lecito domandarsi se effettivamente il PRO introduca "surrettiziamente" elementi tali da eliminare ogni possibilità di concorrenza da parte del concordato preventivo.

Se l'osservatore si arrestasse ad una valutazione superficiale e di primo impatto dell'istituto sarebbe indotto a dare una risposta affermativa al quesito stante gli elementi di *favor* che la disciplina prevede: su tutti la deroga ai principi dettati dagli artt. 2740 e 2741 c.c. che può essere totale nel PRO a differenza che nel concordato.

Occorre, tuttavia, domandarsi, altresì, quale capacità potrà avere l'imprenditore insolvente di convincere tutte le classi di creditori ad aderire ad un piano di rilancio della continuità aziendale ove un ruolo centrale è riservato proprio ai creditori strategici già insoddisfatti della precedente gestione. Tale fiducia si ritiene che potrà essere accordata solamente a patto che ai creditori strategici sia assicurato un ritorno dalla continuità aziendale mediante incentivi che non possono non sacrificare altre categorie di creditori e *stakeholders*.

Sul punto diviene allora centrale comprendere quali possibilità di intervento avrà il tribunale non solo in sede di omologazione ma anche di verifica delle regole di accesso alla procedura e del suo impiego concreto non ritenendo che la fase di ammissione, seppure compressa, elida i poteri di controllo del tribunale.

Come è stato autorevolmente evidenziato neppure il PRO «sfugge completamente al controllo del giudice»<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Espressione di PAZANI, *op cit.*

Al richiamo da parte dell'art. 64 *bis*, comma 9, della sezione IV del capo III del titolo IV del codice ne consegue l'applicabilità dell'art. 106.

In particolare, dal combinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 64-*bis* si evince che all'esito del procedimento il tribunale revochi il provvedimento di apertura del concordato anche nel caso in cui “*in qualunque momento risulti che mancano le condizioni prescritte dagli articoli da 84 a 88*”.

Ma il richiamo all'art. 106 non rende agevole l'opera interpretativa del giudice sia perché il comma 2 si riferisce al procedimento nel concordato con riserva «*sia perché le condizioni di apertura sono quelle del concordato preventivo e, come già si è osservato, sono richiamate norme che disciplinano i requisiti sostanziali della disciplina di tale procedura*»<sup>38</sup>.

Infatti, anche volendo ritenere che il rinvio sia operato con riferimento alle condizioni di apertura del piano soggetto ad omologazione e non alla fase di omologazione, non sarebbe possibile argomentare che la norma possa legittimare un controllo sulla fattibilità che, viceversa, non è previsto né nella fase di apertura della procedura né in sede di omologazione<sup>39</sup>.

## 5. Conclusioni

L'analisi della disciplina del PRO lascia aperti numerosi problemi interpretativi e di ricostruzione della fattispecie che potrebbero rilevare significativamente sul suo concreto utilizzo.

Innanzitutto partendo dalle disposizioni relative alla disciplina del concordato preventivo che non sono state richiamate occorre rilevare che: l'art. 64-*bis* CCII non richiama l'art. 46 circa gli effetti della domanda di accesso al concordato preventivo che, come è noto, prevede che il debitore può compiere

---

<sup>38</sup> Cfr. sempre PANZANI, *op. cit.*

<sup>39</sup> Ai sensi, tuttavia, dell'art. 7 il tribunale nel caso di proposizione di più domande, di cui alcune dirette alla liquidazione giudiziale, esamina prioritariamente la domanda di piano soggetto ad omologazione soltanto se il piano non è manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati. In questo caso vi è dunque una delibazione della fattibilità del piano, nei termini della non manifesta inadeguatezza.

Il par. 3 dell'art. 10 della Direttiva *Insolvency* prevede che l'autorità giudiziaria abbia la facoltà di rifiutare di omologare il piano di ristrutturazione che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa con la conseguenza che le disposizioni del CCII dovranno essere interpretate alla luce della norma unionale.

gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa l'autorizzazione del tribunale.

In difetto di autorizzazione gli atti sono inefficaci e il tribunale dispone la revoca del decreto di cui all'art. 44, comma 1.

Ebbene il mancato richiamo all'art. 46 CCII apporta indebiti vantaggi competitivi al debitore che, volendo fare precedere il PRO dalla domanda con riserva o in bianco, può già usufruire del regime speciale previsto dall'art. 64-*bis* in tema di gestione dell'impresa senza spossessamento.

In sostanza, il debitore in pendenza del termine per depositare il piano ovvero per esercitare l'opzione relativa allo strumento di composizione della crisi da proporre ai creditori, potrebbe gestire indisturbato l'impresa ponendo in essere persino atti di disposizione del patrimonio e di straordinaria amministrazione sottraendosi al regime autorizzatorio del tribunale tipico del concordato preventivo.

Seppure l'art. 64-*bis*, comma 6, CCII (norma ispirata all'art. 21 CCII sui poteri informativi verso l'esperto nella composizione negoziata della crisi) obblighi il debitore ad informare preventivamente il commissario giudiziale del compimento di atti di straordinaria amministrazione ovvero dell'effettuazione di pagamenti che non siano coerenti con il piano di ristrutturazione, non si preclude al debitore la possibilità di porre in essere siffatti atti in quanto la segnalazione del commissario giudiziale al tribunale, ai fini dell'eventuale apertura del procedimento, per atti di frode (art. 106 CCII) non ha la medesima funzione dissuasiva nel PRO.

Non si vede, infatti, come il pre commissario, informato del compimento di tali atti, nella fase in bianco, senza che alcun piano sia stato ancora svelato, possa esprimere un giudizio di disvalore giuridico dell'atto compiuto ovvero ritenere che l'atto sia in contrasto con gli obiettivi del risanamento prefissati dal debitore.

Ma anche osservando la disciplina relativa al trattamento dei creditori prevista dall'art. 64-*bis* attraverso la chirurgica opera di richiami alla disciplina del concordato preventivo si pone il dubbio se effettivamente le maglie concesse dal legislatore nel nuovo istituto siano larghe al punto da poter consentire la libertà di falciatura dei creditori muniti di privilegio<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Come osservato da BOZZA, *op cit.* il quale ritiene applicabile l'art. 84 comma 5 CCII «*Si tratta della versione aggiornata del secondo comma dell'art. 160 l. fall. che costituisce chiaramente un limite alla libertà di manovra che, secondo la precedente ricostruzione, è stata consentita al debitore che propone un PRO, posto che, se la legge richiede che per soddisfare*

Convinzione che sembrerebbe confermata, in ogni caso, (e a prescindere dall'art. 84, comma 5) dall'art. 96 che, riprendendo l'art. 169 l.fall., richiama a sua volta l'art. 153 che ribadisce il principio contenuto nell'art. 54 l. fall. per il quale «*I creditori garantiti da ipoteca, pegno o privilegio fanno valere il loro diritto di prelazione sul prezzo dei beni vincolati per il capitale, gli interessi e le spese; se non sono soddisfatti integralmente, concorrono, per quanto e' ancora loro dovuto, con i creditori chirografari nelle ripartizioni del resto dell'attivo*».

In sede di omologazione il tribunale non sarebbe certamente esonerato dal rilevare la violazione del disposto di cui all'art. 96 qualora effettivamente il debitore operasse una riduzione del credito garantito da diritti privilegio potendosi, forse, solo ammettere per la parte del credito incapiente che viene classata al chirografo un trattamento differenziato. Ma trattasi di disciplina che non devia rispetto alle regole del concordato preventivo.

Come è stato autorevolmente osservato tale regola eliderebbe completamente la specialità del PRO che, viceversa, si fonda proprio sull'enunciazione del principio di libertà distributiva a meno che non si fornisca una lettura dell'art. 64-*bis* CCII tale da ritenere che il debitore potrebbe distribuire le risorse del piano senza rispettare i limiti di capienza dei beni gravati da privilegio trincerandosi dietro l'approvazione unanime delle classi<sup>41</sup>.

---

*non integralmente un creditore prelatizio è necessaria una relazione di stima che fissi il rapporto tra ciò che il debitore offre in termini di recupero del credito e il valore stimato del bene che, al netto delle spese ipotizzabili, costituisce il limite della soddisfazione che quel creditore riceverebbe nella liquidazione giudiziale, vuol dire che il debitore non può offrire ad un creditore ipotecario, pignoratizio o privilegiato meno di quanto risulta realizzabile secondo la stima effettuata e la parte di credito che non trova capienza passa in chirografo» .*

<sup>41</sup> V. sempre BOZZA, *op. cit.* il quale ritiene che «*In primo luogo, non si spiega il richiamo del comma quinto dell'art. 84, che non è una norma processuale dettata ai fini del voto ma di natura sostanziale qualificante il concordato, ove, come precisa la disposizione, l'accertamento del valore del bene gravato attraverso la stima del professionista indipendente va effettuata proprio per poter soddisfare anche in modo non integrale i creditori muniti di privilegio pegno e ipoteca, che diversamente dovrebbero essere pagati per intero. E' vero che questa (come le altre norme richiamate) è applicabile in quanto compatibile, ma poiché nel caso, dell'intero art. 84 si richiama solo il comma quinto, che detta un unico principio chiaro e in antitesi con la libertà distributiva attribuita al debitore, il legislatore non avrebbe dovuto richiamare tale norma perché sempre incompatibile con la struttura del PRO, o comunque avrebbe dovuto fornire qualche precisazione circa la prevalenza della libertà del debitore sui limiti di capienza. Egualmente sarebbe stata opportuna una spiegazione del richiamo dell'art. 153 ed anche del richiamo dell'art. 91 sulle offerte concorrenti, che è del tutto estraneo ad un sistema che*

Si addiverrebbe in tal modo al sostanziale “annullamento” delle garanzie reali anche consolidate ante apertura di una liquidazione giudiziale. Ma anche gli altri richiami alla disciplina del concordato come quello all’art. 90, sulle proposte concorrenti di concordato, farebbero ritenere del tutto inutile il ricorso al PRO al fine di usufruire di regole distributive speciali in quanto le proposte concorrenti, come è noto, non sono ammissibili se nella relazione di cui all’articolo 87, comma 2, comma 3 il professionista indipendente attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il trenta per cento dell’ammontare dei crediti chirografari. Norma che presuppone l’integrale soddisfazione dei creditori prelatizi e che imporrebbe di offrire almeno il 30\_% ai creditori chirografari proprio per evitare proposte concorrenti <sup>42</sup>.

È possibile concludere, quindi, che dietro lo strumento del PRO si celi, in realtà, un istituto che di democratico ha poco o nulla e che è rimesso all’arbitrio del debitore. Infatti, dietro l’approvazione unanime delle classi si annida la vigenza del voto maggioritario (peraltro con possibilità di *quorum* assai ridotti all’interno di ciascuna classe, ponendosi come alternativa all’approvazione della maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure se hanno votato favorevolmente i 2/3 dei crediti dei creditori votanti su un quorum costitutivo rappresentato dall’espressione di voto da almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe).

Il dissenso della minoranza all’interno di ciascuna classe non necessariamente precluderebbe l’omologazione alla luce dell’applicazione del

---

*prescinde dalla soddisfazione dei creditori dal valore di realizzo dei beni del patrimonio del debitore».*

<sup>42</sup> V. sempre BOZZA, *op. cit.* “Anche l’art. 64-bis richiamando l’art. 86 sui concordati in continuità, consentirebbe una moratoria per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, senza limiti di tempo e indipendentemente da altre forme di ristrutturazione del debito, tanto che si fa salvo quanto previsto dall’art. 109; di tal che il debitore può proporre un piano di ristrutturazione con cui non solo offre ai creditori prelatizi una quota di soddisfazione inferiore al valore del bene stimato ma anche pagabile nei tempi da lui scelti, con l’incertezza del trattamento dei crediti dei lavoratori dipendenti. Il primo comma dell’art. 64-bis dispone, infatti, che “In ogni caso i crediti assistiti dal privilegio di cui all’articolo 2751-bis, n. 1, del codice civile, sono soddisfatti in denaro integralmente entro trenta giorni dall’omologazione”, ma l’art. 86 prevede che per gli stessi crediti “può essere prevista una moratoria per il pagamento fino a sei mesi dall’omologazione”, per cui sembrerebbe che il limite mensile, insormontabile nella la previsione dell’art. 64-bis, possa diventare semestrale ove il debitore offra, solo o anche, una moratoria agli altri creditori.

*cram down* semplice ovvero basato sulla comparazione rispetto al trattamento dei creditori nella liquidazione giudiziale.

Ma, fermi gli strettissimi termini accordati a ciascun creditore dissenziente per contestare la convenienza della proposta (in quanto la contestazione di cui all'art. 64-*bis*, comma 8 presuppone che il creditore abbia già contestato il difetto di convenienza già nelle osservazioni di cui all'art. 107, comma 4, CCII), si ritiene che difficilmente troverà applicazione l'istituto dell'opposizione.

La previsione di tale istituto come rilevato dalla più autorevole dottrina<sup>43</sup> rappresenta un disincentivo per le banche ad erogare credito in presenza di istituti che possono vanificare le ragioni di privilegio ad essi accordate e che limitino fortemente per effetto del meccanismo del voto maggioritario intra classe il potere di reazione o opposizione dei creditori dissenzienti.

---

<sup>43</sup> V. JORIO, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2023, 186.

## IL BUON ANDAMENTO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELLA GESTIONE DEI CREDITI TRIBUTARI E CONTRIBUTIVI \*

MARCO AIELLO

Il canone del buon andamento (art. 97 cost.)<sup>1</sup>, “cardine della vita amministrativa e quindi condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale”<sup>2</sup>, governa l’intera attività della pubblica amministrazione, compresa quella relativa alla gestione dei crediti tributari e contributivi, curata dal Ministero dell’economia e delle finanze attraverso le strumentali agenzie fiscali (Agenzia delle Entrate, Agenzia delle Entrate-Riscossione, Agenzia delle Dogane e dei Monopoli)<sup>3</sup>, nonché dagli appositi enti previdenziali e assistenziali.

Il canone fissato dalla Carta si traduce in un paradigma di corretto esercizio della discrezionalità amministrativa. Oltre a rispettare la legge, essa deve esplicitarsi con ragionevolezza, imparzialità di azione ed efficienza di risultato<sup>4</sup>, cosicché l’intervento si dipani in un procedimento non solo formalmente ineccepibile, ma anche effettivamente capace di rispondere alle istanze del cittadino. In questa prospettiva, il criterio del buon andamento postula che

---

(\*) Il presente contributo è destinato a far parte dell’ultimo capitolo del volume di Stefano Ambrosini, *L’impresa nella Costituzione. Introduzione al corso di diritto commerciale*, di prossima pubblicazione per i tipi della Zanichelli.

<sup>1</sup> Cfr. R. CARANTA, sub *art. 97*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-A. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1889 ss.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 43 ss.; A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, pp. 203 ss.

<sup>2</sup> Così C. Cost., 9 dicembre 1968, n. 123.

<sup>3</sup> Cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. I. Parte generale*, Torino, 2017, 161 s.

<sup>4</sup> Cfr. P. CALANDRA, *Il buon andamento dell’amministrazione pubblica*, in AA.VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, I, 155 ss.

l'attività amministrativa si connota (anche) per efficacia, efficienza, tempestività ed economicità<sup>5</sup>.

Come detto, in ragione della sua portata generale non vi è ragione per non applicare il principio di buon andamento, in tutte le sue implicazioni, anche al settore della gestione dei crediti tributari e contributivi. Proprio in quest'ambito, tuttavia, esso rischia di andare incontro a una declinazione soltanto parziale, incentrata essenzialmente sui presidi di legalità e imparzialità<sup>6</sup>, relegando invece in secondo piano il – non meno importante – profilo del risultato, misurabile nella concreta capacità dell'amministrazione di conseguire l'effettivo incasso delle poste in questione in un ammontare il più possibile vicino all'intero.

La criticità discende dalla peculiare natura dei crediti tributari (e contributivi). La loro inderogabilità<sup>7</sup>, ancorché costituisca una fondamentale garanzia per il cittadino, in talune situazioni rischia di comprimere eccessivamente il novero delle scelte operative dell'amministrazione, imponendo in ogni caso il (tentativo di) recupero dell'intero importo fissato per legge; senza possibilità di prendere in considerazione ipotesi alternative, benché preferibili sotto il profilo della tempestività e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

È la nostra Costituzione a stabilire che nessuna prestazione personale o patrimoniale possa essere imposta se non in base alla legge (art. 23 cost.), precisando che tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva e che il sistema tributario è informato a criteri di progressività (art. 53 cost.)<sup>8</sup>. Da tale riserva di legge, oltre che dai doveri di solidarietà economica (art. 2 cost.) e dal principio di uguaglianza (art. 3 cost.), viene fatta per l'appunto discendere l'indisponibilità della posta tributaria<sup>9</sup>:

---

<sup>5</sup> Cfr. C. Cost., 8 febbraio 1991, n. 60; C. Cost., 16 febbraio 1991 n. 90; C. Cost., 30 luglio 1992, n. 356; C. Cost., 29 gennaio 1995, n. 29; C. Cost., 23 luglio 1997, n. 262; C. Cost., 17 dicembre 1997, n. 404; C. Cost., 30 dicembre 1992, n. 470; C. Cost., 1998, n. 40; C. Cost., 2000, n. 300; C. Cost. 2005, n. 64; C. Cost. 2007, n. 104.

<sup>6</sup> Cfr. M. MICCINESI, *Accertamento con adesione e conciliazione giudiziale*, in ID. (a cura di), *Commento agli interventi di riforma tributaria*, Padova, 1999, 1 ss.

<sup>7</sup> Cfr. A.D. GIANNINI, *Circa la inderogabilità delle norme regolatrici dell'obbligazione tributaria*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1953, II, 291 ss.

<sup>8</sup> Cfr. G. MARONGIU, *I fondamenti costituzionali dell'imposizione tributaria. Profili storici e giuridici*, Torino, 1991; L. SALVINI-G. MELIS (a cura di), *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Padova, 2014.

<sup>9</sup> Cfr. M. REDDI, *Appunti sul principio di indisponibilità del credito tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1980, II, 921 ss.; G. FALSITTA, *Natura e funzione dell'imposta con speciale riguardo al*

essendo essa predefinita per legge nella sua esistenza e nel suo ammontare, l'amministrazione non può che dare corso al suo accertamento e alla sua riscossione in misura integrale, senza possibilità non solo di pretendere importi non dovuti per legge, ma neppure di accordare sconti o altre forme di agevolazione; neanche quando ciò sia funzionale al concreto recupero (di almeno parte) del credito e, quindi, sia coerente con l'efficacia dell'azione amministrativa sotto il profilo del risultato. È del resto tuttora vigente la risalente disposizione secondo la quale non è possibile convenire per contratto l'esenzione da qualsiasi tassa o imposta (art. 49 r.d. 23 maggio 1924, n. 827, recante il Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato).

Seguendo questa impostazione, nella gestione del credito tributario (e contributivo) non vi sarebbe alcun significativo spazio per la discrezionalità amministrativa: l'azione della pubblica amministrazione sarebbe pressoché integralmente vincolata<sup>10</sup> e si tradurrebbe sempre e necessariamente nel perseguimento della riscossione dell'intero credito, senza possibilità di scelte diverse; fatti naturalmente salvi i casi in cui sia la legge a legittimare espressamente il ricorso a specifici strumenti di definizione agevolata, previsti talora in via generale e permanente (come il ravvedimento operoso *ex* art. 13 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 o la dilazione del pagamento di cui all'art. 19 d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602), talaltra in via straordinaria (sono le ipotesi dei vecchi condoni e della più recente rottamazione dei ruoli, che del 2023 è peraltro giunta alla sua quarta edizione).

Queste conclusioni si rivelano insoddisfacenti, oltre che potenzialmente penalizzanti per l'amministrazione sotto il profilo dell'efficacia della riscossione, quando, da un lato, il contribuente si trovi in situazioni di crisi o, addirittura, di insolvenza e, dall'altro, vi sia la possibilità di addivenire a una soluzione diversa dalla dichiarazione – immediata o comunque ragionevolmente prefigurabile nel breve periodo – della liquidazione giudiziale (nella quale di regola i crediti tributari e contributivi vanno incontro a un soddisfacimento modesto, nonostante la tutela fornita dal privilegio generale)

---

*fondamento della sua "indisponibilità", in S. LA ROSA (a cura di), Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario, Milano, 2007, 45 ss.*

<sup>10</sup> Cfr. A. GUIDARA, *Riserva di legge e indisponibilità del tributo*, in *I quaderni europei. Centro di Documentazione Europea UNICT*, 2012, 16.

<sup>11</sup>, ma a condizione di ottenere la disponibilità della maggioranza dei creditori (o, quantomeno, di un insieme rilevante degli stessi) a sopportare un qualche sacrificio.

Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa – che hanno assunto crescente importanza nel nostro ordinamento a partire dalla riforma del 2005, per trovare nuova conformazione a seguito dell'entrata in vigore del codice delle crisi d'impresa e dell'insolvenza<sup>12</sup> – presuppongono il raggiungimento di un accordo tra debitore e creditori al fine di regolare la crisi o l'insolvenza, dando luogo a un assetto di interessi su base convenzionale, ancorché nella maggior parte dei casi necessitante dell'omologazione del tribunale. Tenuto conto che, come insegna l'esperienza, tra i creditori delle imprese in difficoltà figurano, pressoché invariabilmente, l'erario e gli enti previdenziali e assistenziali, su rende necessario raggiungere una intesa (anche) con questi soggetti; intesa che tuttavia risulterebbe inevitabilmente preclusa ove si facesse stretta applicazione del principio di inderogabilità del credito tributario, almeno se concepita nel senso della sua assoluta indisponibilità. Se davvero l'amministrazione non avesse alcuna possibilità di disporre del credito (e, di conseguenza, non potesse effettuare rinunce, neppure parziali, né dare luogo a rimodulazioni), essa mai potrebbe contribuire al raggiungimento di patti funzionali a soluzioni alternative alla liquidazione giudiziale, quand'anche preferibili sotto il profilo della convenienza, perché idonee ad assicurare un incasso che, sebbene non integrale, sia comunque superiore a quello ragionevolmente ottenibile nel peggiore scenario alternativo.

Seguendo questa impostazione si rischierebbe di offrire un'applicazione parziale del principio di buon andamento, facendolo di fatto coincidere con i

---

<sup>11</sup> Cfr. S. AMBROSINI, *Il trattamento dei crediti fiscali e contributivi*, in S. PACCHI – S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2023, 233, il quale osserva che i funzionari delle agenzie fiscali e degli enti previdenziali e assistenziali sono “chiamati a muoversi all'interno di un delicato perimetro, delimitato, da un lato, dall'esigenza di tutelare al meglio le ragioni creditorie in questione astenendosi dall'arrecare qualsivoglia danno erariale, dall'altro, valutando favorevolmente quelle soluzioni alternative alla liquidazione giudiziale che appaiano connotate, ragionevolmente, da maggiore convenienza. Il tutto all'interno della cornice tracciata dall'art. 97 della Costituzione, in base al quale (i) le pubbliche amministrazioni devono assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico e (ii) l'organizzazione dei pubblici uffici deve mirare al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione”.

<sup>12</sup> Cfr., tra i molti contributi in materia, S. AMBROSINI (a cura di), *Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, Torino, 2021; ID. (a cura di), *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, Bologna, 2022, *passim*.

soli criteri di legalità e imparzialità. Si pretenderebbe da ciascun contribuente, incluso quello in crisi o insolvente, l'intero importo dovuto, senza possibilità di accordare alcuna forma di agevolazione convenzionale; così sacrificando le istanze di efficienza ed efficacia in termini di risultato. L'impermeabilità alle soluzioni negoziate, oggi generalmente ritenute la "corsia preferenziale" di gestione della crisi, avrebbe l'indesiderabile effetto di spingere verso il suo esito infausto, contribuendo a determinare quell'ulteriore erosione di ricchezza che non di rado si accompagna alla dichiarazione della liquidazione giudiziale, con conseguente (aggiuntiva) compromissione dei livelli di soddisfacimento dell'erario e degli enti previdenziali e assistenziali.

Pur a costo di qualche semplificazione, si potrebbe dire che, dinanzi alla crisi d'impresa (o all'insolvenza), l'intangibilità della posta tributaria rischia di rivelarsi un presidio di mera forma, incapace di incidere positivamente sulla sostanza degli interessi coinvolti e finendo probabilmente per frustrare l'effettiva applicazione del principio della capacità contributiva, la quale – anche alla luce del principio di uguaglianza – ben potrebbe meritare di essere valutato diversamente a seconda delle condizioni economiche, patrimoniali e finanziarie del debitore; quantomeno nelle ipotesi in cui egli, adottando una condotta virtuosa, faccia tempestivo ricorso a uno degli strumenti espressamente previsti dalla legge per regolare la propria situazione di difficoltà.

La consapevolezza dei profili di specialità dei crediti erariali e contributivi (anzitutto in ragione della loro indisponibilità) ha non a caso indotto il legislatore a prevedere, nell'ambito di alcuni strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, un trattamento particolare, approntando le coordinate normative perché l'amministrazione possa effettivamente addivenire a una scelta discrezionale di convenienza, nel rispetto del principio di buon andamento, declinato anche nel senso della valorizzazione del risultato della riscossione. L'art. 146 d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ha introdotto l'istituto della transazione fiscale (art. 182-ter l. fall.), che – all'esito di una lunga e progressiva stratificazione di modifiche – è stato infine trasfuso negli artt. 63 e 88 c.c.i.i., dedicati per l'appunto al trattamento dei crediti tributari e contributivi e destinati a trovare applicazione, in via esclusiva, nella cornice dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo.

Si consente al debitore, esclusivamente per il tramite di un'apposita proposta nominata – prevista per legge e quindi capace di coesistere con il principio di inderogabilità del credito tributario – di offrire il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi e dei relativi accessori amministrati dalle agenzie fiscali, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori delle forme di previdenza,

assistenza e assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti obbligatorie e i relativi accessori, purché si preveda la loro 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. La legge distingue inoltre tra crediti assistiti da privilegio e poste chirografarie. Nel caso dei primi la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori o meno vantaggiosi di quelli offerti a creditori muniti di privilegio di grado inferiore o a quelli che hanno posizione giuridica e interessi economici omogenei. Quando invece si tratti di poste chirografarie (anche per via del degrado derivante dall'incapienza del patrimonio del debitore e della conseguente concreta inservibilità del privilegio), il trattamento deve essere uguale a quello della generalità dei chirografari, salvo che essi siano suddivisi in classi, nel qual caso il trattamento deve essere pari a quello più favorevole<sup>13</sup>.

Ove sia formulata una proposta conforme ai requisiti di legge, spetta naturalmente all'amministrazione valutarla nel merito, esercitando la propria discrezionalità nel rispetto del principio di buon andamento e, pertanto, tenendo conto anche (e soprattutto) del risultato dell'attività, che nella specie coincide con l'effettività del recupero. Si demanda quindi all'amministrazione il compito di gestire il credito nella prospettiva del miglior soddisfacimento concretamente possibile. Può pertanto ritenersi legittima e conforme al parametro di cui all'art. 97 cost. la scelta, orientata nel senso della concreta convenienza, consistente nell'adesione alla proposta che, ancorché non contemplando il pagamento integrale, offra un trattamento che – oltre a essere conforme ai criteri di cui agli artt. 63 e 88 c.c.i.i. – sia preferibile al soddisfacimento che deriverebbe dagli scenari alternativi (di regola fatti coincidere dal debitore con la liquidazione giudiziale).

Nell'espletamento della propria valutazione l'amministrazione beneficia del contributo del professionista indipendente, al quale la legge richiede di attestare (oltre alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano approntato dal debitore) proprio la convenienza del trattamento proposto all'erario e agli enti previdenziali e assistenziali, confrontandolo con quello che deriverebbe dalla dichiarazione della liquidazione giudiziale.

---

<sup>13</sup> Cfr., tra i contributi più recenti, G. ANDREANI, *Transazione fiscale: come cambia a seguito del Codice della Crisi e della Direttiva Insolvency*, in *dirittodellacrisi.it*, 2023, 1 ss.

Dinanzi alla crisi o all'insolvenza del debitore ed entro i precisi confini applicativi della transazione fiscale, l'indisponibilità del credito tributario sembra perdere almeno una parte della propria forza, lasciando spazio alla discrezionalità amministrativa e all'applicazione del principio di buon andamento, con enfasi sul risultato della riscossione. L'amministrazione è infatti chiamata a effettuare una scelta di convenienza, da assumere nel rispetto, oltre che dei criteri di legalità (da declinarsi anzitutto nella verifica nell'osservanza dei parametri sostanziali posti dagli artt. 63 e 88 c.c.i.i.) e di imparzialità, di quello di efficacia, il quale deve condurre alla scelta concretamente idonea a massimizzare l'introito, se del caso al prezzo della rinuncia a una parte della posta (comunque irrecuperabile negli scenari alternativi).

Nell'applicazione di questo istituto, tuttavia, l'amministrazione ha spesso dato prova di una certa rigidità (e di una corrispondente deviazione dal principio di buon andamento), negando il proprio assenso a proposte oggettivamente convenienti, se non in sé (perché foriere di un abbattimento del credito), quantomeno nel confronto le alternative concretamente praticabili. Di qui l'introduzione – per effetto dell'art. 3, comma 1-*bis*, d.l. 7 ottobre 2020, n. 125, convertito dalla l. 27 novembre 2020, n. 159 – di uno strumento (poi riproposto nel testo del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza entrato in vigore il 15 luglio 2022) idoneo a superare il dissenso (o l'astensione) dell'amministrazione. Gli artt. 63, comma 2-*bis*, e 88, comma 2-*bis*, c.c.i.i. prevedono il meccanismo del c.d. “*cram down*”, che consente al tribunale di prescindere dall'adesione del gestore del credito tributario o contributivo, omologando ugualmente il piano proposto dal debitore, quando la sua proposta preveda un trattamento conveniente rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale<sup>14</sup>. È stato quindi inserito un presidio giudiziale (in capo al giudice fallimentare, non a quello tributario) che non attiene al rispetto della legalità in senso stretto, ma al contenuto stesso della scelta dell'amministrazione, onde scongiurare che essa si traduca in un ingiustificato ostacolo al buon esito di una regolazione della crisi o dell'insolvenza oggettivamente fattibile e conveniente e, al contempo, frustri le istanze di effettività del recupero del credito tributario e contributivo.

---

<sup>14</sup> Cfr. E. STASI, *La transazione fiscale obbligatoria e il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice tributario*, in *Fall.*, 2021, 1389 ss.; A. DANOVI-G. GIUFFRIDA, *Cram down fiscale e previdenziale*, in A. DANOVI-G. ACCIARO (a cura di), *Nuova transazione fiscale*, Milano, 2021, 41 ss.

Questa disposizione, senz'altro opportuna nella misura in cui mira a sterilizzare gli effetti di decisioni amministrative improntate a eccessiva severità (con incomprensibile sacrificio dell'efficacia dell'azione amministrativa sull'altare dell'inderogabilità del credito erariale), presenta d'altro canto un non trascurabile effetto collaterale. Restringendo (sia pur indirettamente) il campo di azione dell'amministrazione, rischia di privarla di qualsiasi reale potere di negoziazione con il debitore. Lo schema legale prevede infatti il confronto della proposta di transazione fiscale con l'unica alternativa della liquidazione giudiziale e dispone l'assenso forzato dall'amministrazione ogniqualvolta esso conduca a un esito positivo in termini di convenienza. Non può tuttavia escludersi che la soluzione offerta dal debitore, pur preferibile alla liquidazione giudiziale, sia meno appetibile per l'amministrazione di ipotesi diverse, anch'esse concretamente fattibili, che il gestore del credito – nell'ambito della propria discrezionalità – potrebbe caldeggiare, ad esempio prospettando la propria adesione solo a seguito del miglioramento della proposta. Questa eventualità, benché astrattamente praticabile, è di fatto impedita dal meccanismo del *cram down*, che priva il debitore del reale interesse a procacciarsi l'adesione dell'amministrazione tutte le volte in cui possa ragionevolmente confidare nell'omologazione forzata, data la sussistenza del requisito della convenienza rispetto alla liquidazione giudiziale.

Anche da ciò può scaturire una compressione della concreta rilevanza applicativa del principio del buon andamento inteso come efficacia del risultato. In assenza del potere di incidere davvero sull'assetto della regolazione della crisi o dell'insolvenza (al di là della mera verifica dell'osservanza delle regole di cui agli artt. 63 e 88 c.c.i.i.), il funzionario preposto sarà fatalmente portato a evitare di esprimersi sulla proposta del debitore; implicitamente demandando al tribunale il sindacato sulla convenienza e così evitando di assumersi qualsiasi ipotetica responsabilità per aver aderito alla prospettazione di un pagamento non integrale.

Sussiste pertanto il rischio che l'amministrazione adotti una condotta sostanzialmente passiva e, nell'incapacità di negoziare proficuamente con il debitore, finisca per patire l'imposizione di assetti subottimali. Di qui l'ulteriore correzione – scaturita dall'art. 1-bis d.l. 13 giugno 2023, n. 69, convertito dalla l. 10 agosto 2023, n. 103 – consistente nella disapplicazione del meccanismo del *cram down* nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione (mentre esso resta tuttora operativo nel concordato preventivo) e la sua sostituzione (fino a un nuovo intervento regolatore della materia) con una diversa disciplina, in forza della quale l'omologazione forzata, pur sempre possibile, è sottoposta alla

verifica di presupposti ben più stringenti. La soluzione della crisi o dell'insolvenza non deve avere carattere liquidatorio e all'amministrazione deve in ogni caso essere offerto almeno il trenta per cento del credito (per capitale e interessi), sempre che aderiscano all'accordo creditori diversi che rappresentino almeno un quarto della complessiva esposizione debitoria. In caso contrario, la percentuale sale addirittura al quaranta per cento<sup>15</sup>.

Il nuovo intervento – valido, come detto, per il solo accordo di ristrutturazione, non per il concordato preventivo – alza l'asticella che è necessario superare per poter prescindere dal concreto assenso dell'amministrazione; il che potrebbe – almeno in astratto – produrre l'effetto di rinvigorire il suo potere negoziale, restituendole un più ampio spazio di discrezionalità da esercitarsi conformemente al criterio del buon andamento. L'amministrazione dovrebbe essere portata ad aderire a quelle soluzioni che, pur non raggiungendo le percentuali testé indicate, si rivelino comunque concretamente preferibili rispetto non solo alla liquidazione giudiziale, ma a tutte le alternative concretamente praticabili, e, quindi, a quelle diverse soluzioni che possano scaturire dal confronto e dalla negoziazione tra debitore e amministrazione.

Data la pregressa esperienza, la possibilità che si concretizzi davvero questo scenario appare tuttavia remota. Sembra più probabile che finisca per prevalere una declinazione monca del buon andamento, tendente a privilegiare (senza peraltro obiettivo fondamento) i parametri quantitativi legali di cui all'art. 1-bis d.l. n. 69/2023, negando automaticamente l'assenso a proposte che si collochino al di sotto di essi. Ne deriverebbe il poco desiderabile effetto di impedire l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti che, pur incapaci di offrire il trenta o il quaranta per cento all'amministrazione, rappresentino comunque l'opzione più conveniente in concreto; salva la possibilità per il debitore di orientarsi per lo strumento del concordato preventivo, nel cui ambito l'assenso forzoso continua a essere regolato in senso più favorevole per il debitore.

L'assetto attuale, anche a causa delle rilevanti asimmetrie ravvisabili nel trattamento dei crediti erariali e contributivi nel contesto dei diversi strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza (di cui è spesso difficile individuare una precisa giustificazione), si rivela anch'esso non pienamente soddisfacente

---

<sup>15</sup> Cfr. G. ANDREANI, *Le limitazioni del cram down fiscale nell'ADR introdotte dal decreto-legge 13 giugno 2023, n. 69, convertito della legge 10 agosto 2023, n. 103*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2023, 1 ss.

ed è, del resto, dichiaratamente provvisorio, perché applicabile in attesa di un ulteriore – già preannunciato – intervento in materia. Ove tale proposito dovesse concretizzarsi, il legislatore sarà ancora una volta chiamato a ridefinire le coordinate normative della gestione dei crediti tributari e contributivi dinanzi alla crisi o all'insolvenza del debitore, verosimilmente producendo una nuova oscillazione del pendolo tra l'attività integralmente vincolata e l'esercizio della discrezionalità amministrativa, la quale, ove declinata in conformità al canone di buon andamento inteso anche quale efficacia di risultato, costituisce probabilmente lo strumento più adatto a individuare, caso per caso, la soluzione più confacente alla reale massimizzazione dell'esito della riscossione.

**LE LIMITAZIONI DEL CRAM DOWN FISCALE NELL'ADR  
INTRODOTTE DAL DECRETO-LEGGE 13 GIUGNO 2023, N. 69,  
CONVERTITO NELLA LEGGE 10 AGOSTO 2023, N. 103**

GIULIO ANDREANI

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La ratio della norma; 3. Le limitazioni introdotte; 4. I riflessi della norma sul diniego alla transazione fiscale dovuto a fattori diversi dalla convenienza della proposta; 5. I riflessi della norma sulla percentuale di soddisfacimento e sulla durata della dilazione di pagamento; 6. L'avviso della omologazione ai creditori pubblici e il dies a quo di 90 giorni; 7. La data di efficacia della norma; 8. L'alternativa del concordato.

### **1. Premessa**

Con l'articolo 1-bis del decreto-legge 13 giugno 2023, n. 69, convertito dalla Legge 10 agosto 2023, n. 103, è stata temporalmente sospesa, fino all'entrata in vigore di un apposito decreto legislativo integrativo e correttivo del Codice della crisi, l'applicazione delle disposizioni recate dall'ultimo periodo del comma 2 e dal comma 2-bis dell'art. 63 del Codice della crisi, che disciplinano l'omologazione forzosa della proposta di transazione e contributiva presentata nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti. Al tempo stesso sono state introdotte, in sostituzione di quelle sospese, disposizioni che limitano significativamente la omologazione forzosa della transazione che il tribunale può disporre in caso di mancata adesione dell'amministrazione finanziaria e degli enti previdenziali alla proposta formulata loro dal debitore nel suddetto ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (nel prosieguo, per speditezza, il riferimento ai debiti tributari e all'amministrazione finanziaria dovrà

intendersi eseguito anche, rispettivamente, ai debiti contributivi e agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie).

## 2. La ratio della norma

La norma costituisce una reazione del legislatore a vari casi di utilizzo distorto, e dunque di abuso, della transazione fiscale, per effetto del quale sono state di fatto aggirate e vanificate le cause di prelazione che assistono i crediti tributari; abuso che non era tuttavia agevole contrastare sulla base delle disposizioni precedentemente vigenti e degli indirizzi espressi su tale tema dalla giurisprudenza. Da qui l'intervento legislativo, il quale, per i motivi esposti più avanti, non modifica, peraltro, le regole che disciplinano l'approvazione della proposta di transazione fiscale da parte dell'Agenzia delle Entrate, ma solo la omologazione forzata della stessa che il tribunale può pronunciare a seguito dell'inerzia o del diniego dell'amministrazione finanziaria; non riguarda, inoltre, la transazione fiscale proposta nell'ambito del concordato preventivo.

L'uso distorto dell'istituto a cui si è testé fatto riferimento è quello costituito soprattutto da proposte che hanno previsto soddisfacimenti irrisori dei crediti tributari, spesso formulate, per di più, nell'ambito di accordi sostanzialmente rivolti solo al Fisco e con notevole ritardo rispetto all'insorgenza della crisi finanziaria dell'impresa, dopo che i crediti tributari erano aumentati e quelli verso gli altri creditori erano diminuiti per effetto di pagamenti finanziati proprio attraverso il mancato pagamento delle imposte. In diversi casi si è trattato - intendiamoci - di proposte comunque convenienti per l'Erario, nel momento in cui venivano presentate, perché tali sono anche quelle con cui viene offerto un pagamento di pochi punti percentuali, se l'alternativa è peggiore, ed è per questa ragione che, sulla base delle norme all'epoca vigenti, ne è stata disposta la omologazione, sulla scorta di un orientamento giurisprudenziale peraltro non unanime, visto che vari tribunali (ad esempio quelli di Salerno, Lecce e Monza), oltre alla Corte di Appello di Milano, avevano ritenuto che simili proposte di transazione costituissero un abuso del diritto.

La nuova norma rappresenta, quindi, tutt'altro che un fulmine a ciel sereno o una decisione assunta, come qualcuno ha erroneamente commentato, sull'emozione del momento, a seguito di un caso che, riguardando una società calcistica, aveva avuto una certa eco mediatica, ma costituisce, al contrario, l'approdo di un dibattito da vario tempo in corso e di un contrasto giurisprudenziale che vedeva: 1) da un lato, l'indirizzo secondo cui la convenienza assumeva un peso in ogni caso decisivo ai fini della omologazione

forzosa della transazione e doveva essere valutata comunque nel momento della proposta; 2) dall'altro lato, l'orientamento in base al quale il *cram down* fiscale sarebbe stato già da escludere nel caso in cui l'amministrazione finanziaria fosse stata l'unico soggetto al quale l'accordo di ristrutturazione veniva proposto. I motivi su cui si fondava questo secondo orientamento erano i seguenti:

1) l'art. 182-bis della legge fallimentare prevedeva, ai fini della omologazione, il deposito e la pubblicazione "di un accordo" (o, come attualmente prevede l'art. 40 del Codice della crisi, "degli accordi"), per il che, ove un accordo non sia stato raggiunto con l'unico creditore a cui è stato proposto, esso non è giuridicamente esistente, non può essere stato depositato e non può dunque essere omologato;

2) l'art. 40 del Codice, come peraltro la rubrica dell'art. 182-bis, utilizza il plurale ("accordi") e pertanto l'omologazione presupporrebbe necessariamente l'esistenza di una pluralità di intese con i creditori;

3) il *cram down* fiscale si giustificerebbe solo quando il rifiuto dell'Agenzia delle Entrate alla proposta appaia irragionevole;

4) il *cram down* fiscale richiederebbe la sussistenza di un interesse concorsuale, da considerarsi prevalente, in quanto rappresenta la ragione fondativa delle procedure concorsuali, e non vi è alcun interesse concorsuale in funzione del quale le ragioni del Fisco debbano essere sacrificate, qualora la proposta di ristrutturazione non coinvolga altri creditori, ma miri a imporre all'Amministrazione finanziaria la mera volontà del debitore.

A dire il vero, questo secondo indirizzo, pur cogliendo l'esigenza di contrastare gli abusi discendenti da un uso distorto della transazione fiscale, non pareva conforme alle disposizioni vigenti per varie ragioni.

Il primo degli argomenti su cui si fondava non era convincente, perché, potendo il *cram down* essere disposto solo in assenza dell'adesione del Fisco, è evidente che esso non poteva né può richiedere la precedente stipula di un accordo con il Fisco, che renderebbe inutile lo stesso *cram down*.

Il secondo argomento sovraccaricava di significato l'uso del plurale "accordi", poiché è evidente che il legislatore ha fatto riferimento alla fattispecie ordinaria dell'accordo di ristrutturazione, in cui normalmente intervengono più creditori, il che di per sé non esclude tuttavia che possa essere stipulato un solo accordo, in particolare quando un soggetto è sostanzialmente titolare dell'intero credito.

In merito al terzo argomento, non vi è dubbio che, se l'amministrazione finanziaria dimostra che la proposta di transazione fiscale non è conveniente per l'Erario, non sussiste il principale presupposto della omologazione forzosa, ma

ciò è l'effetto dell'assenza di tale presupposto e non del fatto che l'accordo di ristrutturazione sia stato proposto a un solo creditore.

Quanto all'ultimo argomento, che è quello centrale, occorre considerare che mediante il *cram down* fiscale il Giudice si sostituisce al Fisco nella valutazione della convenienza della proposta di transazione fiscale, quando l'Agenzia delle Entrate rigetta la proposta nonostante la convenienza della stessa: ciò significa che, sino all'entrata in vigore della Legge 10 agosto 2023, n. 103, ai fini della omologazione forzosa era sufficiente l'interesse fiscale. Infatti, in base ai principi affermati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 8405/2021, l'interesse concorsuale consentiva (e consente) tale tipo di omologazione persino in assenza dell'interesse fiscale, ma, se quest'ultimo sussiste, ciò è di per sé sufficiente per attuare il *cram down*, ai fini del quale la norma richiede del resto solo la convenienza per il creditore (e cioè, con riguardo al creditore costituito dall'amministrazione finanziaria, il solo interesse fiscale) e non un interesse concorsuale generale.

Il vero tema è quello dell'abuso dell'istituto ed è difficile escludere che un uso distorto della transazione sussista quando il Fisco è di fatto l'unico creditore a cui viene richiesto di ristrutturare il debito, in particolare se il soddisfacimento offertogli è irrisorio e nel corso degli anni precedenti, mentre il versamento delle imposte è stato sistematicamente omesso incrementando i debiti fiscali, gli altri creditori sono stati invece pagati, sostanzialmente aggirando le norme che attribuiscono ai crediti tributari una causa di prelazione, a beneficio di crediti privi di alcuna causa di prelazione. Queste situazioni non potevano essere però essere contrastate forzando le disposizioni vigenti, bensì mediante lo strumento dell'abuso; tuttavia, in assenza di specifiche disposizioni, quest'ultimo, come già si era visto, sarebbe stato applicato in modo differente da caso e caso e ne sarebbe discesa un'attuazione della norma che disciplina la omologazione forzosa non omogenea e foriera di inevitabili disparità di trattamento. Da qui l'esigenza dell'intervento del legislatore, che avrebbe potuto avere a oggetto sia l'introduzione di una norma generale sia una modifica legislativa che prevedesse delle barriere, quali soglie di soddisfacimento minimo variabile a seconda della situazione.

Una norma generale anti-abuso avrebbe potuto essere fondata sulla valutazione della convenienza della proposta di transazione al momento dell'insorgenza della crisi anziché alla data di presentazione della stessa, e ciò avrebbe probabilmente consentito di contrastare un numero significativo di condotte elusive, ma tale regola sarebbe stata di difficile applicazione e non avrebbe evitato pronunce divergenti e trattamenti disomogenei. Da qui,

evidentemente, la decisione del legislatore di ripiegare sulla previsione di due soglie minime: una decisione meno appagante e meno adeguata sul piano concettuale, ma forse più pratica. Tale misura, ferma restando la necessità della convenienza e del carattere determinante dell'adesione (anche se di questo secondo presupposto non si comprende il fondamento), esclude infatti sia l'esigenza di analisi complesse e opinabili, sia la rilevanza di altre valutazioni, come ad esempio quella concernente la condotta pregressa del contribuente.

### **3. Le limitazioni introdotte**

Quanto al suo contenuto, la nuova norma prevede che, se proposta nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti, la transazione è omologata dal tribunale, anche in mancanza di adesione dell'amministrazione finanziaria e degli enti previdenziali, quando, oltre a essere - come in passato - conveniente per i creditori pubblici rispetto all'alternativa liquidatoria e determinante ai fini del raggiungimento delle percentuali del 60 o del 30 per cento dei crediti oggetto dell'accordo, ricorrono anche le ulteriori condizioni che seguono:

1. il soddisfacimento dei crediti tributari e contributivi è pari almeno al trenta per cento del loro ammontare, comprensivo di sanzioni e interessi, se il credito complessivo di cui sono titolari altri creditori aderenti corrisponde ad almeno un quarto dell'intero importo dei debiti dell'impresa istante;
2. il soddisfacimento dei crediti tributari e contributivi è pari almeno al quaranta per cento del loro ammontare, comprensivo di sanzioni e interessi, e la dilazione di pagamento non eccede il periodo di dieci anni, se il credito complessivo di cui sono titolari altri creditori aderenti è inferiore a un quarto dell'intero importo dei debiti dell'impresa istante oppure se non vi è alcun altro creditore aderente all'accordo;
3. gli accordi di ristrutturazione non hanno carattere liquidatorio.

Pertanto, se i debiti complessivi dell'impresa in crisi sono pari, ad esempio, a dieci milioni di euro e quelli tributari e contributivi a sei milioni (interessi e sanzioni inclusi), la proposta di transazione deve prevedere un soddisfacimento di questi ultimi non inferiore al 30 per cento, se aderiscono all'accordo altri creditori titolari di crediti per almeno 2,5 milioni di euro (e in questo caso la dilazione di pagamento può anche eccedere la durata di dieci anni); se invece aderiscono all'accordo altri creditori che sono titolari di crediti per un ammontare inferiore a quello di 2,5 milioni, o non vi aderisce alcun altro creditore (anche nel caso in cui ciò sia dovuto al fatto che non sussistono altri creditori), il soddisfacimento dei crediti tributari e contributivi deve essere pari

almeno al 40 per cento e la dilazione di pagamento non può eccedere i dieci anni.

I commi 2 e 3 dell'art. 1-bis del decreto-legge n. 69/2023 fanno riferimento, con riguardo a entrambe le soglie, al "soddisfacimento dei crediti dell'amministrazione finanziaria e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie". Occorre quindi chiedersi se l'uso della congiunzione "e" sta a indicare che il soddisfacimento minimo richiesto debba essere almeno pari al 30 (o al 40) per cento dell'importo complessivo di tali crediti ovvero di ciascuno di detti crediti, il che non è ovviamente indifferente. Infatti, considerando, ad esempio, crediti verso l'Inps pari a 100 e debiti verso l'Agenzia delle Entrate pari a 200, in presenza dell'adesione di altri creditori per almeno un quarto dei debiti complessivi dell'impresa debitrice, per rispettare le soglie di cui trattasi nel primo caso sarebbe sufficiente pagare per l'importo di 89 il debito verso l'Inps (importo determinato considerando il soddisfacimento derivante dalla liquidazione giudiziale) e per 1 quello verso l'agenzia fiscale, offrendole un soddisfacimento solo dell'1 per cento, posto che un pagamento di 90 rappresenta il 30 per cento del debito complessivo di 300 (= 100 + 200) in essere verso tali creditori; nel secondo caso, invece, sarebbe necessario, seppur a fronte di un pagamento di 89 a favore dell'Inps, offrire all'Agenzia delle Entrate un soddisfacimento almeno di 60 (corrispondente al 30 per cento del rispettivo credito di 200). La prima tesi tradisce la *ratio* della norma ed è inoltre smentita dal fatto che la norma richiede che il soddisfacimento minimo dei crediti del Fisco e degli enti di previdenza e assistenza da essa previsto sia pari almeno al 30 (o al 40) per cento "dei rispettivi crediti", cioè di ciascuno di tali crediti. Pertanto, sia per ragioni letterali sia in considerazione dello scopo della norma, è da ritenersi corretta solo la seconda delle interpretazioni testé esposte.

I suddetti commi, inoltre, prevedono espressamente che le percentuali di soddisfacimento sopra indicate devono essere applicate ai crediti dell'amministrazione finanziaria e degli enti di previdenza e assistenza considerando anche le sanzioni e gli interessi, i quali devono essere calcolati sino alla data di deposito della proposta di transazione o sino a quella della situazione debitoria di riferimento dei debiti oggetto della stessa; non viene tuttavia precisato sulla base di quali criteri le sanzioni debbano essere determinate: sulla base delle misure applicabili sino a tali date oppure tenendo conto anche delle misure applicabili per effetto di eventi successivi ancorché previsti? Si pensi, ad esempio, a un debito relativo a imposte non versate per l'importo di 100, in relazione al quale sia in corso un pagamento dilazionato ai sensi dell'art. 3-bis del D. Lgs. n. 462/1997, discendente dalle comunicazioni di

irregolarità di cui all'art. 36-bis del d.P.R. n. 600/1973 (relativo alle imposte sui redditi) o all'art. 54-bis del d.P.R. n. 633/1972 (relativo all'iva), con applicazione di interessi pari a 9. Se alla data della presentazione della domanda di transazione la rateizzazione è regolare, le sanzioni sono dovute in tale momento nella misura del 10 per cento e dunque per l'ammontare di 10 (e tali rimangono se la rateizzazione prosegue): l'importo complessivamente dovuto è pertanto pari a 119. Tuttavia, se la rateizzazione decade a seguito del mancato pagamento di una rata entro la scadenza della rata successiva, cosa che accade se il pagamento dilazionato viene interrotto in quanto assorbito dalla transazione fiscale, l'importo dovuto viene iscritto a ruolo e la sanzione si rende applicabile nella misura del 30 per cento: in questa ipotesi, quindi, il debito complessivo, a parità di interessi, ammonterebbe a 139. Assumendo che la soglia applicabile sia quella del 40 per cento, nel primo caso l'importo da versare per rispettarla sarebbe pari a 47,6, mentre nel secondo caso ammonterebbe a 55,6, con una differenza, tutt'altro che marginale, di oltre il 14 per cento fra un'ipotesi e l'altra. È da ritenersi che l'interpretazione più coerente con la lettera della disposizione di cui trattasi sia la prima, poiché essa stabilisce che il soddisfacimento dei creditori pubblici deve essere pari almeno al 30 o al 40 per cento "dell'ammontare dei rispettivi crediti, inclusi sanzioni e interessi". Ciò significa che le sanzioni dovute sono quelle relative ai crediti determinati al momento di presentazione della proposta di transazione o alla data di rappresentazione della situazione debitoria a cui questa si riferisce, e non a quelle che si rendono dovute successivamente a seguito della interruzione della rateizzazione, che potrebbe (anzi: dovrebbe) avere luogo solo dopo che la transazione sia stata omologata. Questa conclusione è inoltre confortata dall'entità delle due soglie, che, per rappresentare dei valori minimi, sono tutt'altro che modeste e diverrebbero ingiustificatamente gravose qualora si sposasse l'interpretazione alternativa. Il calcolo delle sanzioni dovrebbe comunque prescindere dalla notifica dei relativi atti da parte dell'amministrazione finanziaria, essendo sufficiente, ai fini della loro quantificazione, l'insorgenza del relativo presupposto.

Oltre agli interessi calcolati sino alla data di presentazione della proposta di transazione o a quella di esposizione della situazione debitoria a cui essa si riferisce, sugli importi discendenti dalla proposta di transazione si rendono dovuti anche gli interessi di dilazione in base al tasso legale applicabile tempo per tempo. Ciò è peraltro espressamente previsto solo con riguardo al caso di mancata adesione di creditori diversi da quelli pubblici per un importo pari almeno a un quarto dei debiti complessivi dell'impresa debitrice, a cui

corrisponde un soddisfacimento minimo del 40 per cento; tuttavia, non vi è motivo per adottare una diversa disciplina anche relativamente all'ipotesi in cui il soddisfacimento minimo sia quello del 30 per cento.

Il citato art. 1-bis del decreto-legge n. 69/2023 non prevede alcuna qualificazione degli "altri creditori" a cui fa riferimento, ma è di tutta evidenza che deve trattarsi di creditori diversi da quelli precedentemente indicati, cioè diversi dall'amministrazione finanziaria e dagli enti di previdenza e assistenza. Ne discende che, ai fini della determinazione della suddetta quota di adesione di un quarto, rilevano tutti gli "altri creditori" esistenti al momento della omologazione degli accordi (o a una data assai prossima a tale momento), inclusi quelli che sono legati all'impresa proponente da rapporti di controllo o collegamento. Del resto, l'esclusione di questi ultimi si porrebbe in evidente contrasto con la *ratio* della norma, che in presenza dell'adesione qualificata di altri creditori prevede una riduzione della soglia di soddisfacimento dal quaranta al trenta per cento, consentendo un pagamento inferiore in presenza di una non trascurabile adesione di altri creditori e quindi di una ripartizione del sacrificio fra più soggetti; sacrificio che è del tutto naturale richiedere innanzitutto ai creditori legati al debitore da rapporti di controllo e collegamento. Non viene precisato quale debba essere il sacrificio dei creditori diversi da quelli pubblici, ma è da escludere che debba essere corrispondente a quello dell'amministrazione finanziaria e degli enti di previdenza e assistenza, posto che il divieto di trattamento deteriore dei crediti di tali soggetti non trova applicazione nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, pur essendo applicabile nel concordato preventivo. L'effetto dell'adesione di tali creditori non può in ogni caso essere priva di rilievo sostanziale, seppur tenendo conto anche solo dell'effetto riduttivo derivante dall'attualizzazione del credito conseguente a una rinegoziazione dei tempi di pagamento dello stesso, ove significativo.

Le soglie di pagamento del 30 e del 40 per cento introdotte dalla norma di cui trattasi non costituiscono tuttavia una forfettizzazione del soddisfacimento dei crediti tributari, perché - come si è già rilevato - la convenienza e la natura determinante dell'adesione dei creditori pubblici sono tuttora necessarie ai fini del *cram down* fiscale, pur non essendo più di per sé sufficienti; continuano invece a essere sufficienti rispetto all'approvazione della proposta in via ordinaria da parte delle agenzie fiscali.

A questo proposito occorre mettere in guardia l'interprete dal rischio di una lettura della norma avulsa dal contesto in cui è collocata, cioè disgiunta da altre disposizioni del Codice della crisi e sradicata dalla *ratio* della stessa, che ne

dilaterebbe il contenuto oltre le intenzioni del legislatore (e dello stesso dato normativo), generando effetti tanto indesiderati quanto negativamente rilevanti sul piano operativo. Si intende dire che la norma non può essere interpretata nel senso che il tribunale può omologare gli accordi di ristrutturazione dei debiti tributari e contributivi esclusivamente se ricorrono le suddette condizioni (rispetto della soglia del 30 o del 40 per cento, ecc.), non solo in sede di *cram down*, cioè quando manca l'adesione delle agenzie fiscali e degli enti previdenziali, ma anche in via ordinaria, cioè dopo che tali creditori pubblici hanno espressamente approvato la proposta di transazione; ciò significherebbe, per converso, che, ove tali condizioni non siano rispettate, l'omologazione degli accordi non sarebbe consentita nemmeno in presenza dell'approvazione del Fisco e degli enti previdenziali.

Questa interpretazione contrasta infatti sia con la *ratio* della disposizione introdotta con il citato articolo 1-bis dalla Legge n. 103/2023, sia con la lettura sistematica della stessa:

a) contrasta con la *ratio*, perché lo scopo della norma è - come già si è osservato - quello di porre un limite alle proposte di transazione fiscale che prevedono un soddisfacimento irrisorio dei crediti tributari e contributivi, in particolare quando tali crediti rappresentano un percentuale molto elevata dell'intera esposizione debitoria dell'impresa in crisi che fa ricorso all'istituto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Lo si evince chiaramente dalla relazione tecnica che ha accompagnato il suddetto provvedimento, in cui si legge che la nuova disciplina "limita il ricorso all'omologa degli accordi di ristrutturazione in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria": dunque solo in assenza di un accordo;

b) contrasta con la lettura sistematica delle norme del Codice della crisi, perché anche sul mero piano letterale è evidente che il comma 2 del citato articolo 1-bis non dispone in merito all'omologazione ordinaria della transazione fiscale e contributiva, essendo questa disciplinata dal comma 4 dell'articolo 48 del Codice della crisi, ai sensi del quale, quando è depositata una domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione, il tribunale "assunti i mezzi istruttori ....., omologa con sentenza gli accordi";

c) il citato comma 2 dell'articolo 1-bis sostituisce temporaneamente le disposizioni del comma 2-bis dell'articolo 63, che avevano a oggetto l'omologazione forzata degli accordi, e dunque ne rispecchia la funzione, ovvero quella di consentirne l'omologazione nonostante la mancata adesione da parte dei creditori pubblici in deroga alla disciplina ordinaria. L'espressione "anche in mancanza dell'adesione dell'amministrazione finanziaria ....." prevista dalla norma era del resto presente anche nel comma 2-bis dell'art. 63 del Codice della crisi e deve essere letta nel senso che il tribunale omologa

forzosamente la transazione, se ricorrono i presupposti in essa previsti, anche nel caso in cui manchi l'adesione del Fisco e degli enti previdenziali, cioè nonostante l'assenza di tale adesione; non nel senso che tali presupposti devono ricorrere, ai fini della omologazione, sia in mancanza sia in presenza dell'approvazione della transazione.

Per questi motivi la disciplina di cui trattasi deve essere così ricostruita:

1) l'omologazione ordinaria degli accordi, una volta che questi siano stati sottoscritti dai creditori, inclusi gli atti di transazione fiscale e contributiva approvati dalle agenzie fiscali e dagli enti previdenziali, è regolata dal comma 4 dell'articolo 48 del Codice della crisi;

2) l'omologazione forzata della transazione fiscale e contributiva, richiesta nel caso in cui (e solo nel caso in cui) la proposta di transazione non sia stata approvata dalle agenzie fiscali e dagli enti previdenziali, è disciplinata dal comma 2 dell'articolo 1-bis del decreto-legge n. 69/2023, convertito dalla Legge n. 103/2023, il quale richiede che in tal caso ricorrano le condizioni sopra indicate (non a caso la norma corrispondente a detto comma era in origine contenuta nel comma 5 dell'articolo 48, che segue il menzionato comma 4);

3) conseguentemente, non è necessario che tali condizioni ricorrano ai fini della omologazione delle transazioni che, ciò nonostante, siano state approvate dal Fisco e dagli enti previdenziali, in quanto ritenute comunque convenienti e dunque meritevoli di accoglimento.

Infine, occorre considerare che solo il *cram down* assicura al contribuente-debitore una reale tutela giurisdizionale contro illegittime resistenze dell'amministrazione finanziaria e quindi la sua esclusione, incidendo sul diritto di difesa del contribuente, dovrebbe essere quanto più possibile limitata. Per questo motivo, la norma introdotta dalla Legge n. 103/2023 dovrebbe trovare applicazione solo a seguito di un rigetto adeguatamente motivato della proposta di transazione, e non anche in presenza di una motivazione solo apparente o anche palesemente incongrua; ancor meno per effetto della mera inerzia del Fisco.

#### **4. I riflessi della norma sul diniego alla transazione fiscale dovuto a fattori diversi dalla convenienza della proposta**

Secondo la prassi di alcuni uffici dell'Agenzia delle Entrate, al di là delle istruzioni ufficiali, le condotte evasive eventualmente poste in essere, anche in tempi non recenti, dall'impresa che presenta una proposta di transazione fiscale sono idonee a inficiare l'attendibilità e l'apprezzamento della proposta, in quanto denoterebbero l'assenza, da parte dell'impresa debitrice, di collaborazione e trasparenza nei confronti dell'amministrazione finanziaria.

Pertanto, in tal caso la proposta non potrebbe essere valutata sulla base della sua convenienza per l'Erario, obliterando il presupposto secondo cui il Fisco deve rispettare il principio di legalità e non può esercitare la propria funzione con una logica meramente imprenditoriale: conseguentemente, sebbene la proposta risulti conveniente, dovrebbe prevalere la considerazione della gravità dei comportamenti del contribuente, “anche perché la stipula di un accordo in presenza delle suddette condotte darebbe origine a un'inammissibile sorta di condono a favore dell'impresa debitrice”.

Questo indirizzo appare non conforme al disposto dell'art. 63 del Codice, perché è di per sé priva di fondamento l'equazione secondo cui al compimento di atti di frode, e a maggior ragione se questi risalgono a molti anni prima della presentazione della proposta di transazione, deve conseguire, solo per questo motivo, il rigetto di tale proposta. Lo ha del resto escluso la stessa Divisione Contribuenti dell'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 34 del 29 dicembre 2020, laddove ha precisato che la presenza delle condotte di cui trattasi rende necessario, in sede di valutazione della proposta, l'ampliamento dell'ambito oggettivo delle attività da svolgere, poiché tali circostanze devono “portare a ritenere le esigenze di tutela dell'interesse erariale prevalenti rispetto alla speditezza della procedura”. Una cosa, infatti, è che la sussistenza di precedenti atti fraudolenti induca l'amministrazione finanziaria a eseguire analisi più ampie e approfondite di quelle ordinarie, per verificare se tali atti incidono sulla valutazione della convenienza della proposta che detta amministrazione è chiamata a compiere, rafforzando così la tutela dell'interesse erariale; un'altra cosa è che la mera presenza di tali atti costituisca di per sé un ostacolo all'approvazione della proposta, anche ove questi non si siano tradotti nell'occultamento di patrimonio.

Non vi è infatti dubbio che, se mediante condotte fraudolente l'impresa debitrice ha costituito risorse occulte, occorre tenerne conto ai fini della valutazione della convenienza della proposta di transazione, che dovrà in tal caso essere determinata calcolando anche il soddisfacimento derivante da dette risorse; così come nell'esecuzione di tale valutazione bisogna considerare i possibili incrementi di patrimonio derivanti da eventuali azioni di responsabilità, da azioni revocatorie esercitabili nell'ipotesi della liquidazione giudiziale dell'impresa proponente e da co-obbligazioni (in presenza, ad esempio, di vendite simulate, liberalità, *spin off* distrattivi, pagamenti preferenziali, ecc.). Non tutti gli illeciti, tuttavia, si traducono nella costituzione di patrimoni occulti: l'utilizzo di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti, ad esempio, non consente la distrazione di attivo né, in assenza del

pagamento di “commissioni” per la loro emissione (peraltro generalmente a tal fine corrisposte), concorre di per sé ad arrecare un danno all’impresa debitrice, al contrario dell’utilizzo di fatture per operazioni oggettivamente inesistenti, da cui una distrazione dell’attivo è inevitabilmente provocata. Anche quando le condotte fraudolente poste in essere abbiano consentito nel corso degli anni la costituzione di un patrimonio occulto, occorre inoltre verificare se tale patrimonio continua a esistere al momento della ristrutturazione dei debiti, che è quello con riguardo al quale, in assenza di diverse disposizioni, l’accertamento delle attività e delle passività dell’impresa proponente deve essere eseguito ai fini della valutazione della convenienza della proposta di transazione.

Tali condotte rilevano, tuttavia, anche in questo caso, non in quanto giustifichino una punizione del debitore da esercitare mediante il rigetto (autolesionista) di una transazione fiscale comunque conveniente, ma ove l’esistenza di un maggior patrimonio renda più conveniente per il Fisco la liquidazione giudiziale rispetto alla transazione. È dunque anche in questa ipotesi al criterio della convenienza che la valutazione deve essere informata e non a quello della punizione, da cui finirebbe poi per essere penalizzato soprattutto l’Erario. Non v’è chi non veda come tale esclusivo criterio di valutazione possa condurre all’approvazione di transazioni fiscali a cui corrispondano distrazioni perpetrate in danno dell’Erario, ma, ferma restando la necessità di rispettare le soglie di soddisfacimento sopra richiamate, il compito di punire spetta ad altri e non a chi ha invece il compito di recuperare quanto più efficacemente possibile i crediti erariali. Lo conferma l’art. 341, comma 3, del Codice, che estende l’applicazione dei reati fallimentari all’accordo di ristrutturazione con omologazione forzata, proprio per evitare che chi si è reso responsabile delle suddette condotte rimanga impunito, beneficiando, grazie all’accordo, del mancato assoggettamento dell’impresa al fallimento e al concordato, nel cui ambito prima di tale estensione i reati fallimentari erano confinati. Si tratta – come ha scritto Roberto Fontana – di un contrappeso senza il quale sarebbe sufficiente, per neutralizzare la sanzione penale prevista per le condotte fraudolente, proporre “all’Agenzia delle Entrate o all’ente previdenziale il pagamento di una frazione minima del debito, dovendo in ogni caso il tribunale, secondo la giurisprudenza allo stato prevalente, procedere all’omologazione anche a fronte del rigetto da parte dell’ente della domanda di adesione”. È tuttavia chiara la separazione voluta dal legislatore tra il profilo sostanziale dell’istituto della transazione fiscale, volto al più conveniente recupero del credito erariale, e il profilo delle responsabilità, che devono essere accertate con strumenti diversi e in altre sedi.

L'introduzione di una norma anti-abuso, qual è quella prevista dall'art. 1-bis del decreto-legge n. 69/2003, consente il superamento delle criticità discendenti dalla suddetta prassi degli uffici dell'Agenzia delle Entrate? Certamente, per i motivi già esposti, non fa venire meno la necessità della convenienza della proposta, che deve sempre e in ogni caso ricorrere sia ai fini della omologazione ordinaria sia di quella forzosa; tuttavia, può consentire, se la convenienza sussiste, il superamento di altri fattori, perché lo scopo di una norma anti-abuso è proprio quello di evitare, attraverso la previsione di limitazioni e condizioni, uno scrutinio concernente la fisiologicità dell'operazione, che è da ritenersi "non anomala" in quanto rispetti tali limitazioni e soddisfi tali condizioni, prescindendo da un giudizio nel merito sulla natura abusiva della transazione da esprimere caso per caso, che è ciò che una norma avente la struttura di quella di cui trattasi intende evitare. Per i motivi esposti, la condotta pregressa del contribuente, che non si fosse tradotta in un occultamento di una parte del patrimonio dello stesso incidendo sulla valutazione della convenienza della proposta, avrebbe già dovuto essere considerata irrilevante ai fini dell'approvazione e della omologazione della transazione fiscale; dovrebbe esserlo, a maggior ragione, a seguito dell'entrata in vigore della disposizione di cui trattasi, per effetto della quale si deve escludere che rilevi in ordine alla natura abusiva della proposta, una volta che le condizioni previste dalla norma siano rispettate.

##### **5. I riflessi della norma sulla percentuale di soddisfacimento e sulla durata della dilazione di pagamento**

La nuova disciplina rileva indirettamente anche ai fini della durata della dilazione di pagamento delle somme dovute in dipendenza della transazione fiscale. Infatti, disporre che il *cram down* è consentito in alcuni casi solo se la dilazione di pagamento non eccede i dieci anni, significa legittimare a pieno titolo, negli altri casi, anche dilazioni di pagamento ben superiori a dieci anni (in conformità, peraltro, a quanto è accaduto ogniqualvolta, seppur non frequentemente, l'Agenzia delle Entrate ha approvato proposte di transazione che prevedevano una dilazione di pagamento di quindici o anche vent'anni).

Sia l'art. 56 del Codice della crisi, richiamato dal successivo art. 57, sia l'art. 87 del medesimo Codice richiedono che nel piano siano indicati, rispettivamente, "i tempi delle azioni da compiersi" e "i tempi di adempimento della proposta", ma non quantificano l'ampiezza di tali tempi. I principi di attestazione approvati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti

prevedono (punto 6.5.12) che l'arco temporale oggetto di considerazione deve comunque attestarsi a data non anteriore al momento in cui, in base al piano, è previsto che siano soddisfatti i creditori, o, nel caso di continuità aziendale, siano ripristinate le normali condizioni di finanziamento (e di fido) ovvero, nel caso di prosecuzione di contratti pubblici, siano ripristinate condizioni che consentano un regolare adempimento degli stessi. Anche quando il pagamento di alcuni creditori va oltre il quinquennio, come normalmente avviene, ad esempio, relativamente a taluni debiti finanziari e ai debiti fiscali, non è quindi indispensabile che il piano abbia una durata pari a quella della dilazione concordata (o anche solo richiesta, se l'approvazione della proposta di accordo ha luogo mediante *cram down*), a patto che il riequilibrio patrimoniale, finanziario ed economico sia previsto nell'arco temporale del quinquennio. Ciò che rileva è infatti che, grazie alle falcidie previste, alle dilazioni quinquennali e a quelle ultra-quinquennali, entro l'arco di piano di cinque anni venga recuperato tale equilibrio.

Inoltre, la durata della dilazione di pagamento costituisce al tempo stesso sia un fattore di valutazione della convenienza della proposta di transazione, sia un fattore che determina tale convenienza, ogniquale volta il soddisfacimento dei debiti tributari derivi dalla produzione dei flussi finanziari generati dalla prosecuzione dell'attività. Tale soddisfacimento è, infatti, tanto maggiore quanto più ampia è la dilazione di pagamento e, pertanto, a parità dell'importo dei flussi gestionali prodotti annualmente, il soddisfacimento delle agenzie fiscali è direttamente proporzionale alla durata della dilazione. È quindi di tutta evidenza, in tali casi, l'interesse erariale a evitare una riduzione della dilazione di pagamento, che, a parità dell'importo del flusso finanziario annuale destinabile al soddisfacimento dei debiti tributari, inevitabilmente comporta anche una riduzione della percentuale di pagamento offerta, posto che tale riduzione non può essere compensata da un incremento dell'importo pagabile annualmente, in considerazione del fatto che la capacità di produzione di liquidità da parte del debitore è dettata dal mercato e dalla struttura aziendale del debitore e non è modificabile a seconda delle esigenze dei creditori. Non vi è dubbio che l'affidabilità delle previsioni che costituiscono il contenuto del piano è inversamente proporzionale all'arco temporale oggetto delle stesse, ma ciò non significa che la dilazione di pagamento non possa avere una durata superiore a cinque anni. Ciò che l'amministrazione finanziaria - ovvero il tribunale in sede di omologazione - dovrebbero domandarsi è se la somma di cui viene offerto il pagamento rende la proposta di per sé conveniente per l'Erario rispetto all'alternativa liquidatoria, e quindi meritevole di

accoglimento, anche in considerazione del pagamento previsto, seppur con minore probabilistica certezza, negli anni successivi ai primi cinque, il cui versamento può rendere ancor più conveniente - e dunque suscettibile di approvazione e omologazione - la proposta di transazione fiscale.

La norma introdotta dalla Legge n. 103/2023, consentendo - persino con riguardo all'ipotesi meno favorevole al debitore - una dilazione di pagamento di dieci anni, aiuta a superare le criticità emerse nella giurisprudenza in merito alle dilazioni di maggior durata.

Infine, riguardando tale norma anche l'omologazione forzosa della transazione contributiva con un soddisfacimento non inferiore al 30 o al 40 per cento, viene ribadita dal legislatore l'illegittimità della prassi degli enti previdenziali, in base alla quale vengono sistematicamente rigettate le proposte che escludono il pagamento integrale dei crediti destinati al trattamento pensionistico dei lavoratori, anche se non si tratta, a dire il vero, del primo intervento legislativo che sconfessa tale prassi, perché già vi aveva provveduto la stessa norma sul *cram, down*, imponendo l'approvazione della transazione in quanto conveniente, indipendentemente dalla percentuale di pagamento offerta.

## **6. L'avviso della omologazione ai creditori pubblici e il *dies a quo* di 90 giorni**

A tutela dei creditori pubblici, la nuova norma introduce, in caso di richiesta di omologazione, anche non forzosa, degli accordi di ristrutturazione con annessa transazione fiscale, l'onere del debitore di darne avviso alle agenzie fiscali e agli enti previdenziali, disponendo che il termine di trenta giorni di cui questi ultimi dispongono per opporsi alla omologazione decorre dalla ricezione di tale avviso. Scopo della previsione di tale onere è, con tutta evidenza, quello di rendere edotti i creditori pubblici della richiesta di omologazione, al fine di consentire loro di interporre tempestiva opposizione alla omologazione richiesta dal debitore, ove la ritengano necessaria, colmando una lacuna delle norme previgenti, le quali, non prevedendo un'analoga comunicazione, hanno di fatto talvolta impedito alle agenzie fiscali e agli enti previdenziali di potersi opporre tempestivamente alla omologazione di transazione oggetto di diniego, non avendo avuto conoscenza della richiesta di omologazione forzosa formulata dall'impresa debitrice; con la ulteriore conseguenza di non poter presentare reclamo avverso l'omologazione eventualmente pronunciata dal tribunale, per difetto di legittimazione attiva per non aver promosso opposizione avverso tale omologazione nel termine a tal fine previsto. Infatti, come ha affermato la Corte di Appello di Milano con decreto n. 464 emesso in data 2.2.2022, il procedimento di reclamo ha "natura di gravame e [costituisce] acquisizione

pacifica in giurisprudenza che la qualità di parte [...], e quindi di soggetto legittimato all'impugnazione, si determina, nei gradi e nelle fasi ulteriori del giudizio, anche nei procedimenti disciplinati dagli artt. 737 e seg. c.p.c., esclusivamente *per relationem* rispetto alla qualità di parte assunta formalmente nei gradi e nelle fasi anteriori (...). Ne consegue che, secondo i principi generali, il rimedio previsto dal citato articolo 182-bis L. Fall., certamente ascrivibile al novero dei procedimenti in camera di consiglio, è esperibile solo dai creditori opposenti”.

Non pare tuttavia che la suddetta disposizione possa incidere sul termine a decorrere dal quale il debitore acquisisce il diritto di richiedere l'omologazione forzata della transazione fiscale, sul presupposto della mancata adesione delle agenzie fiscali dovuta all'inerzia delle stesse. Infatti, anche se, da un lato, l'art. 1-bis del decreto-legge n. 69/2023 ha sospeso l'applicazione dell'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 63 del Codice della crisi, il quale stabiliva che, ai fini della omologazione forzata della transazione, l'eventuale adesione dei creditori pubblici doveva intervenire entro novanta giorni dal deposito della proposta di transazione, dall'altro lato, il comma 5 dello stesso art. 1-bis ha reintrodotto la medesima disposizione: pertanto, nessuna modifica è al riguardo intervenuta; inoltre, le due norme assolvono funzioni differenti. L'omologazione forzata da parte del Tribunale presuppone che il debitore abbia precedentemente e tempestivamente dato all'amministrazione finanziaria la possibilità di esprimersi sulla proposta di transazione che le ha formulato e che l'adesione sia “mancante”, circostanza che ricorre solo a seguito del rigetto espresso della proposta o solo dopo che sia inutilmente decorso il termine di novanta giorni previsto attualmente dal comma 5 del citato art. 1-bis e, precedentemente, dall'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 63 del Codice della crisi. Conseguentemente, poiché la domanda di omologazione forzata può essere presentata solo in caso di “mancanza” dell'adesione del Fisco, essa non può essere depositata se il suddetto termine di novanta giorni non è ancora spirato, non potendo l'accordo, sino a quel momento, essere ancora considerato “mancante”. Inoltre, l'Agenzia delle Entrate deve essere messa in condizione di potersi opporre alla omologazione forzata e ciò le è consentito solo se può disporre di un congruo periodo per esaminare la proposta di transazione formulatale, periodo che il legislatore ha individuato in quello di novanta giorni. Ciò posto, occorre considerare che, a norma del comma 4 dell'art. 48 del Codice, l'opposizione deve intervenire entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda di omologazione nel registro delle imprese, che è eseguita contestualmente al deposito di tale domanda; pertanto, se quest'ultima è coeva alla proposta di transazione fiscale, il diritto di opposizione delle agenzie fiscali verrebbe

sostanzialmente escluso, perché l'opposizione dovrebbe essere proposta in trenta giorni e tale periodo non è mai sufficiente per valutare una proposta di transazione fiscale.

La disciplina che deriva da queste disposizioni rimane quindi, a modesto avviso di chi scrive, la seguente:

1) a seguito dell'adesione dell'Amministrazione finanziaria il debitore può richiedere la omologazione ordinaria della transazione fiscale, depositando l'accordo di ristrutturazione sottoscritto dall'Agenzia delle Entrate e dall'agente della Riscossione, senza dover attendere alcun termine;

2) l'omologazione forzata della transazione può essere richiesta solo a seguito del rigetto della proposta, e in questo caso senza dover attendere alcun termine, ovvero, in mancanza di un provvedimento dell'Amministrazione finanziaria, solo trascorsi inutilmente novanta giorni dalla data di deposito della proposta; in entrambe le fattispecie il debitore deve depositare, non un accordo sottoscritto, ma il testo dell'accordo proposto al Fisco oggetto di mancata adesione.

## **7. La data di efficacia della norma**

La disposizione transitoria recata dal comma 6 del sopra citato art. 1-bis prevede l'applicazione delle norme di cui trattasi alle proposte di transazione fiscale depositate "in data successiva a quella di entrata in vigore del presente decreto"; è dunque diversa da quella originariamente prevista, che stabiliva l'applicazione di dette norme "alle proposte depositate in data successiva a quella di entrata in vigore della legge" in cui queste erano destinate a essere inserite. Poiché il decreto-legge n. 69/2023 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 13 giugno 2023 ed è entrato in vigore il giorno successivo, ne discende che le norme di cui trattasi si applicano alle proposte depositate dal 15 giugno 2023.

Ciò posto, poiché l'emendamento contenente tali norme è stato presentato il 17 luglio 2023, nel corso dell'*iter* parlamentare avente a oggetto la conversione del citato decreto-legge 13 giugno 2023, n. 69, ne deriva un'applicazione in senso lato retroattiva, dovuta evidentemente alla volontà di ostacolare gli effetti della "corsa" alla presentazione di proposte di transazione fiscale avente lo scopo di evitare le limitazioni di cui trattasi, originata dalle notizie di stampa circolate a metà giugno, quando, nella seduta del 15 giugno 2023, le medesime norme erano state esaminate dal Consiglio dei Ministri, che aveva però deciso di disporre l'introduzione successivamente, mediante un provvedimento diverso da quello oggetto del suo esame in tale seduta. Lo si può ritenere nel

merito più o meno opportuno, ma pare difficile privare il legislatore della facoltà di stabilire l'efficacia temporale del nuovo regime. Del resto, è vero che il principio di irretroattività costituisce un fondamento dello Stato di diritto, un elemento essenziale di civiltà giuridica e un fattore di certezza delle norme, e inoltre non è escluso che, anche al di fuori della materia penale, una legge retroattiva possa porsi in contrasto con specifiche norme costituzionali; tuttavia, esso ha rango non costituzionale e la sua osservanza è rimessa alla prudente valutazione del legislatore.

In ogni caso, sulla base della suddetta disposizione transitoria, le norme di cui trattasi sono irrilevanti rispetto alle proposte di transazione depositate prima del 15 giugno 2023, anche se il procedimento di omologazione forzosa delle stesse è iniziato successivamente a tale data ed è tuttora pendente, così come nel caso in cui il procedimento venga avviato successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione n. 103/2023 (cioè del giorno successivo a quello della pubblicazione della stessa nella Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 10 agosto 2023, e dunque successivamente all'11 agosto 2023). Per forza di cose, tali norme non possono quindi trovare applicazione con riguardo alle proposte di transazione, ancorché contenenti un soddisfacimento inferiore a quello corrispondente alle soglie introdotte, di cui sia stata richiesta la omologazione forzosa entro la data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge n. 69/2023 (cioè entro l'11 agosto 2023), per due ragioni: a) perché, se riguardano proposte presentate anteriormente al 15 giugno 2023, come testé rilevato, ne è espressamente esclusa l'applicazione dalla disposizione transitoria; b) perché, se riguardano proposte depositate dal 15 giugno 2023, è impossibile che la richiesta di omologazione forzosa possa essere stata efficacemente presentata - con riguardo a proposte depositate dal 15 giugno 2023 - entro la data di entrata in vigore della legge di conversione (11 agosto 2023), non essendo ancora decorso in tale momento il termine di novanta giorni previsto, prima, dal comma 2-bis dell'art. 63 e, ora, dal comma 5 del citato art. 1-bis, per richiederne l'omologazione forzosa; salvo ritenere che, contrariamente a quanto sostenuto nelle pagine precedenti e all'indirizzo giurisprudenziale prevalente, il *cram down* possa essere richiesto anche anteriormente allo spirare del novantesimo giorno successivo a quello di deposito della proposta di transazione.

Ciò precisato, considerato che in base alla disposizione transitoria le nuove norme "si applicano alle proposte di transazione fiscale depositate ai sensi all'articolo 63, commi 1 e 2, del codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019 in data successiva a quella di entrata in vigore del presente decreto-legge"

(cioè, come detto, dal 15 giugno 2023), resta da chiedersi quali atti debbano essere stati depositati anteriormente a tale data, per escludere l'applicazione di dette norme. Il richiamo (anche) del citato comma 2 indurrebbe a ritenere che il deposito della proposta debba avere avuto a oggetto anche la documentazione indicata negli articoli 57, 60 e 61 del Codice della crisi, vale a dirsi tutta la documentazione prevista dall'art. 39, commi 1 e 3, del medesimo Codice. Tuttavia, tenuto conto della *ratio* della predetta disposizione, ciò che dovrebbe rilevare è che anteriormente al 15 giugno 2023 sia stata formulata la proposta di transazione, sebbene non corredata da tutta la documentazione di cui all'art. 39, parte della quale - come spesso accade nella prassi - sia stata successivamente trasmessa ai competenti uffici, senza che questi ne abbiano precedentemente contestato la mancanza. A maggior ragione, è da escludere che il deposito, eseguito dal 15 giugno 2023 in poi, della modifica di una proposta di transazione presentata anteriormente a tale data, possa comportare l'applicazione delle nuove norme.

#### **8. L'alternativa del concordato**

La nuova disciplina trova applicazione solo con riguardo agli accordi di ristrutturazione dei debiti e non tocca pertanto la disciplina del *cram down* fiscale nel concordato preventivo. Non ne deriva, tuttavia, come qualcuno ha commentato, una sorta di disparità di trattamento fra i due istituti: sia perché si tratta di strumenti fondati su principi differenti, giacché uno coinvolge tutti i creditori e vede l'applicazione del principio maggioritario, mentre l'altro può essere rivolto anche a pochi creditori ed è efficace esclusivamente per chi vi aderisce; sia perché nel concordato in continuità è ancora tutto da accertare se il *cram down* fiscale è consentito (si veda, indipendentemente dal fatto che la si possa condividere o meno, la sentenza 18 luglio 2023 del Tribunale di Lucca, che lo ha appunto escluso).

**Quaderni**  
di  
**Ristrutturazioni Aziendali**  
**Anno 2023 – Fascicolo III**

**Sezione II - Giurisprudenza**

## **Non irragionevolezza del piano e nuova finanza “non implausibile”: too big to fail? (il caso Cimolai)**

Tribunale di Trieste, 15 settembre 2023. Pres. Picciotto. Rel. Venier.

*In questo recente provvedimento il Tribunale di Trieste, verosimilmente non insensibile alle conseguenze del possibile default della debitrice (una grande impresa nel settore della progettazione, fornitura e montaggio di strutture complesse in acciaio), ha affermato i seguenti principi, improntati a un evidente e spiccato favore nei confronti dell’obiettivo del risanamento.*

*“Il Collegio è tenuto in primo luogo a verificare che “il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l’insolvenza”. La formulazione, in negativo, della disposizione normativa rende evidente che oggetto d’esame non è l’accertamento dell’idoneità del piano a regolare la crisi, ma la non implausibilità dello stesso a consentire il risanamento dell’impresa. Il piano predisposto dal debitore deve risultare non prima facie inadeguato, non evidentemente inadatto a consentire il raggiungimento degli obiettivi indicati”.*

*In relazione, in secondo luogo, alla questione della nuova finanza, il Tribunale, pur in assenza del placet da parte del ceto bancario, ha affermato che “l’oggetto della valutazione prevista dall’art. 112, co. 1 lett. f) CCII, correlata alla non irragionevolezza del piano predisposto dalla debitrice, esclude la necessità che quest’ultima dimostri che risultino già emesse, da parte delle banche interessate, le c.d. delibere di preaffidamento, la cui mancata allegazione è stata lamentata, sufficiente essendo che la concessione di credito si prospetti come non implausibile, conclusione quest’ultima che appare adeguatamente sorretta dalle considerazioni sopra esposte e che risultano rafforzate sia dalle previsioni della debitrice in tema di discontinuità e indipendenza della governance, sia dalla prospettata riduzione del fabbisogno di garanzie rispetto a quanto originariamente comunicato alle banche, il cui picco è allegato debba verificarsi nella fase terminale del periodo di piano”.*

*Quanto poi alla verifica “che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l’attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori”, osserva il Tribunale che la ricorrente “ha espressamente previsto sia un complessivo fabbisogno pari a Euro 250 milioni sotto forma di nuove linee di firma e/o controgaranzie essenziali per il rilascio della bondistica connessa all’esecuzione delle commesse in portafoglio, sia “l’introduzione di un meccanismo di incentivazione all’emissione di linee di firma basato sull’assegnazione di Warrant (emessi da Cimolai) in favore dei soggetti, creditori e non, che assumeranno, entro il termine di due mesi dall’omologa,*

*l'impegno a fornire le linee di firma bancarie (e/o relative controgaranzie) a supporto del raggiungimento degli obiettivi di Piano. L'eventualità di nuovi finanziamenti risulta quindi specificamente prevista nel piano ed è da ritenersi necessaria in ragione dell'oggetto dell'attività caratteristica d'impresa esercitata da Cimolai s.p.a. Non appaiono, da ultimo, riscontrabili elementi che inducano a ritenere che l'erogazione dei nuovi finanziamenti possa comportare una riduzione dell'attivo a disposizione dei creditori, risultando quindi positivamente conclusa anche la verifica del presupposto di cui alla lettera f) dell'art. 112, co. 1 CCII".*

*L'ultima verifica cui è chiamato il Tribunale "(da compiersi, secondo la tesi prevalente in dottrina e giurisprudenza, anche nel concordato in continuità) attiene alla fattibilità (art. 112, co. 1, lett g CCII). Si tratta di una valutazione, peraltro, che va condotta, come precisato dalla norma in esame, nei limiti della non "manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati", formula contenuta anche nell'art. 47, co. 1 lett. a) CCII con riferimento all'apertura del concordato preventivo liquidatorio. Si tratta quindi di una prognosi di realizzabilità dei risultati attesi indicati nel piano, da condursi – similmente a quanto previsto con riferimento al requisito di cui alla lettera f) dello stesso articolo 112-in termini di non irragionevolezza del loro verificarsi".*

*Quanto infine all'eccezione di inammissibilità della memoria di costituzione depositata da Unicredit, osserva il Tribunale che "l'art. 48, co. 2 CCII si limita a stabilire che il diritto di proporre opposizione spetti ai creditori dissenzienti e a "qualsiasi interessato", ma non esclude che, nel giudizio che si svolge in camera di consiglio e nel contraddittorio delle parti possano spiegare intervento, pur senza proporre opposizione, anche i creditori non dissenzienti, ove – si intende – alleghino un interesse giuridicamente qualificato e meritevole di tutela, a una "omologazione stabile", in quanto frutto di un rigoroso accertamento, da parte del Tribunale, delle condizioni di omologabilità del concordato preventivo".*

1. In data 20.10.2022 \* — società interamente controllata dalla \*, la quale detiene le 16.200.000 azioni rappresentative dell'intero capitale sociale — azienda italiana leader, anche sul mercato internazionale, nella progettazione, fornitura e montaggio di strutture complesse in acciaio, specializzata nell'esecuzione di ponti, viadotti, stadi, edifici civili e industriali, infrastrutture militari, travi saldate per le industrie e navali, paratoie in acciaio, tubi di grosso spessore e diametro e scafi per navi, presentava domanda prenotativa ai sensi dell'art. 44 CCII<sup>1</sup>, nella quale esponeva che nell'ambito dell'attività aziendale non erano emersi, almeno sino al 7 settembre 2022, particolari indizi o segnali di crisi, né condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-

---

<sup>1</sup> Analoga domanda prenotativa è stata presentata contestualmente dal socio unico.

finanziario che rendessero probabile la crisi o l'insolvenza, e che solo una volta accertati gli elementi di anomalia e irregolarità dell'operatività in contratti derivati su cambi, la società avrebbe preso cognizione della tensione finanziaria e del deficit patrimoniale legati al valore fortemente negativo dei predetti strumenti finanziari (per quanto si rappresentino sussistere plurimi profili di contestazione degli stessi).

Con decreto dd. 24.10.2022, il Tribunale concedeva il termine di giorni 60 per la presentazione della proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'articolo 39, comma 1 e 2, CCII, e, in accoglimento della richiesta di applicazione delle misure protettive, confermava il divieto — dalla data di iscrizione della domanda ex art. 44, comma 1, CCII, nel registro delle imprese — per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio della società o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa, per la durata di quattro mesi dall'iscrizione medesima.

Il predetto termine era prorogato, come richiesto, per ulteriori 60 giorni, con decreto dd. 19.12.2022.

In data 20.2.2023 \* depositava quindi la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo in continuità aziendale ex art. 40, comma 2, CCII unitamente al piano concordatario di cui all'art. 87 CCII, all'attestazione di cui al comma 3 del medesimo articolo e alla documentazione prevista dall'art. 39 CCII.

Con decreto dd. 22.3.2023 il Tribunale dichiarava l'apertura del concordato preventivo, nominando giudice delegato il dott. Daniele Venier e fissando il giorno 20.7.2023 quale data iniziale e il giorno 10.8.2023 quale data finale per l'espressione del voto dei creditori.

In data 2.5.2023 la società depositava un primo atto modificativo di piano e proposta di concordato, con cui rappresentava di voler procedere, in luogo del trasferimento a titolo oneroso del complesso aziendale in continuità a una società di nuova costituzione interamente controllata da \*, al conferimento del complesso aziendale ad una società per azioni di nuova costituzione il cui capitale sociale sarebbe stato detenuto interamente dalla società medesima. Con decreto dd. 12.5.2023 il giudice delegato disponeva che la ricorrente depositasse un'attestazione di professionista indipendente, con il contenuto previsto dal comma 3 dell'art. 87 CCII, in ordine ai profili oggetto della modifica e integrazione.

Seguiva, in data 31.5.2023, il deposito, da parte della ricorrente, di un aggiornamento del piano concordatario avente a oggetto i contenuti del primo atto modificativo, nonché dell'attestazione del professionista indipendente, \*, redatta ai sensi dell'art. 87, comma 3, CCII relativa ai profili oggetto di modifica.

In data 7.6.2023 il commissario giudiziale depositava la relazione particolareggiata ex art. 105, commi 1 e 2, CCII (corredata dei pareri dei coadiutori avv. \* e \* nominati su autorizzazione del giudice delegato).

In data 30.6.2023, e quindi entro il termine previsto dall'art. 105, comma 4, secondo periodo, CCII, era depositato il secondo e ultimo atto modificativo di piano e proposta di concordato<sup>2</sup>, con cui è stata prevista, in luogo del trasferimento dell'azienda a \* (a titolo oneroso ovvero mediante conferimento), la continuazione diretta dell'attività d'impresa in capo alla società debitrice.

In data 5.7.2023 il commissario giudiziale depositava la relazione integrativa ex art. 105, comma 5, CCII, avente anche funzione illustrativa della proposta definitiva del debitore ai sensi dell'art. 107, comma 3, CCII, corredata dell'aggiornamento dei pareri resi dai coadiutori;

Nel termine di dieci giorni prima della data iniziale stabilita per il voto, pervenivano osservazioni ai sensi dell'art. 107, comma 4, CCII dalla società debitrice, e dai seguenti creditori: [omissis]

In data 13.7.2023 il commissario giudiziale depositava la relazione definitiva ex art. 107, comma 6, CCII, che era comunicata in pari data ai creditori, al debitore ed agli altri interessati.

Con decreto ex art. 107, comma 7, CCII dd. 18.7.2023, il giudice accoglieva, per quanto di ragione, le osservazioni proposte da \*, disponeva che la ricorrente fornisse agli istituti finanziatori tutte le informazioni necessarie per la verifica dello stato di avanzamento lavori delle singole commesse sui cui i primi fossero esposti quali garanti; rigettava le rimanenti osservazioni pervenute dai creditori.

Svoltesi dal 20 luglio al 10 agosto 2023 le operazioni di voto con modalità telematica a mezzo posta elettronica certificata inviata al commissario giudiziale, quest'ultimo depositava la relazione prevista dall'art. 110, comma 1, CCII, dalla quale emergeva che la proposta di concordato era stata approvata dai creditori complessivamente titolari di un importo di crediti pari a Euro 470.595.789,82, che rappresentava la maggioranza (88,829%) dei crediti ammessi al voto (pari a Euro 529.775.709,6), e che risultavano aver votato favorevolmente 11 classi sulle 12 legittimate al voto, essendo stata raggiunta in ciascuna di esse la maggioranza dei crediti ammessi ad esprimerlo.

Con istanza dd. 14.8.2023 \* chiedeva che il Tribunale omologasse ai sensi dell'art. 112, comma 2, CCII il concordato preventivo.

Veniva quindi fissata udienza di comparizione delle parti e del commissario giudiziale al 12.9.2023, con assegnazione di termini per la presentazione delle eventuali opposizioni da parte dei creditori dissenzienti e di qualsiasi interessato, per il deposito del motivato parere da parte del commissario giudiziale, e per il deposito di memoria da parte della ricorrente.

---

<sup>2</sup> Accompagnato dal deposito di aggiornamento del piano, relazione di attestazione, perizia ex art. 84, co. 5, CCII a firma del dott. \*, e perizia ex art. 120-quater CUI a firma del \*

Entro il termine fissato non pervenivano opposizioni di sorta dai creditori;

depositava una memoria di costituzione con la quale, pur precisando di non opporsi all'omologazione, chiedeva che il Tribunale rinviasse l'udienza del 12.9.2023, al fine di consentire l'acquisizione di ulteriori elementi idonei a “riscontrare la presenza (e non già l'attuale difetto) del requisito della ragionevole prospettiva che il piano consenta di superare l'insolvenza” (pag. 8). Replicava \* eccependo — tra l'altro — la carenza di legittimazione ad agire e di interesse di \*, avendo la stessa espresso voto favorevole e non essendosi opposta all'omologazione.

Infine, all'esito dell'udienza del 12.9.2023 il giudice delegato si è riservato di riferire al Collegio.

2. Il quinto comma dell'art. 109 CCII prevede che «*il concordato in continuità aziendale è approvato se tutte le classi votano a favore*».

Come sopra evidenziato, l'unanimità non è stata raggiunta, avendo votato favorevolmente 11 delle 12 classi ammesse al voto.

Trova quindi applicazione l'art. 112, co. 2 CCII, richiamato — per il caso di non approvazione — dall'art. 109, co. 5 CCII, il quale dispone che, in caso di dissenso di una o più classi, il Tribunale, su richiesta del debitore, possa omologare il concordato se ricorrono congiuntamente le condizioni previste dalle lettere da a) a d), oltre a quelle — si intende — previste dal primo comma dello stesso articolo 112, dalla lettera a) alla lettera g).

3. Quanto a queste ultime, va innanzitutto verificata la «*regolarità della procedura*» (lett. a).

Dalla dettagliata esposizione contenuta nel primo paragrafo emerge come siano state rispettate le norme procedurali nelle fasi dalla presentazione della domanda all'omologazione. Peraltro, la genericità della formula «*regolarità della procedura*» (già contemplata dall'art. 180 legge fallimentare) induce a estendere l'accertamento alla sussistenza delle condizioni di ammissibilità già deliberate all'atto dell'apertura della procedura.

A tale riguardo, vanno confermate:

- la competenza per materia della Sezione Specializzata in materia di Impresa presso questo Tribunale ai sensi dell'art. 27, comma 1 CCII (secondo il quale “*Per i procedimenti di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza e le controversie che ne derivano relativi ai gruppi di imprese di rilevante dimensione<sup>3</sup> è competente il tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno*”

---

<sup>3</sup> A loro volta definiti come “gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettano i limiti numerici di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013”.

2003, n. 168), atteso che la ricorrente è una “impresa figlia”, interamente controllata dall’“impresa madre” \* società entrambe incluse nel bilancio consolidato e che rispettano — alla luce dei dati esposti nel ricorso introduttivo (pag. 21) e documentati (all. 4, 5 e 6 allo stesso ricorso) — i limiti numerici di cui all’articolo 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013;

- la competenza per territorio del Tribunale adito, quale “sede della sezione specializzata in materia di imprese ... individuato a norma dell’articolo 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, avuto riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali” (art. 27, comma 1 CCII), avendo la ricorrente offerto significativi e univoci elementi idonei a superare la presunzione (v. art. 27, comma 3, lett. e CCII) di identificazione tra sede legale (nella specie, \* e centro degli interessi principali della società, elementi costituiti dall’ubicazione in \* del centro effettivo di direzione, amministrazione e controllo della società (v., tra gli altri, sub all. 6 al ricorso introduttivo, verbale dell’assemblea dd. 4.8.2022 di approvazione del bilancio di esercizio 2021, tenutasi “presso gli Uffici Amministrativi, a \* ”, e relazione sulla gestione redatta dal Presidente del Consiglio di Amministrazione \* il 14.6.2022);

- il rispetto delle condizioni prescritte dall’art. 120 bis CCII in tema di approvazione e sottoscrizione della domanda;

- l’allegazione della documentazione di cui all’art. 39, comma 3 CCII;

- la documentata sussistenza sia del presupposto soggettivo per l’accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell’insolvenza (v. artt. 64 bis, 84 e 121 CCII), sia di uno stato di crisi ai sensi dell’art. 2, comma 1, lett. a), CCII.

4. Quanto, in secondo luogo, all’«esito della votazione» (lett. b dell’art. 112, co. 1 CCII), va dato atto che non è stato necessario, per il giudice delegato, adottare decisioni in ordine all’ammissione provvisoria dei creditori al voto; che quest’ultimo è stato preceduto da adeguata informazione ai creditori; che il calcolo dell’esito del voto comunicato dal commissario giudiziale è corretto; che non sono state segnalate dai creditori, né sono emerse questioni di sorta in relazione alla validità dei voti espressi.

5. In ordine alla «ammissibilità della proposta», il Tribunale è chiamato a verificare che non risultino violate norme imperative nelle modalità di soddisfazione dei creditori, e che sia assicurato a ciascuno di questi ultimi «un’utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile», ai sensi dell’art. 84, co. 3 CCII.

Al riguardo la valutazione non può che essere positiva, alla luce del dettagliato contenuto della proposta, di seguito riassunto sulla base dell’esposizione contenuta nella relazione ex art. 105 CCII del commissario giudiziale.

La proposta<sup>4</sup>, in esito alla seconda integrazione, prevede:

---

<sup>4</sup> Di cui la ricorrente ha riconosciuto (v. pag. 24 della seconda integrazione del piano e della proposta dd. 30.6.2023) carattere promissorio limitatamente:

- il pagamento integrale delle spese di procedura e dei debiti assunti per la gestione e prosecuzione della Società nell'ambito della procedura, e di tutte le altre passività in prededuzione (Euro 26.214.547);

- il pagamento dei debiti anteriori all'apertura del concorso, in forza delle autorizzazioni rilasciate ex art. 100 CCII (Euro 18.284.668);

- il pagamento integrale dei creditori assistiti da privilegio ex art. 2751 *bis* c.c., con le seguenti tempistiche: a. quanto alle passività verso dipendenti (cessati), per Euro 59.301 oltre ad Euro 57.464 per TFR, entro e non oltre il 30° giorno dalla data di definitiva omologa; b. quanto ai privilegi di cui all'art. 2751 *bis*, n. 2 e ss. c.c. per Euro 3.383.307, entro e non oltre il 180° giorno dalla data di definitiva omologa; c. quanto alla porzione del debito per IVA di rivalsa capiente per Euro 52.666, entro e non oltre il 180° giorno dalla data di definitiva omologa;

- il soddisfacimento integrale dei debiti verso Istituti di Previdenza (artt. 2753 e 2754 c.c.) per Euro 390.453 e dei debiti tributari capienti (art. 2752 c.c.) per Euro 2.456.448;

- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 1 (creditori ipotecari e \* capienti) per Euro 40.968.115 mediante rimborso integrale del debito secondo i termini e condizioni del relativo accordo di riscadenzamento ipotecari (nonché con previsione di voto ex art. 109, co. 5, CCI);

- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 2 (crediti \* e \* capienti) per Euro 4.292.296 (credito \*) ed Euro 75.894.004 (fondo \* mediante rimborso integrale del debito secondo i termini e condizioni del relativo accordo di riscadenzamento \* (nonché con previsione di voto ex art. 109, co. 5, CCI);

- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 3 (crediti \* e \* incapienti) per Euro 1.367.414 mediante (i) pagamento di complessivi Euro 273.483 (pari al 20% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del \* fino ad un ulteriore 15% dei crediti;

- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 4 (debiti tributari incapienti) per Euro 1.998.075 mediante (i) pagamento di complessivi euro 359.654 (pari al 18% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del \* fino ad un ulteriore 15% dei crediti;

- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 5 (debito per IVA di rivalsa) per Euro 3.407.621 mediante (i) pagamento di complessivi euro 579.296 (pari

---

- alla componente relativa ai pagamenti per cassa in favore dei creditori prededucibili e privilegiati soddisfatti nei termini di cui all'art. 109, comma 5, CCII

- ai pagamenti a favore dei creditori chirografari per le percentuali previste dalla Proposta  
- con riferimento alla classe 12, al pagamento in misura pari al 15% della porzione di credito (il 10%) non coperta dalle Garanzie

al 17% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del \* fino ad un ulteriore 15% dei crediti;

- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 6 (debiti per imposte, tasse e tributi di Comuni e Province) per Euro 448.754 mediante (i) pagamento di complessivi euro 71.801 (pari al 16% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del \* fino ad un ulteriore 15% dei crediti;

- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 7 (passività assistite da garanzia ipotecaria e/o privilegio speciale incapiente) per Euro 12.638.744 mediante (i) pagamento di complessivi euro 1.959.005 (pari al 15,5% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del \* fino ad un ulteriore 15% dei crediti;

- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 8 (fornitori chirografari) per Euro 53.363.542 mediante (i) pagamento di complessivi euro 8.004.531 (pari al 15% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del \* fino ad un ulteriore 15% dei crediti;

- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 9 (imprese minori) per Euro 64.078 mediante (i) pagamento di complessivi Euro 9.612 (pari al 15% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del \* fino ad un ulteriore 15% dei crediti;

- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 10 (passività finanziarie verso istituti di credito) per Euro 292.107.586 mediante (i) pagamento di complessivi Euro 43.816.138 (pari al 15% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del \* fino ad un ulteriore 15% dei crediti (con previsione di sterilizzazione del voto del creditore contestato \*)

- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 11 (crediti *intercompany* di natura commerciale e debiti verso amministratori) per Euro 3.135.839 ed Euro 283.871 (congiuntamente euro 3.419.710) mediante (i) pagamento di complessivi euro 512.956 (pari al 15% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del \* fino ad un ulteriore 15% dei crediti;

- classe 12 (istituti finanziatori assistiti da garanzia Italia), per Euro 134.630.846, da soddisfarsi mediante (i) pagamento del 15% dei crediti entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del \* fino ad un ulteriore 15% dei crediti.

Sono stati altresì analiticamente indicati (ed esposti alle pagine 114-116 della relazione ex art. 105 CCII, cui si rinvia) i tempi di esecuzione della Proposta, che la ricorrente ha precisato essere “*meramente indicative e non vincolanti*”.

6. «*La corretta formazione delle classi*» (lett. d dell'art. 112 CCII) e «*la parità di trattamento dei creditori all'interno di ciascuna classe*» (successiva lett. e) vanno esaminate congiuntamente.

La valutazione del Tribunale attiene non al merito delle scelte del debitore nel configurare una determinata classe, ma al rispetto dei principi che sovrintendono al

classamento dei creditori, relativi all'omogeneità della posizione giuridica e di interessi economici (art. 2, lett. r, CCII).

L'omogeneità della posizione giuridica *“riguarda la natura oggettiva del credito e concerne le qualità intrinseche delle pretese creditorie, tenendo conto dei loro tratti giuridici caratterizzanti, del carattere chirografario o privilegiato, della eventuale esistenza di contestazioni nella misura o nella qualità del credito, della presenza di un eventuale titolo esecutivo provvisorio”* (Cass., ord. n. 9378/2018).

La pronuncia della Cassazione ora citata prosegue rilevando che *“L'omogeneità degli interessi economici, essendo un criterio volto a garantire sul piano sostanziale la par conditio, ha riguardo alla fonte e alla tipologia socio-economica del credito ... e al peculiare tornaconto vantato dal suo titolare (in ragione ad esempio dell'entità del credito rispetto all'indebitamento complessivo, della presenza di coobbligati o dell'eventuale interesse a proseguire il rapporto con l'imprenditore in crisi), al fine di garantire secondo canoni di ragionevolezza una maggiore adeguatezza distributiva in presenza di condizioni di omogeneità di posizione”*.

Il classamento indicato dalla debitrice, la quale ha distinto e raggruppato i creditori privilegiati, prelatizi e chirografari secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, appare rispettoso di entrambi i parametri, considerato che — come peraltro evidenziato dal commissario giudiziale nella relazione ex art. 105 CCII — i creditori prelatizi sono stati inseriti in apposita classe per la porzione non capiente dei rispettivi crediti (classi da 3 a 7), in conformità a quanto previsto dagli artt. 85, co. 2 e 3, e 109, co. 5, CCII; i creditori per finanziamenti \* già inseriti nella classe 7, sono stati inseriti nelle classi 2 e 3, per le rispettive quote di credito \* capiente e non; le imprese minori, creditrici chirografarie in forza di rapporti di fornitura di beni e servizi, sono state inserite in apposita classe (classe 9) come previsto dall'art. 85, co. 3, CCII; la classe 12 (istituti finanziatori assistiti da Garanzia Italia) è stata introdotta per dare evidenza, ai sensi dell'art. 85, co. 2, CCII, della presenza di creditori titolari di garanzie prestate da terzi.

7. La lettera f) dell'art. 112, co. 1 CCII dispone che, in caso di concordato in continuità aziendale, il Tribunale debba verificare — tra l'altro — *«che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza e che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori»*.

7.1 Al riguardo, \* ha depositato in data 1.9.2023 una *“memoria di costituzione nel giudizio di omologazione”* con la quale, pur rilevando di *“non opporsi all'omologa del concordato preventivo”* (pag. 7), ha rappresentato una serie di circostanze tali da influire sulla valutazione del Tribunale, chiedendo un rinvio dell'udienza di omologazione *“affinché venga acquisita alla procedura di concordato la possibilità di riscontrare la presenza (e non già l'attuale difetto) del requisito della ragionevole prospettiva che il piano consenta di superare l'insolvenza qualora \* non provveda entro la predetta udienza a implementare con adeguata documentazione gli elementi*

sulla base dei quali il Tribunale possa pronunciarsi sulla ricorrenza di tutte le condizioni di cui all'art. 112 CCII” (pag. 8).

In particolare, la creditrice ha evidenziato la persistente incertezza relativa al reperimento, da parte di \*, della nuova finanza sotto forma di garanzie, necessaria per sostenere la prosecuzione dell'attività di impresa, tenuto anche conto della rilevanza che assumono le auspiccate modifiche dell'attuale governante della debitrice — con “*il rafforzamento delle deleghe gestorie in capo al nuovo amministratore delegato e alla presenza di due amministratori non esecutivi indipendenti di gradimento delle Banche*” (pag. 2 delle note di udienza del 12.9.2023, depositate telematicamente) — sull'avvio, da parte delle banche stesse, di qualsiasi attività istruttoria del credito, allo stato non documentata.

\* ha eccepito la carenza di legittimazione ad agire della creditrice, avendo la stessa espresso voto favorevole all'omologazione, e non rivestendo quindi la qualità di creditore dissenziente abilitato come tale a intervenire ai sensi dell'art. 48, co. 2 CCII, né ricorrendo la fattispecie prevista dall'art. 110, co. 3 CCII, costituita dal sopravvenire di mutamenti delle condizioni di fattibilità del piano, che fonda il diritto dei creditori tutti a costituirsi in giudizio.

Ulteriormente, la debitrice ha eccepito la carenza di interesse ad agire di \*, non avendo la stessa allegato alcuna lesione di un proprio interesse, né il perseguimento di un vantaggio da ottenersi attraverso l'accoglimento delle proprie richieste, ma essendosi limitata a denunciare una situazione procedimentale asseritamente irregolare e a sollecitare il Tribunale a compiere “*il proprio dovere istituzionale*” (memoria di replica dd. 8.9.2023, pag. 6) verificando la sussistenza dei presupposti per l'omologazione.

Ferme le difese pregiudiziali che precedono, \* ha altresì replicato nel merito, deducendo il ricorrere dei requisiti di cui alla lettera O dell'art. 112, co. 1 CCII anche in relazione alla c.d. nuova finanza.

7.2 Va preliminarmente disattesa l'eccezione di inammissibilità della memoria di costituzione depositata da \*

E, invero, l'art. 48, co. 2 CCII si limita a stabilire che il diritto di proporre opposizione spetta ai creditori dissenzienti e a «*qualsiasi interessato*», ma non esclude che, nel giudizio che si svolge in camera di consiglio e nel contraddittorio delle parti possano spiegare intervento, pur senza proporre opposizione, anche i creditori non dissenzienti, ove — si intende — alleghino un interesse giuridicamente qualificato e meritevole di tutela, quale quello fatto valere nella specie da \*, a una “*omologazione stabile*” (pag. 2 delle note d'udienza del 12.9.2023), in quanto frutto di un rigorosa accertamento, da parte del Tribunale, delle condizioni di omologabilità del concordato preventivo.

7.3 Nel merito, il Collegio è tenuto in primo luogo a verificare che «*il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza*».

La formulazione, in negativo, della disposizione normativa rende evidente che oggetto d'esame non è l'accertamento dell'idoneità del piano a regolare la crisi, ma la non implausibilità dello stesso a consentire il risanamento dell'impresa. Il piano predisposto dal debitore, e attestato dal professionista indipendente nella relazione prevista dal terzo comma dell'art. 87 CCII, deve risultare non *prima facie* inadeguato, non evidentemente inadatto a consentire il raggiungimento degli obiettivi indicati.

Ciò premesso, il piano — nella seconda e definitiva versione sottoposta al voto dei creditori — prevede, così come riassunto dal Commissario Giudiziale nella relazione ex art. 105 CCII (pagg. 11-112):

«(i) la prosecuzione dell'attività aziendale sull'attuale perimetro, in forma diretta, senza alcun trasferimento a terzi e/o ipotesi di continuità cd. "indiretta" relativamente al *business* operativo;

(ii) la soddisfazione dell'onere concordatario da parte della Società a mezzo dei flussi ritraibili dalla continuità aziendale "diretta", in uno alle ulteriori fonti già previste a Piano «(inclusa l'assegnazione degli \* nei medesimi termini già descritti nel Ricorso, nel Piano e nella Proposta)»;

(iii) l'implementazione di una nuova struttura di *governance* societaria a presidio tanto dell'esecuzione del Piano e della Proposta, quanto dei creditori concordatari e dei soggetti che forniranno le linee di firma a sostegno del Piano medesimo;

(iv) la previsione di impegni di informativa periodica sullo stato di avanzamento del Piano e della Proposta;

(v) l'esecuzione da parte dell \* di un aumento di capitale a servizio del Piano per un importo non inferiore ad euro 5.400.000,00, da effettuarsi per il tramite della società controllante \*, ovvero altra società al medesimo riconducibile;

(vi) la distribuzione: (i) del valore di liquidazione secondo la cd. *absolute priority rule*; e (ii) del valore eccedente quello di liquidazione secondo la cd. *relative priority rule*;

in uno agli elementi già previsti dal Piano, relativi a:

(vii) l'assegnazione alla Società, in esecuzione della proposta concordataria del Socio, di uno strumento finanziario partecipativo di patrimonio che consentirebbe — in caso di esito positivo del contenzioso pendente nei confronti dell'intermediario — di ritrarre ulteriori flussi da destinare alla soddisfazione dei creditori chirografari;

(viii) la dismissione dei beni non strumentali alla continuità aziendale da parte della Società per complessivi euro 47.484.000 ed in particolare:

- partecipazione in \*, per euro 32.611.000 (comprensivi dell'incasso del credito verso la controllata pari ad euro 9.479.970);

- terreni e fabbricati siti in \* per euro 7.015.059;

- terreni e fabbricati siti in \* per euro 7.858.142;

(ix) il mantenimento dei livelli occupazionali (ricordando come, alla data del 31 gennaio 2023, la Società impiegasse 785 lavoratori dipendenti);

(x) il mantenimento dei rapporti commerciali con i fornitori strategici;

(xi) il consolidamento degli investimenti effettuati dal Gruppo».

La non irrealizzabilità, dal punto di vista tecnico, di tali linee guida è stata in primo luogo positivamente vagliata dal professionista attestatore, \*, il quale — con un giudizio esaustivamente motivato — ha osservato (v, relazione ex art. 87, co. 3 CCII, all. 54 al piano depositato il 30.6.2023) che *“In considerazione delle analisi svolte sul portafoglio ordini della Società al 19.10.2022 e sulle ipotesi in ordine alle nuove acquisizioni, si ritiene possibile concludere che il Piano si fondi su assunzioni sostanzialmente ragionevoli”* (pag. 38), rilevando che il \* è *“atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale”*. (pag. 125).

La coerenza del piano rispetto agli obiettivi prefissati è stata, in secondo luogo, confermata dal commissario giudiziale nella relazione di cui all'art. 105, co. 5 CCII, nella quale è stato evidenziato — in esito ad approfondite verifiche degli aspetti industriali e finanziari del piano, supportate dai contributi tecnici forniti dai coadiutori \* — come *“il piano di concordato preventivo in continuità aziendale non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza”* (pag. 156), conclusione ribadita nel motivato parere ex art. 48, co. 2 CCII favorevole all'omologazione, nel quale è stato dato atto del non sopravvenire di *“circostanze nuove o diverse idonee a determinare modifiche alle conclusioni favorevoli raggiunte nell'ambito delle proprie precedenti relazioni di cui agli arti. 105 e 107 CCI”* (pag. 14).

7.4 Quanto alle criticità lamentate da \*, poste a fondamento della richiesta di rinvio dell'udienza di comparizione delle parti e costituite da un lato dalle modifiche sostanziali all'attuale *governance* di \* *“nell'ottica della massima discontinuità e indipendenza degli organi gestionali”* (pag. 3 della memoria di costituzione), e dall'altro dalla carenza di elementi certi relativamente alla concessione della c.d. nuova finanza necessaria all'esecuzione della proposta concordataria, si ribadisce che la valutazione in merito da parte del Tribunale va condotta sulla base del criterio previsto dalla lettera f) dell'art. 112, co. 1 CCII, e quindi della non irragionevolezza dello scenario prospettato dalla società debitrice ai fini del superamento dell'insolvenza.

Al riguardo, nel parere ex art. 48, co. 2 CCII il commissario giudiziale ha elencato gli elementi sopravvenuti, allegati dalla debitrice, che offrono adeguato riscontro agli aspetti problematici sollevati dalla banca creditrice.

In particolare, quanto alla *governance*, \* ha rilevato di avere previsto sia l'integrazione dell'organo amministrativo mediante l'inserimento di tre nuovi consiglieri indipendenti graditi agli istituti finanziari, con la conseguenza che la maggioranza dell'organo, composto da 5 membri, già sarebbe risultata di espressione esterna alla proprietà, sia l'assegnazione a uno di essi della delega al presidio delle

funzioni amministrative e di controllo, e di essere disponibile ad apportare un'ulteriore limitazione alla delega tecnica da assegnare all'attuale presidente, prevedendo che le commesse di importo superiore ad un limite da concordare con gli istituti di credito (o aventi una marginalità inferiore ad una data percentuale) siano oggetto di delibera collegiale.

In relazione, in secondo luogo, alla nuova finanza, l'oggetto della valutazione prevista dall'art. 112, co. 1 lett. f) CCII, correlata alla non irragionevolezza del piano predisposto dalla debitrice, esclude la necessità che quest'ultima dimostri che risultino già emesse, da parte delle banche interessate, le c.d. delibere di preaffidamento, la cui mancata allegazione è stata lamentata da \*, sufficiente essendo che la concessione di credito si prospetti come non implausibile, conclusione quest'ultima che appare adeguatamente sorretta dalle considerazioni sopra esposte al paragrafo 7.3, e che risultano rafforzate sia dalle previsioni della debitrice in tema di discontinuità e indipendenza della *governance*, sia dalla prospettata riduzione del fabbisogno di garanzie rispetto a quanto originariamente comunicato alle banche, il cui picco è allegato debba verificarsi nella fase terminale del periodo di piano.

7.5 In ordine, infine, alla verifica *«che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori»*, osserva il Collegio che la ricorrente ha espressamente previsto (v. pag. 34 del secondo aggiornamento del piano) sia un complessivo fabbisogno pari a Euro 250 milioni sotto forma di nuove linee di firma e/o controgaranzie essenziali per il rilascio della bondistica connessa all'esecuzione delle commesse in portafoglio, sia *“l'introduzione di un meccanismo di incentivazione all'emissione di linee di firma basato sull'assegnazione di Warrant (emessi da \* in favore dei soggetti, creditori e non, che assumeranno, entro il termine di 2 mesi dall'omologa, l'impegno a fornire le linee di firma bancarie (e/o relative controgaranzie) a supporto del raggiungimento degli obiettivi di Piano. La richiesta di nuove linee di firma (e/o relative controgaranzie) a supporto del Piano, pari a Euro 250 milioni, sarà rivolta ai soggetti abilitati, con diritto di prelazione (right to match) a favore dei soggetti — della medesima qualifica — che siano già creditori concordatari di \* ”*

L'eventualità di nuovi finanziamenti risulta quindi specificamente prevista nel piano ed è da ritenersi necessaria in ragione dell'oggetto dell'attività caratteristica d'impresa esercitata da \* nell'ambito della quale l'acquisizione di nuove commesse è spesso subordinata alla prestazione di garanzie in favore della parte committente.

Non appaiono, da ultimo, riscontrabili elementi che inducano a ritenere che l'erogazione dei nuovi finanziamenti — prededucibili ai sensi dell'art. 101, co. 1 CCII e funzionali a supportare la continuazione dell'attività aziendale, volta al risanamento dell'impresa — possa comportare una riduzione dell'attivo a disposizione dei creditori, risultando quindi positivamente conclusa anche la verifica del presupposto di cui alla lettera f) dell'art. 112, co. 1 CCII.

8. L'ultima verifica cui è chiamato il Tribunale (da compiersi, secondo la tesi prevalente in dottrina e giurisprudenza, anche nel concordato in continuità) attiene alla fattibilità (art. 112, co. 1, lett. g CCII).

Si tratta di una valutazione, peraltro, che va condotta, come precisato dalla norma in esame, nei limiti della «*non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati*», formula contenuta anche nell'art. 47, co. 1 lett. a) CCII con riferimento all'apertura del concordato preventivo liquidatorio.

Si tratta quindi di una prognosi di realizzabilità dei risultati attesi indicati nel piano, da condursi — similmente a quanto previsto con riferimento al requisito di cui alla lettera f) dello stesso articolo 112 — in termini di non irragionevolezza del loro verificarsi.

E, al riguardo, utili elementi a riscontro della sussistenza del requisito sono forniti dalla relazione dell'attestatore del professionista indipendente ex art. 87, co. 3 CCII che — in esito a una approfondita analisi estesa alla stima e alla ragionevolezza dei flussi attesi dalla prosecuzione diretta dell'attività d'impresa, alla stima del previsto valore di realizzo dei beni non strumentali, alla capacità prospettica dell' \* di operare il previsto aumento di capitale sociale, e agli elementi di convenienza (o di trattamento non deteriore) per i creditori della procedura concordataria rispetto alla liquidazione giudiziale — ha motivatamente concluso per la realizzabilità, con i limiti connotati da un giudizio prognostico, degli obiettivi prefissati.

9. Come già osservato, il dissenso di una delle classi subordina l'omologa anche alla sussistenza delle condizioni previste dal secondo comma, lettere a), b), c), d) dell'art. 112 CCII.

9.1 Secondo la lettera a) dell'art. 112, co. 2 CCII, «*il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione*».

Come osservato nel parere redatto dal commissario giudiziale ex art. 48, co. 2 CCII, del valore di liquidazione, pari a Euro 179.904.000, è stata prevista nel piano (v. pag. 17) la distribuzione secondo la cd. *absolute priority rule* e dunque nel rispetto delle cause legittime di prelazione.

Con particolare riferimento alla richiesta del Comitato di gestione del \* di collocazione in via privilegiata del credito residuo di Euro 1.367.414, degradato in via chirografaria per incapienza e collocato nella classe 3, si osserva che il giudice delegato, con decreto del 18.7.2023, ha affermato la natura mobiliare del privilegio in questione e la limitazione del privilegio stesso ai soli beni specificamente individuati dalla debitrice. In ogni caso, per l'ipotesi di una diversa graduazione del credito, la ricorrente ha previsto nel piano la costituzione del fondo generico privilegiato, idonea a evitare i rischi derivanti da una eventuale contestazione della graduazione dei crediti proposta.

9.2 La seconda condizione che deve ricorrere è che «*il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti*

*ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando quanto previsto dall'articolo 84, comma 7».*

Soccorre anche in tale caso il parere del commissario giudiziale, che ha evidenziato che il valore eccedente è stato specificamente quantificato dalla debitrice in complessivi Euro 65.518.086, di cui è prevista la distribuzione secondo la cd. *relative priority rule* e dunque prevedendosi che i crediti inseriti in una classe riceveranno complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore.

Quanto al trattamento previsto per i crediti inclusi nella classe risultata dissenziente (classe 4 — debiti tributari — art. 2752 C.C. (IVA) incapienti), agli stessi la debitrice ha proposto il soddisfacimento mediante pagamento di complessivi Euro 359.654 (pari al 18% dei crediti) entro il 31.12.2025, e attribuzione del \* fino ad un ulteriore 15% dei crediti, trattamento che, nella sua componente di natura promissoria, risulta da un lato inferiore a quello della classe chirografaria di grado poziore (il 20% offerto ai creditori inseriti nella classe 3 — crediti \* incapienti), e dall'altro più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore (17% offerto ai creditori inseriti nella classe 5 — (debito per IVA di rivalsa), risultando quindi integrata anche la condizione di cui alla lettera b) dell'art. 112, co. 2 CCII.

9.3 Ricorre anche la condizione di cui alla lettera c), considerato che *«nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito».*

9.4 Infine, posto che, come si ricava dalla relazione del commissario giudiziale sull'esito delle operazioni di voto, la proposta della società è stata approvata dalla maggioranza delle classi (11 su 12), due delle quali formate da creditori prelazionari non soddisfatti entro 180 giorni integralmente ed in denaro (classi 1 e 2) e quattro da creditori originariamente prelazionari e degradati per incapacienza (classi da 3 a 7 con l'esclusione della classe 4), è integrata anche la condizione di cui alla lettera d) del comma 2 dell'art. 112 CCII, costituita dal fatto che *«la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione».*

10. Il dissenso di una delle classi impone al Tribunale anche il vaglio di cui all'art. 120 quater CCII, che prevede che il concordato può essere omologato se *«il trattamento proposto a ciascuna delle classi dissenzienti sarebbe almeno altrettanto favorevole rispetto a quello proposto alle classi del medesimo rango e più favorevole di quello proposto alle classi di rango inferiore, anche se a tali classi venisse destinato il valore complessivamente riservato ai soci».*

Ricorre tale condizione, posto che l'assunto della debitrice, secondo cui nessun valore risulterebbe complessivamente riservato ai soci (il cui trattamento sarebbe quindi deteriore rispetto a quello proposto alla classe 4 dissenziente), è stato confermato dalla revisione effettuata dal coadiutore del commissario giudiziale, \*, il quale ha

ritenuto — analizzato l'elaborato del \* allegato dalla società relativo alla verifica del presupposto di cui all'art. 120 *quater* CCII — che «*l'equity value residuo assume valore prossimo allo zero*», non sussistendo dunque alcun valore riservato ai soci di •

11. Sussistendone dunque tutti i presupposti, viene omologato il concordato preventivo di \*

P.Q.M.

1) OMOLOGA il concordato preventivo di \*, con sede legale in \* e sede effettiva in \*, codice fiscale e numero di iscrizione presso il Registro delle Imprese di \*, Partita IVA

2) dispone che il legale rappresentante della società ricorrente amministri quest'ultima secondo quanto previsto dal piano che sostiene la proposta e che viene omologato con essa, sotto la sorveglianza continuativa del commissario giudiziale;

3) dispone che il commissario giudiziale:

a. sorvegli l'adempimento delle obbligazioni concordatarie e riferisca al giudice delegato ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori, ivi compresi ingiustificati ritardi nelle operazioni; per tali fini il commissario giudiziale è autorizzato a effettuare ogni più opportuno controllo sull'attività inerente alla continuazione diretta dell'attività di impresa, con facoltà di accesso alla contabilità e ai libri sociali della ricorrente;

b. rediga ogni sei mesi, successivi alla presentazione della relazione di cui all'art. 105, co. 1 CCII, un rapporto riepilogativo delle attività svolte e delle informazioni raccolte, accompagnato dal conto della gestione e dagli estratti del conto bancario o postale della procedura e lo trasmetta ai creditori. Conclusa l'esecuzione del concordato, depositerà un rapporto riepilogativo finale redatto in conformità a quanto previsto dall'art. 130, co. 9 CCII;

ai fini del miglior assolvimento degli obblighi informativi di cui sopra, il commissario giudiziale è facoltizzato a:

- compiere atti di ispezione e controllo, anche, e con particolare riguardo, ai libri sociali ed alle scritture contabili;

- assistere alle sedute degli organi sociali;

- chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari;

- scambiare informazioni con gli organi sociali e di controllo delle società controllate in merito all'andamento generale dell'attività sociale;

c. informi, in caso di rilevanti inadempimenti, i creditori ai fini dell'eventuale iniziativa da adottare ai sensi degli artt. 119 e 120 CCII;

4) dispone che alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere in esecuzione del concordato si applichino le disposizioni sulle vendite nella liquidazione giudiziale in quanto compatibili;

5) resta riservato al giudice delegato il potere di assumere ogni altro opportuno provvedimento e di autorizzare ogni ulteriore e diversa attività non espressamente prevista nei punti precedenti, che si rivelasse necessaria nella fase di attuazione del concordato;

6) dispone che la presente sentenza sia notificata alla Società e al P.M. e sia trasmessa per estratto per l'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese di Roma e di Trieste.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del 15/09/2023

Il Giudice estensore  
dott. Daniele Venier

Il Presidente  
dott. Arturo Picciotto

## **L'omologazione della domanda ex art. 112, c. 2, CCII: prime applicazioni**

Tribunale di Lucca, 25 luglio 2023. Pres. Giuntoli. Rel. Capozzi.

*Con questa interessante pronuncia i giudici lucchesi affermano che, ai fini della verifica della non deteriorità della soluzione concordataria rispetto alla liquidazione giudiziale, la comparazione deve avvenire sempre rispetto al valore di cessione unitaria dell'azienda e non con riguardo a quello "atomistico" dei beni, a meno che non siano illustrate e attestate "in maniera analitica e completa le ragioni dell'impossibilità di cedere l'azienda nel suo complesso o per singoli rami".*

*Quanto al c.d. plusvalore da continuità, il Tribunale ritiene "consustanziale alla continuità diretta che l'imprenditore possa far propri i flussi di cassa eccedentari".*

### *I principali passaggi procedurali.*

I.- La società \* SpA (infra, anche debitore o proponente) è una società che opera nel settore del commercio di autoveicoli nuovi ed usati, derivati industriali, parti di ricambio, accessori, autoradio, olii minerali e lubrificanti, pneumatici in genere; svolge, inoltre, attività di rappresentanza e assunzione di contratti di commissione e di concessione per conto di ditte produttrici finalizzati alla gestione di officine di riparazione e rimessaggio, nonché l'attività di trasporto per conto terzi dei beni di cui sopra. In particolare, la società esercita l'attività di commercio di autoveicoli nuovi e usati e service sotto forma di concessionario FCA Auto (ora Stellantis) per i marchi Fiat, Lancia e Abarth e, attraverso la controllata \* Srl, commercializza le autovetture a marchio Mazda (dal 2017).

La debitrice ha presentato domanda di concordato preventivo sull'assunto di essere in crisi (se non in stato d'insolvenza), crisi causata (in sintesi) dai seguenti fattori:

(a) il settore automobilistico, a causa della crisi innescata, dapprima, dalla pandemia Covid-19 e, poi, dalla guerra Russia-Ucraina, aveva subito nell'anno 2020 un drammatico calo di immatricolazioni, pari al 35%, rispetto all'anno 2019;

(b) tale trend negativo era continuato nell'anno 2021 e anche nei primi mesi del 2022, anche conseguenza delle note difficoltà del gruppo Stellantis (come di altri gruppi automobilistici) di procurarsi i microchips necessari per la produzione delle autovetture con dipendente allungamento dei tempi di consegna;

(c) ciò si era tradotto in un calo della quota di mercato del gruppo di cui essa era concessionaria anche per l'anno 2021 (v. tabelle pag. 6-7 del ricorso ex art. 44, co.1 lett. a) e, quanto specificamente ad esso operatore, in un calo del fatturato rispetto al

periodo pre-covid: nell'anno 2019 il fatturato era stato di euro 25.392.759; nell'anno 2020 di euro 19.693.018; nell'anno 2021 di euro 21.946.759 e nell'anno 2022 (sino al mese di maggio incluso) di euro 6.288.480, dato quest'ultimo che evidenziava un trend negativo prospettico per l'intero anno;

(d) la crisi era tale che non aveva versato l'IVA a debito per il primo trimestre 2022 (pari ad euro 135.000,00), tanto che il Collegio Sindacale era stato destinatario di segnalazione effettuata dall'Agenzia delle Entrate e Riscossione a mezzo PEC ex art. 30-sexies del Decreto Legge n. 152/2021, recepito nell'articolo 25-novies del CCII, in relazione all'omesso versamento del predetto debito IVA;

(e) il capitale sociale era andato interamente perduto alla data del 31.12.2021.

Per superare la crisi la debitrice ha depositato un piano di concordato in continuità aziendale diretta, targato su un orizzonte temporale di n.60, basato su una ristrutturazione dei debiti e una riduzione della propria organizzazione produttiva.

È previsto in sintesi:

(i) la prosecuzione dell'attività di impresa ex artt. 84, co. 2°, 6° nonché 87 lett. f) CCII, con ricapitalizzazione del capitale sociale, allo stato interamente perduto, subordinatamente all'omologa definitiva del concordato preventivo, per effetto delle sopravvenienze attive generate ai sensi dell'art. 117, co. 1, CCII e degli apporti finanziari del socio (per euro 200.000,00);

(ii) la dismissione del complesso edilizio sito in Barga, Via Roma n. 10/A per una superficie di mq 2.103, ritenuto non più funzionale a detta continuità (si tratta dell'immobile dove è posta la sede legale e l'unità produttiva storica), con concentrazione dell'attività produttiva sull'unità (locale) di Lucca.

La proposta, come integrata con l'atto depositato in data 9.5.2023, in punto di classamento dei creditori bancari assistiti da garanzia pubblica, prevede, alla stregua dei principi di cui alla Absolute Priority Rule (nel prosieguo anche "APR"):

a) l'integrale pagamento di tutti i creditori prededuttivi e dei privilegiati generali ex art. 2751-bis n. 1 c.c. con cui è cessato il rapporto di lavoro dipendente, che verranno pagati, ex art. 109, co. 5 CCII, entro e non oltre 30 gg. dall'omologa, per l'importo di €. 166.466,72;

b) il pagamento integrale degli altri creditori privilegiati ante primo grado ex art. 2751-bis c.c., suddivisi in apposite classi di creditori interessati:

(i) Classe I, composta dai Creditori ex art. 2751-bis n. 1 c.c. che proseguiranno il rapporto di lavoro dipendente senza soluzione di continuità: € 725.519,62. Termini di pagamento: la soddisfazione avviene attraverso la prosecuzione del rapporto di lavoro con mantenimento delle medesime qualifiche e aspettativa ad incassare il TFR maturato (e maturando) all'esigibilità del credito (ovvero cessazione del rapporto di lavoro). È previsto il pagamento degli interessi e la rivalutazione, nella misura spettante per legge o per contratto;

(ii) Classe II, composta dai Creditori ex art. 2751-bis n. 2 c.c., per € 46.489,99, oltre la quota parte del 25% del compenso dei professionisti “funzionali” ex art.6 CCII per € 81.380,00, per complessivi € 127.869,99. Termini di pagamento: la soddisfazione avviene attraverso il pagamento in denaro entro e non oltre 365 gg dal dies a quo (omologa). È previsto il pagamento degli interessi, nella misura spettante per legge o per contratto;

(iii) Classe III, composta dai Creditori ex art. 2751-bis n. 5 c.c., per complessivi € 42.830,92. Termini di pagamento: la soddisfazione avviene attraverso il pagamento in denaro entro e non oltre 365 gg dal dies a quo. È previsto il pagamento degli interessi, nella misura spettante per legge o per contratto;

c) la proposta prevede altresì il pagamento degli altri creditori, interessati dalla domanda e soddisfatti anche sul valore eccedente quello di liquidazione alla stregua dei canoni distributivi della Relative Priority Rule (nel prosieguo anche “RPR”), mediante suddivisione in altre sei classi votanti:

(iv) Classe IV, composta dai Creditori indicati e soddisfatti alla stregua dell’iter procedimentale di cui all’art. 88 CCII (per contributi previdenziali ex artt. 2753 e 2754 c.c. – INPS e INAIL –; per tributi Irpef, IVA, Ires ed altro ex art. 2752 co. 1 e 3 e 2758 co. 1 c.c. – Agenzia Entrate – e per aggi, sanzioni e interessi – Agenzia Entrate Riscossione) ai quali viene assicurato un soddisfacimento in denaro pari al 19% del credito complessivamente vantato pari ad 638.006,36, quindi per € 121.221,21. Termini di pagamento: la soddisfazione avviene attraverso il pagamento in denaro in 8 ratei semestrali posticipati, di pari importo e proporzionalmente al credito, decorrenti dalla scadenza del dodicesimo mese dal dies a quo;

(v) Classe V: composta dai Creditori “strategici” concedenti – FCA Bank, FCA Italy e Stellantis (Gruppo FIAT SpA) – che proseguiranno il rapporto commerciale e di finanziamento senza soluzione di continuità e che, in ragione del patto di riservato dominio, risultante dal contratto di concessione e dalle fatture, vengono integralmente soddisfatti per l'importo di € 989.935,13; per la parte di credito non garantita, pari ad € 989.386,57, viene prevista una soddisfazione in percentuale pari al 13%, quindi per € 128.620,25;

(vi) Classe VI: composta dai creditori chirografari sottosoglia ovvero le imprese minori ex art. 2 lett. d) CCII (anche per la relativa iva di rivalsa degradata per incapacienza), ai quali viene assicurato un pagamento in percentuale pari al 13% a fronte d'un credito complessivo di € 7.761,62 e quindi per € 1.009,01. Termini di pagamento: la soddisfazione avviene attraverso il pagamento in denaro in 8 ratei semestrali posticipati, di pari importo e proporzionalmente al credito, decorrenti dalla scadenza del dodicesimo mese dal dies a quo;

(vii) Classe VII: composta dai fornitori chirografari e dai crediti degradati per l’incapienza del privilegio iva di rivalsa ex art. 2758 co. 2 c.c. ai quali viene assicurato un soddisfacimento in denaro pari al 9% del credito complessivamente vantato pari ad € 339.478,54 e quindi per € 30.553,07. Termini di pagamento: la soddisfazione avviene attraverso il pagamento in denaro in 8 ratei semestrali posticipati, di pari importo e

proporzionalmente al credito, decorrenti dalla scadenza del dodicesimo mese dal dies a quo;

(viii) Classe VIII: composta da creditori chirografari bancari non assistiti da garanzia statale né da garanzia rilasciata da terzi, ai quali viene assicurato un pagamento in percentuale pari al 6,5% a fronte d'un credito complessivo di € 1.324.825,00 e, quindi, per € 86.113,63. Termini di pagamento: la soddisfazione avviene attraverso il pagamento in denaro in 8 ratei semestrali posticipati, di pari importo e proporzionalmente al credito, decorrenti dalla scadenza del dodicesimo mese dal dies a quo;

(ix) Classe IX: composta da creditori chirografari bancari assistiti da garanzia statale, ai quali, fermo restando il fondo rischi MCC (per cui infra), viene prospettato un pagamento in percentuale pari al 3,57% a fronte d'un credito complessivo di Euro 3.079.596,05 e quindi per Euro 109.831,00. Termini di pagamento: la soddisfazione avviene attraverso il pagamento in denaro in 8 ratei semestrali posticipati, di pari importo e proporzionalmente al credito, decorrenti dalla scadenza del dodicesimo mese dal dies a quo.

d) la proposta prevede inoltre l'appostazione di un fondo rischi denominato MCC per le garanzie pubbliche rilasciate dal Fondo di cui all'art. 2, co. 100, lett. a), della legge 23 dicembre 1996, n. 662 e all'art. 1 co. 1 del D.L. 23/2020 (implementato con il D.L. "Sostegni" 73/2021), ex art. 9 c. 5 del D.Lgs. 123/1998 e art. 8-bis co. 3 L. 33/2015: in detto fondo viene appostato un importo, pari ad € 1.217.610,00, derivante in parte dal ricavato del realizzo della massa mobiliare e in parte con il realizzo dell'immobile di Barga (entrambi da distribuire secondo le regole dell'Absolute Priority Rule) ed in parte tramite l'accantonamento della percentuale pari al 19% sulla differenza degradata a chirografario.

II.- Sottoposta la proposta al voto dei creditori, il commissario giudiziale ha depositato in data 13.6.2023 relazione ex art.110 CCII evidenziando che essa non è stata approvata dall'unanimità delle classi, ma da sei classi (prima, secondo, terza, quinta, sesta e settima classe) su nove (quarta, ottava e nona).

In realtà tale giudizio va corretto in quanto per la classe n.8 (creditori ammessi al voto 1.315.785,07), come risulta dalla stessa relazione del CG, hanno votato a favore creditori per euro 570.609,15 e contro per euro 99.094,52.

Risulta, pertanto, che hanno votato complessivamente creditori per euro 669.703,67 (ovvero più della metà dei creditori ammessi al voto, pari ad euro 657.892,54) e che la proposta è stata approvata da più dei due terzi dei creditori votanti. Sicché è stata raggiunta la maggioranza prevista dall'art.109, co.5, secondo periodo, seconda ipotesi (*in ciascuna classe la proposta è approvata se, in mancanza dell'approvazione da parte della maggioranza dei crediti ammessi al voto, hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe*).

III.- In data 17.6.2023 la debitrice ha depositato istanza di omologazione ex art.109, co.5, terzo periodo, e 112, co.2 CCII (c.d. ristrutturazione trasversale dei debiti).

IV.- Fissata udienza di discussione dell'istanza di omologazione, che è stata ritualmente notificata al commissario giudiziale e ai creditori dissenzienti, ha proposto opposizione l'Agenzia delle Entrate, Direzione Provinciale di Lucca, articolando i seguenti motivi:

1) Mancanza del presupposto oggettivo dello stato di crisi e/o di insolvenza ex art. 2, comma 1, lett. a) e b);

2) Mancanza di fattibilità del piano come proposto e non corretta quantificazione del debito erariale;

3) Mancanza di convenienza del concordato rispetto all'alternativa liquidatoria. Ha replicato la debitrice e ha depositato il parere il commissario giudiziale.

Quest'ultimo, anche esaminando le osservazioni dell'opponente, ha confermato il proprio giudizio sulla fattibilità del piano in precedenza espresso nella relazione ex art.105 CCII, evidenziando l'assenza di elementi sopravvenuti inficianti la realizzabilità del piano.

#### *Ragioni della decisione*

##### *1.- I motivi d'opposizione.*

Seguendo l'ordine d'esposizione del creditore dissenziente/opponente, il collegio osserva quanto segue.

1.1. Il primo motivo d'opposizione (mancanza del presupposto oggettivo per la presentazione della domanda di concordato preventivo per assenza di uno stato d'insolvenza e/o di crisi) è sviluppato con questi argomenti:

(i) nell'anno 2021 la società, nonostante la diminuzione di vendite patita durante la crisi pandemica e, poi, a seguito del conflitto Ucraino, ha diminuito i debiti totali da € 9.095.485 a € 8.017.743, ed ha innalzato l'indice di copertura delle passività a breve da 0,99 a 1,10 (come da relazione ex art. 105 del Commissario Giudiziale);

(ii) la società ha la disponibilità di oltre € 1.000.000,00 di liquidità, conteggiate anche nell'attivo concordatario;

(iii) la società non ha debiti pregressi iscritti a ruolo e, quindi, è evidente la capacità dell'impresa di far fronte alle proprie obbligazioni;

(iv) dall'analisi delle voci indicate in bilancio come debiti esigibili oltre l'esercizio, rimane l'importo di 2.679.274,00 che, in base alla nota di bilancio è costituito da debiti verso banche (assistiti da garanzia MCC).

Secondo l'opponente la società potrebbe al più trovarsi in uno stato di squilibrio precedente alla crisi vera e propria, ma di certo non versa in uno stato di insolvenza, e pur essendo vero che le disposizioni del nuovo codice sono volte ad anticipare la crisi,

tanto che è stato disposto l'obbligo per gli enti pubblici qualificati dell'invio di alert, è altrettanto vero che il CCII consente alle imprese non ancora in crisi ma che abbiano ricevuto uno o più alert (Early Warning Tools) di poter accedere a strumenti differenti dalle procedure "concorsuali", come la Composizione Negoziata della Crisi e il piano attestato di risanamento (ex art. 56).

Occorrerebbe poi tenere conto – secondo l'opponente – che, in relazione alle cause che hanno portato la società allo stato di pre-crisi, il mercato automobilistico ha visto, nell'anno 2023, una eccezionale ripresa, che lascia presumere un sensibile aumento prospettico dei cd. flussi di cassa (la opponente richiama i dati statistici riportati nella indagine pubblicata nel mese di aprile 2023 dalla Direzione Regionale della Toscana, nel confronto tra i dati del 2019 e quelli del 2021, che segnalano, relativamente al settore del Commercio di Autoveicoli in Toscana, un forte incremento del fatturato nell'anno 2021 rispetto al 2019 (anno pre-covid), dopo il brusco arresto del 2020).

Il motivo in esame è privo di fondamento.

L'argomento di cui al punto (i), asseritamente ripreso dalla relazione del commissario giudiziale, fa confusione tra i dati relativi all'anno 2020 e quelli dell'anno 2021.

Nella relazione del CG non viene riportato un indice current ratio pari ad 1,1 per l'anno 2021, ma per l'anno 2020. Per l'anno 2021 il calcolo dell'indice de quo (attivo circolante pari ad Euro 4.872.229,00; – passivo a breve pari ad Euro 5.973.660,00) è pari a 0,82. Questo significa che la società a fronte di debiti a breve per 1, ha risorse per 0,82, con un evidente deficit di risorse, cui si aggiunge un trend negativo dei flussi prospettici.

Come segnalato dal commissario giudiziale tale indice rende apprezzabile numericamente quanto da lui descritto nella relazione particolareggiata, e cioè l'aggravio, nell'anno 2021, della situazione economica e finanziaria dell'impresa, che già prima dell'esercizio 2020 risultava non performante sotto il profilo economico, seppur in sostanziale equilibrio finanziario.

Dal bilancio al 31.12.2020 risulta una perdita di esercizio per euro 1.198.000.

Dal bilancio al 31.12.2021 risulta un patrimonio netto negativo per euro 2.193.113. Vero è che ciò è conseguenza, come risulta dalla stessa relazione ai bilancio, *anche* della svalutazione delle immobilizzazioni materiali e dei crediti, ma è altrettanto vero che tale approccio era necessario in presenza della grave crisi economica, che rendeva necessario un processo di ristrutturazione al fine di non aggravare ulteriormente la situazione e di preservare il residuo valore della continuità.

Va valutato ancora che la situazione patrimoniale aggiornata al 31.7.2022, allegata al ricorso introduttivo, evidenzia un'ulteriore perdita dell'esercizio in corso per euro 553.365, che aggrava ulteriormente la situazione della debitrice.

A fronte di tali dati la circostanza che la ricorrente abbia disponibilità di cassa, alla data della presentazione del ricorso ex art. 44, co. 1 lett. a) e della concessione delle

misure protettive, per oltre € 1.000.000,00, è dato irrilevante perché, in tutta evidenza, esso deriva in buona parte dalla scelta di bloccare i pagamenti (tra cui, ad esempio il debito IVA), in vista della ristrutturazione nel rispetto della par conditio creditorum e della richiesta di misure protettive.

In ogni caso, la differenza fra l'attivo circolante e i debiti a breve (come calcolato dal Commissario a pag.2 della sua relazione) resta pari a Euro 1.101.431, in una situazione in cui i flussi prospettici di cassa, in ragione dei fattori di crisi del settore sopra evidenziati e del trend negativo anche per l'anno 2022 (con una perdita di esercizio in corso di maturazione alla data del 31.7.2022 per oltre 500.000,00 euro), mostrano la loro inadeguatezza a far fronte alle obbligazioni in scadenza nei successivi 12 mesi.

Va ancora considerato che il riferito miglioramento nel corso dell'anno 2023 del mercato automobilistico è proposto in termini generali, senza alcuna aggancio alla realtà della società proponente e del gruppo automobilistico di cui è concessionaria.

Deve concludersi, pertanto, che la debitrice, al momento della presentazione della domanda di concordato con riserva (2.9.2022) e del successivo deposito del piano e della proposta (31.12.2022) era quantomeno in stato di crisi, come definito dall'art. 2, co.1 lett. a) CCII, se non di vera e propria insolvenza, e tale situazione non si è risolta da sola nel corso del presente procedimento.

1.2.- Anche il secondo motivo (mancata fattibilità del piano come proposto e non corretta quantificazione del debito erariale) è privo di pregio.

Quanto al primo profilo del motivo d'opposizione, secondo l'opponente la stessa relazione del Commissario Giudiziale evidenzerebbe che le attività messe a disposizione per il soddisfacimento del passivo concordatario non sarebbero sufficienti a garantire il pagamento nelle percentuali proposte. L'attivo ricalcolato dal commissario non sarebbe sufficiente a coprire il fabbisogno concordatario, né quello calcolato dal professionista attestatore, né tantomeno quello, superiore, calcolato dal Commissario Giudiziale, mancando all'attivo € 203.021,62.

L'assunto non è condivisibile.

Come risulta dalla relazione e dal parere finale del commissario giudiziale, questi non esprime alcun giudizio di non fattibilità.

Il CG ha effettuato una sorta di stress test.

Così testualmente il commissario: *“Sul punto chi scrive sottolinea che le minori percentuali di soddisfacimento previste nella relazione particolareggiata, sulla base delle considerazioni meglio evidenziate per singola voce dell'attivo e del passivo, devono essere intese come verifica della proposta concordataria e quindi quale informazione che il Commissario rende ai creditori per esprimere il voto con maggiori dati ed informazioni rispetto a quanto depositato dal debitore. Pur giungendo a tale risultato, lo scrivente, non ha evidenziato e non rileva tutt'ora motivi per ritenere non fattibile il piano concordatario così come proposto”*.

Quanto al secondo profilo del motivo, secondo l'opponente il debito tributario totale è stato indicato per un importo errato in quanto non terrebbe conto degli avvisi di accertamento notificati medio tempore, cioè nel corso della presente procedura.

Anche in tal caso non è possibile apprezzare il fondamento del motivo. Occorre considerare che gli avvisi di accertamento de quibus, che sono relativi ad un contenzioso che vede coinvolti il gruppo FCA/Stellantis e i suoi concessionari, da un lato, e l'Agenzia delle Entrate, dall'altro, è stato oggetto di un atto di transazione, autorizzato dagli organi della procedura. In base a tale accordo FCA Bank si fa carico del predetto contenzioso, con spese legali interamente a suo carico e, in caso di esito negativo del ricorso predisposto in linea con le difese condivise con i concessionari, i costi pari a IVA, sanzioni e interessi, sono ripartiti fra tutti i soggetti coinvolti nella seguente misura: 2/3 in capo a FCA Italy/FCA Bank; 1/3 a carico della rete dei concessionari.

Come osservato dal CG, anche nel proprio parere finale, nello scenario peggiore di soccombenza in tale giudizio l'onere a carico della debitrice, in forza degli accordi con FCA/gruppo Stellantis è di euro 28.439,10 (pari al 19% del valore degli avvisi di accertamento impugnati). Per tale importo è capiente il fondo di euro 33.250 appostato dalla società debitrice per il solo contenzioso con ADE.

Occorre poi considerare che, oltre al fondo rischi specifico, relativo al solo contenzioso con ADE, la debitrice ha appostato un fondo rischi generico per i creditori privilegiati pari ad euro 100.000,00

Non è apprezzabile, quindi, l'assunto che il fondo rischi specifico assegnato a fronte del contenzioso in essere tra la \* e l'Agenzia delle Entrate non sarebbe sufficiente a far fronte ad eventuali soccombenze.

1.3.- Anche il terzo motivo (mancanza o effettiva convenienza del concordato rispetto all'alternativa liquidatoria) non merita accoglimento.

Il motivo è argomentato sotto plurimi profili:

(i) le valutazioni del Professionista attestatore e del Commissario si limitano alla comparazione tra l'attivo ricavabile dal concordato con quello ricavabile dalla vendita atomistica dei beni, senza che sia presa in considerazione la vendita dell'azienda nel suo complesso che, stante l'andamento del mercato e la situazione economica, potrebbe avere un valore ben superiore. La mancanza di una valorizzazione dell'azienda nel suo complesso, in luogo della valutazione atomistica dei beni, impedisce di fatto una compiuta valutazione della convenienza rispetto all'eventuale alternativa liquidatoria;

(ii) nella proposta non si propone la destinazione, a maggior soddisfacimento dei creditori, delle eventuali sopravvenienze che potrebbero derivare dalla cessione degli assets, da un recupero dei crediti superiore al previsto o da una generazione di flussi di cassa superiori a quelli previsti;

(iii) Nella classe I dello stato passivo sono stati inseriti i debiti verso i lavoratori dipendenti che resteranno in forza alla società, ma contemporaneamente è previsto che

venga pagato loro anche il TFR, che ammonta a € 489.621,80, comprensivi anche di ferie e ratei permessi non fruiti, fondi pensione e € 41.002,07 per contributi INAIL.

Seguendo l'ordine espositivo sopra proposto, il collegio rileva:

1.3.1.- Il primo motivo non si misura con gli atti della procedura.

Depositata domanda piena di concordato preventivo, con provvedimento ex art. 47, co. 4 CCII in data 23.1.2023, il tribunale rilevava, fra l'altro, il seguente profilo di criticità: «*considerato che l'art. 87, co. 1 lett. c) richiede che il piano contenga: "il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione"; che nel caso in esame il piano indica il valore di liquidazione in euro 3.512.029, di cui euro 800.000,00 per l'immobile di Barga oggetto di dismissione ed euro 2.712.028,66 per la componente mobiliare; che nel piano non sono indicati i criteri usati per la determinazione del valore di liquidazione, essendo presente unicamente un prospetto contabile: tuttavia, per come si perviene al risultato finale, può ritenersi che la valutazione sia stato di tipo atomistico, cioè come valutazione dei singoli beni e non del complesso aziendale nel suo complesso; che tale conclusione trova conforto anche nell'attestazione del professionista indipendente che ha proceduto alla verifica dei dati aziendali e alle attestazioni previste dalle norme di riferimento (84, co. 5; 87, co. 3; 88, co. 1 CCII); osservato che nella disciplina del CCII la corretta individuazione del valore di liquidazione rileva per una serie di fini: (i) in caso di continuità aziendale, per verificare che ciascun creditore riceva un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale; (ii) per individuare, sempre in questa prospettiva, il valore eccedente quello di liquidazione che può essere distribuito con la RPR; che, invece, il valore di liquidazione dei singoli beni, al netto delle spese di liquidazione specifiche e di una quota di quelle generali (84, co. 5 e 88 CCII), rileva per stabilire il corretto trattamento riservato ai creditori prelazionari; osservato ancora che il CCII non definisce il valore di liquidazione del patrimonio né individua i criteri di determinazione dello stesso; che, tuttavia, in caso di liquidazione giudiziale, un criterio è fissato dall'art. 214 CUI, il quale stabilisce che la "liquidazione dei singoli beni ai sensi delle disposizioni del presente capo è disposta quando risulta prevedibile che la vendita dell'intero complesso aziendale, di suoi rami, di beni o rapporti giuridici individuabili in blocco non consenta una maggiore soddisfazione"; che, in altre parole, in caso di liquidazione giudiziale, la vendita atomistica dei beni in tanto è possibile in quanto la vendita dell'azienda, di suoi rami o di rapporti giuridici in blocco, non sia possibile o non consenta una maggiore soddisfazione dei creditori; che, recuperando tale criterio nella diversa sede del concordato preventivo proposto in continuità aziendale (e quindi sull'assunto che la continuità sia possibile e utile per i creditori), deve ritenersi che il valore di liquidazione vada individuato, anzitutto, come valore di cessione dell'azienda o di singoli rami (ad esempio, nel caso di specie, il ramo service e il ramo vendita autovetture), o in alternativa vadano spiegate in maniera analitica e completa le ragioni dell'impossibilità di cedere l'azienda nel suo complesso o per singoli rami; che tali indicazioni mancano nel piano in esame o sono del tutto insufficienti» e assegnava termine per l'integrazione.*

Nel termine concesso la ricorrente depositava memoria di deduzione, con cui rispondeva ai rilievi del tribunale, e produceva quattro allegati, tra cui l'integrazione del Piano con riferimento ai valori di liquidazione giudiziale dell'azienda e, sempre ai fini de quibus, l'integrazione dell'attestazione ex art. 87 co. 3 CCII.

Rispetto a tali documenti, che sono stati poi oggetto di vaglio da parte del commissario giudiziale, l'opponente, oltre a non richiedere espressamente un supplemento istruttorio, non svolge deduzioni specifiche volte a contestare il valore di liquidazione giudiziale e i criteri seguiti dalla debitrice, confortati dalla relazione dell'attestatore indipendente.

Tale carenza sul piano assertivo impedisce di dare ingresso al supplemento istruttorio previsto dall'art. 112, co. 4 CCII (stima del complesso aziendale del debitore).

Tale disposizione, com'è noto, ha dato attuazione all'art. 14 della direttiva UE 2019/1023 (c.d. direttiva insolvency), disposizione che, per ragioni di economia processuale (riduzione dei tempi di definizione del procedimento) e di contenimento dei costi, prevede che l'autorità giudiziaria adotta una decisione sulla valutazione dell'impresa del debitore solo qualora il piano di ristrutturazione sia contestato da una parte interessata dissenziente per: (a) una presunta violazione della verifica del migliore soddisfacimento dei creditori ai sensi dell'art. 2, § 1, punto; oppure, (b) una presunta violazione delle condizioni per una ristrutturazione trasversale dei debiti ai sensi dell'art. 11, § 1, lett. b), punto ii).

Il § 3 dell'art. 14 precisa che, ai fini di cui sopra, gli Stati membri provvedono affinché una parte interessata dissenziente possa presentare una contestazione presso l'autorità giudiziaria chiamata a omologare il piano di ristrutturazione.

Pare al collegio che, in linea con la direttiva e con i principi ispiratori dell'art. 14 (v. pure considerando n. 63, in cui è detto che dovrebbe essere possibile [per gli stati membri] che la decisione sulla valutazione dell'impresa consista anche nell'approvazione di una valutazione da parte di un esperto o di una valutazione presentata dal debitore in una fase anteriore della procedura), nonché con i principi generali che governano il nostro sistema processuale, una contestazione della parte interessata, a fronte della relazione dell'attestatore indipendente, deve essere specifica e non possa, come nel caso di specie, limitarsi a considerazioni di carattere generale.

In conclusione, in difetto di specificità la contestazione non può giustificare un supplemento istruttorio.

1.3.2.- Anche il secondo profilo (*nella proposta non si propone la destinazione, a maggior soddisfacimento dei creditori, delle eventuali sopravvenienze che potrebbero derivare dalla cessione degli assets, da un recupero dei crediti superiore al previsto o da una generazione di flussi di cassa superiori a quelli previsti*) non è corretto in fatto quanto al valore che sarà ricavato dalla liquidazione dell'asset non funzionale, in quanto il valore di liquidazione è messo a disposizione dei creditori secondo la regola distributiva dell'APR, e non corretto in iure quanto ai flussi di cassa che dovessero

essere superiori a quelli previsti, perché è consustanziale alla disciplina della continuità diretta che l'imprenditore possa far propri i flussi di cassa eccedentari.

1.3.3.- Infine, l'opponente lamenta che *“nella classe I dello stato passivo sono stati inseriti i debiti verso i lavoratori dipendenti che resteranno in forza alla società, ma contemporaneamente è previsto che venga pagato loro anche il TFR, che ammonta a € 489.621,80, comprensivi anche di ferie e ratei permessi non fruiti, fondi pensione e € 41.002,07 per contributi INAIL”*.

Il rilievo non appare corretto, ove si consideri che tra gli effetti della domanda di concordato preventivo (artt. 96 e 156 CCII), vi è la cristallizzazione, ai fini del concorso, dei debiti anteriori, tra cui anche quelli non esigibili che, giustappunto, si considerano scaduti alla data di presentazione della domanda.

D'altronde, in ottica di comparazione con la soluzione liquidatoria, è evidente che anche tutti i crediti indicati nella classe I verrebbero immediatamente in rilievo ai fin concorsuali nell'alternativa della liquidazione giudiziale.

In conclusione, l'opposizione va respinta.

## *2.- Le condizioni della ristrutturazione trasversale dei debiti.*

L'art. 112, co. 2 CCII consente l'omologazione del concordato in continuità aziendale su richiesta del debitore, anche nel caso in cui vi si siano una o più classi dissenzienti, quando sussistano congiuntamente le seguenti condizioni:

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

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

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

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

Nel caso di specie ricorrono tutte le condizioni sopra previste.

In particolare, è rispettata l'APR per la distribuzione del valore di liquidazione; l'RPR è applicata correttamente sul valore della continuità, in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore; nessun creditore riceve più del proprio credito e, infine, la proposta è stata approvata da 7 classi su 9, di cui tre di creditori privilegiati e una, in parte in

chirografo ma per ritenuta incapienza e conseguente degradazione del privilegio generale.

In conclusione, respinta l'opposizione e verificata la sussistenza delle condizioni della ristrutturazione trasversale, la proposta di concordato va omologata.

### 3.- *Le spese di lite.*

Le spese del presente giudizio sono compensate in ragione della novità delle questioni trattate.

#### P.Q.M.

- omologa il concordato preventivo di \* e numero di iscrizione al Registro Imprese \* compensando le spese di lite;

- dispone che la sentenza di omologazione sia notificata ed iscritta a norma dell'art.45 CCII;

- emana le seguenti disposizioni esecutive:

1) il debitore, entro 45 giorni dalla pubblicazione del presente provvedimento, trasmetterà al Commissario Giudiziale un piano delle attività di liquidazione del bene non funzionale e dei tempi previsti, tempi che dovranno essere cadenzati in modo da rispettare le previsioni della proposta, e provvederà ad informare il commissario, ogni tre mesi, circa le attività poste in essere in esecuzione del predetto piano;

2) la liquidazione dei beni avverrà mediante procedure competitive ai sensi degli artt. 114 e 214 e ss CCII, sostituita la stima degli esperti nominati dal curatore con la stima del bene allegata alla domanda di concordato preventivo;

3) le somme ricavate dalla liquidazione saranno depositate dal debitore su conto corrente bancario intestato alla procedura e i prelievi saranno vincolati al visto preventivo del Commissario Giudiziale senza necessità di preventiva autorizzazione del giudice delegato, fatta eccezione per le somme dovute a titolo di compenso del commissario giudiziale;

4) il debitore provvederà a ripartire tra i creditori le somme realizzate dalla liquidazione sulla base di un piano di riparto, vistato dal Commissario Giudiziale, con la contestuale previsione di eventuali accantonamenti la cui costituzione dovrà essere adeguatamente motivata; il piano di riparto, vistato dal CG, sarà comunicato dal debitore a tutti i creditori a mezzo PEC; analogamente, il debitore provvederà a ripartire fra i creditori le risorse derivanti dai flussi della continuità con le modalità indicate nel primo periodo del presente paragrafo e nel rispetto della tempistica prevista dalla proposta;

5) al fine di consentire al commissario giudiziale, l'esercizio dei poteri di vigilanza sull'adempimento del concordato, il debitore trasmetterà al commissario giudiziale con cadenza semestrale una relazione sulla propria situazione patrimoniale ed economica, redatta secondo i criteri previsti dal codice civile per il bilancio d'esercizio, con

decorrenza dal primo semestre successivo all'omologa; il debitore trasmetterà inoltre al commissario giudiziale la delibera di aumento del capitale sociale, di cui al piano di concordato entro 10 giorni dalla sua adozione, che dovrà intervenire entro trenta giorni dall'omologazione;

6) le somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperibili resteranno accantonate mediante deposito sul conto corrente intestato alla procedura e saranno svincolate, quanto ai creditori contestati, in presenza di regiudicata accertante il credito o di intervenuto accordo transattivo; quanto ai creditori condizionali, in caso di non contestato avveramento della condizione o, in caso di contestazione, di accertamento dell'avveramento con provvedimento passato in regiudicata; quanto, infine, ai creditori irreperibili, in caso di richiesta nei successivi cinque anni dalla comunicazione del piano di riparto finale ai creditori. Per i prelievi di tali importi si osserveranno le disposizioni previste al punto n. 3.

Nel caso in cui, quanto ai crediti contestati o condizionali, vi sia rispettivamente accertamento negativo in via definitiva del credito o del mancato avveramento della condizione, il debitore provvederà a un riparto supplementare a favore degli altri creditori concorrenti con le modalità sopra indicate.

Nel caso in cui i creditori irreperibili non facciano richiesta di pagamento della quota prevista nel piano di riparto entro cinque anni, tale quota sarà assegnata, con i relativi interessi, al Fondo Unico Giustizia, ai sensi dell'art. 2, co. 2 lett. c bis) DL 143/2008.

Così deciso in Lucca, nella camera di consiglio del 20/07/2023.

Il Presidente  
Giulio Lino Maria Giuntoli

**Concordato preventivo in continuità diretta, riconoscimento del diritto di voto ai creditori privilegiati pagati oltre i 180 giorni e libera distribuzione della finanza esterna da apporto di capitale**

Tribunale di Treviso, 10 luglio 2023. Pres. Casciarri. Rel. Uliana.

**Diritto di voto al privilegiato pagato in denaro integralmente o parzialmente oltre 180 giorni dalla omologazione – Ammissibilità**

**La finanza esterna da apporto di capitale può essere distribuita liberamente in deroga agli artt. 2740 e 2741 c.c. – Ammissibilità**

*L'aumento di capitale sociale nel concordato preventivo in continuità, indifferentemente dalla qualificazione che si vuole attribuire (finanza endogena o finanza esterna) è liberamente distribuibile in applicazione dell'art. 84, co VI, CCI, secondo la regola della c.d. Relative Priority Rule, trattandosi di somme eccedenti quelle ricavabili dalla liquidazione dei beni. E ciò anche laddove detta distribuzione è prevista espressamente dalla norma solo per il concordato in liquidazione.*

*I creditori assistiti da privilegio e pagati in denaro oltre 180 giorni dall'omologa, sia integralmente che in misura percentuale, nei limiti della capienza del valore di liquidazione di cui all'art. 84, comma 6, CCII, votano tanto per la parte privilegiata avente capienza sul patrimonio della Società, che per la parte incapiente e degradata al chirografo, in quanto interpretazione più aderente al dato letterale dell'art. 109, comma 5, CCII. e non sulla base della perdita economica conseguente al ritardo dell'inadempimento.*

**DECRETO DI AMMISSIONE EX ART. 47 CCII**

**Premesso che**

> in data 24 gennaio 2023, la Società Calzaturificio \* spa ha depositato ricorso ex artt. 40 e 44 CCII con contestuale richiesta di misure protettive ex art. 54, comma II e IV, CCII, chiedendo al Tribunale di voler assegnare termine massimo di legge per la presentazione della proposta di concordato, del piano e della documentazione di cui all'art. 87 CCII, ovvero, in alternativa, per il deposito dell'accordo di ristrutturazione dei debiti art. 57 CCII;

> con provvedimento del 31 gennaio 2023, comunicato in data 1° febbraio 2023, il Giudice Designato ha confermato le misure protettive;

> con ulteriore provvedimento del 31 gennaio 2023, comunicato in data 1° febbraio 2023, il Tribunale ha assegnato termine massimo di legge fino al 24/3/2023 per il deposito della proposta contenente il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'art. 39 commi 1 e 2, CCII;

> a fronte di istanza della Società, il Tribunale, ravvisando la sussistenza dei presupposti, ha concesso la proroga fino al 23 maggio 2023 per il deposito del piano e della documentazione;

> in data 23/5/2023 la Società ha depositato la proposta e il piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta ai sensi dell'art. 87 CCII, nonché la relazione ex art. 84, comma 5, CCII sul degrado dei privilegiati, nonché l'attestazione sulla fattibilità del piano ex art. 87, comma 3, CCII;

> in data 16/6/2023 il Tribunale ha sollevato dei rilievi, attinenti alla suddivisione dei creditori in classi e in particolare la violazione 1) dell'art. 87, comma 1, lett. m), CCII, quanto all'omessa indicazione dei criteri di formazione delle classi; 2) dell'art. 88, comma 1, CCII poiché la percentuale di riparto prevista per i crediti tributari e contributivi degradati a chirografo era peggiore rispetto alle Classe I; 3) dell'art. 109, comma 5, CCII, laddove era stata prevista la classe XIV ove inserire la quota parte di credito capiente soddisfatta dopo 180 dall'omologa accordando così due volte il diritto di voto al medesimo creditore, che già vota in apposita classe per la quota di credito degradata a chirografo; 4) dell'art. 86 CCII laddove non prevede, nell'ultima formulazione, la misura del diritto di voto, sicché il debitore deve illustrare e motivare la scelta di far votare il creditor privilegiato che subisce la moratoria di 180 giorni per l'intero e le sue ricadute ai fini del raggiungimento delle maggioranze necessarie per l'approvazione del concordato; 5) della legge n. 662/96 e del d. lgs. 123/1998, che riconosce il privilegio al solo garante pubblico escusso e non all'istituto di credito garantito (cfr. Cass. ord. sez. 1, n. 14915/2019, mentre il debitore aveva inserito nelle medesime classi (I e XIV) i crediti di SACE/MCC e i crediti degli istituti di credito, suggerendo di distinguere le posizioni giuridiche delle banche garantite da quella dei garanti (MCC e SACE) a seconda dell'avvenuta escussione della garanzia e della rivalsa/surroga del Garante Pubblico e previsione, nelle passività, di un Fondo in privilegio per il rischio di surroghe di MCC/SACE a seguito dell'escussione delle garanzie da parte degli Istituti di credito;

> a fronte delle criticità sollevate dal Tribunale il debitore ha depositato una memoria contenente una modifica del piano, dando conto degli specifici interessi dei creditori chirografari all'operazione di ristrutturazione e allineandosi all'interpretazione dell'A.G. quanto al secondo rilievo, assicurando quindi ai crediti erariali degradati un trattamento non peggiore rispetto a quello delle altre classi chirografarie. Quanto agli altri rilievi, la società, pur correttamente classificando separatamente i crediti chirografi degli istituti di credito per la quota parte non coperta dalla garanzia pubblica, ha meglio esposto le argomentazioni sottostanti alla scelta di accordare il diritto di voto direttamente al garante pubblico e non agli istituti di credito a prescindere dall'escussione della garanzia, valorizzando una recente pronuncia della Corte di Cassazione n. 18148/2023 che riconosce al Fondo Pubblico, in epoca

antecedente alla sua escussione, un diritto di credito suo proprio ancorché condizionato; il debitore ha altresì insistito nel voler prevedere due distinte classi votanti (per la parte capiente del privilegio soggetta a moratoria coatta e per la parte degradata), precisando di voler accordare al privilegiato il diritto di voto sull'intero credito, parametrando la misura del voto all'intero ammontare del credito (e non all'entità della perdita economica conseguente al ritardo per l'inadempimento).

### **Ciò premesso, il Tribunale**

#### **ritiene corretta**

> la scelta di classare il credito del fondo pubblico in privilegio con riserva (anziché prevedere in apposita classe il credito delle banche in chirografo titolare di garanzia pubblica con appostazione di un fondo rischi privilegiato), alla luce del recentissimo orientamento di legittimità che ritiene sorto il credito di SACE/MCC fin dall'origine della concessione della garanzia, ancorché condizionato al verificarsi dell'inadempimento del prenditore;

> la scelta di accordare il diritto di voto al privilegiato parzialmente capiente anche per la parte di credito coperta da garanzia oltre 180 giorni, con diritto di voto in entrambe le classi, in quanto interpretazione più aderente al dato letterale dell'art. 109, comma 5, CCII, sicché pare corretta la previsione della Classe XII;

> la scelta di commisurare il diritto di voto del privilegiato all'intero credito, anziché all'entità della perdita economica conseguente al ritardo dell'inadempimento, in quanto l'orientamento che aveva delineato questo secondo criterio (Cass. civ. n. 11882/2020) aveva ritenuto applicabile l'art. 86 CCII nella sua originaria formulazione, mentre in quella entrata in vigore è stato espunto l'ultimo periodo dell'art. 86 CCII che prevedeva, per l'appunto, il criterio del differenziale fra il credito privilegiato maggiorato di interessi e il valore attuale dei pagamenti; inoltre la possibilità di attribuire il diritto di voto per l'intero ammontare del credito non rischia di attribuire un peso eccessivo al voto dei privilegiati dilazionati con rischio di inquinamento delle maggioranze, trattandosi di scelta tendenzialmente neutra dal momento che i crediti privilegiati dilazionati sono inseriti in apposita classe, nell'ambito della quale vengono applicati criteri identici e che di regola ai fini del raggiungimento delle maggioranze è necessario il voto dell'unanimità delle classi;

#### **rilevato che il piano**

> prevede la **continuità aziendale diretta** per il tramite della medesima Calzaturificio \* spa, la destinazione ai creditori dei flussi generati dalla prosecuzione dell'attività e la distribuzione dell'apporto dei soci fornito a mezzo di aumento di capitale scindibile fino ad euro 2 milioni, sospensivamente condizionato all'omologa definitiva del concordato, già deliberato dall'assemblea straordinaria dei soci in data 19 maggio 2023 e regolamentato dai soci con un patto collegato, nel quale è previsto che l'importo verrà messo a disposizione di un fiduciario (Notaio Fabrizio Santosusso di Brescia) entro il 10 giugno 2023 o al più tardi entro il 30 giugno 2023, in un conto dedicato, con mandato di sottoscrivere *tranches* di aumento e di versare i relativi

importi per la liberazione delle tranches; il patto collegato prevede inoltre la facoltà di modificare l'aumento di capitale destinando la liquidità al piano di concordato a titolo di finanziamento postergato all'esecuzione del piano, in luogo che a capitale sociale, qualora gli Organi della Procedura ne ravvisassero la necessità;

> prevede, **quanto all'attivo**, la distribuzione ai creditori della complessiva somma di euro € 13.626.793,00 e in particolare,

- la destinazione, nel rispetto delle cause legittime di prelazione (c.d. *Absolute Priority Rule*), della somma di euro 8.907.955,64, comprensivi degli oneri prededucibili nella liquidazione giudiziale e quindi netti 8.282.855,64, pari al valore di liquidazione di cui all'art. 84, comma 6, CCII, importo oggetto di tre relazioni peritali, che hanno valutato atomisticamente i beni. Sul punto è stato precisato che l'azienda non è stata stimata unitariamente perché non suscettibile di cessione da parte della Curatela, stante l'antieconomicità dell'esercizio provvisorio per lo specifico *business* della Società (che produce il 90% dei propri prodotti per conto terzi, con accordo di pagare le forniture all'ordine, applica il metodo di fornitura *just in time* il cui presupposto è quello di consentire ai clienti di non avere un proprio magazzino ma di ricevere la forniture dopo pochi giorni dalla richiesta);

- la distribuzione delle somme eccedenti il valore di liquidazione, pari ad euro 4,7 milioni, applicando la regola della c.d. *Relative Priority Rule* di cui all'art. 84, comma 6, CCII, somma che consentirà il pagamento parziale del ceto chirografario che, nell'alternativa procedura di liquidazione giudiziale, non troverebbe alcuna soddisfazione: la Società debitrice, avvalendosi della regola di cui sopra, promette ai crediti assistiti da privilegio (nei limiti della capienza dei beni) una percentuale di soddisfacimento non integrale, ma comunque più favorevole rispetto ai creditori di rango inferiore, tutelando quindi i crediti di rango gerarchicamente inferiore anche in assenza di un soddisfacimento integrale delle classi di rango superiore, nei limiti del c.d. *surplus* concordatario;

nel dettaglio l'attivo consentirà:

- *il pagamento integrale dei creditori prededucibili;*
- *il pagamento integrale dei creditori con privilegio generale mobiliare ex art. 2751-bis c.c. e art. 2777 II c.c. e speciale ex art. art. 2764 - art. 2778 c.c. n. 16;*
- *il pagamento parziale dei creditori con privilegio generale mobiliare ex art. 9, comma 5, d.lgs 123/98 c.c. - Art. 2777, ultimo comma, parzialmente capienti sul valore di liquidazione (rappresentato dalle sole masse mobiliari);*
- *il trattamento dei crediti tributari e contributivi ai sensi dell'art. 88 CCII;*
- *il pagamento dei creditori chirografari e dei creditori privilegiati degradati a chirografo secondo la suddivisione in classi;*

> **crystallizza il passivo** alla c.d. data di riferimento, 24 gennaio 2023, in euro 25.364.930,15 e, anche ai fini del calcolo delle maggioranze per l'approvazione del concordato, i creditori sono stati suddivisi in 12 classi, di cui:

- 6 classi di creditori chirografari;
- 6 classi di creditori privilegiati votanti, ai sensi dell'art. 85 comma 3 – 109 comma 5 CCII;

esse sono state formate secondo “posizione giuridica” e “interessi economici omogenei”, con trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a «classi» diverse nei limiti di legge e con previsioni delle seguenti percentuali di pagamento delle classi chirografarie:

- 31% per la Classe I – Fondo di garanzia Legge n. 662/96 (SACE/MCC): la classe è rappresentata da SACE e/o Mediocredito Centrale, per la parte incapiente e, quindi, retrocessa a chirografo;

- 31% per la Classe II – Enti previdenziali e assistenziali per contributi e somme aggiuntive, Agenzia Entrate Riscossioni, Enti previdenziali e Assistenziali per crediti chirografari *ab origine*: trattasi di classe obbligatoria ai sensi dell'art. 85, co. 2 CCII secondo il quale: “*la suddivisione dei creditori in classi è obbligatoria... per i creditori titolari di crediti tributari o previdenziali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento...*”;

- 30,1% per la Classe III – Imprese Minori: trattasi del credito chirografo a seguito di degrado per incapienza del bene di cui sono titolari le imprese minori. Esso è oggetto di classazione obbligatoria ai sensi dell'art. 85, co. 3, CCII secondo il quale: “*nel concordato in continuità aziendale la suddivisione dei creditori in classi è in ogni caso obbligatoria. I creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, interessati dalla ristrutturazione perché non ricorrono le condizioni di cui all'articolo 109, comma 5, sono suddivisi in classi e le imprese minori, titolari di crediti chirografari derivanti da rapporti di fornitura di beni e servizi, sono inserite in classi separate*”;

- 10% per la Classe IV – Istituti di credito a medio lungo termine per la quota parte di credito (10%, 20% o 50%) non coperta dalla garanzia del Fondo di cui alla Legge n. 662/96: raggruppa gli Istituti di credito a m/l per la quota parte delle linee di credito non coperte dalla garanzia ex l.n. 662/96 - d.lgs. 123/98 ed è destinataria di una percentuale del 10%;

- 25% per la Classe V – Istituti di credito non garantiti e Società di factoring: comprende gli Istituti di credito e società di factoring per crediti non assistiti da alcuna garanzia ed è previsto il soddisfacimento nella misura del 25%;

- 30,04% per la Classe VI – Residuale: comprende i crediti chirografari dei fornitori, di professionisti ed imprese artigiane – chirografari *ab origine* – ed altri crediti ed è destinataria di una percentuale del 30%;

**ai soli fini del voto ai sensi dell'art. 109, comma 5, CCII** sono state previste le ulteriori seguenti classi di creditori privilegiati, soddisfatti integralmente in denaro ma in data successiva a 180 giorni dall'omologa, con attribuzione del diritto di voto commisurato all'ammontare del credito privilegiato:

- Classe VII – Locatori: comprende i crediti dei Locatori aventi privilegio speciale mobiliare non pagati nel termine di 180 giorni dall'omologa;

- Classe VIII – Crediti da Lavoro: comprende i crediti da lavoro muniti di privilegio generale ex art. 275 bis n. 1 c.c. non pagati nel termine di legge di 30 giorni dall'omologa;

- Classe IX – Professionisti: comprende i crediti dei Professionisti ex art. 2751 bis n. 2 c.c. non pagati nel termine di 180 giorni dall'omologa. La Classe comprende anche i crediti professionali funzionali alla procedura ex art. 6, comma 1, lett. c), CCII per la quota del 25% degli onorari pattuiti con la Società;

- Classe X – Agenti: comprende i crediti degli agenti ex art. 2751 bis n. 3 c.c. non pagati nel termine di 180 giorni dall'omologa;

- Classe XI – Imprese Artigiane: comprende i crediti delle Imprese Artigiane ex art. 2751 bis n. 5 c.c. non pagati nel termine di 180 giorni dall'omologa;

- Classe XII (già Classe XIV) – Fondo di garanzia Legge n. 662/96 (SACE-MCC): comprende i crediti assistiti da privilegio ex l.n. 662/96 - d.lgs. 123/98 non pagati nel termine di 180 giorni dall'omologa e peraltro solo in misura percentuale poiché nei limiti della capienza del valore di liquidazione.

> sintetizza la linee guida del piano industriale che prevede la ristrutturazione e risanamento del proprio *business* e dei propri costi;

#### **ritenuto che**

il piano sia effettivamente inquadrabile nella tipologia dei concordati in continuità aziendale diretta, in quanto prevede la prosecuzione dell'attività di impresa dal medesimo soggetto ricorrente e la destinazione del ricavato prodotto dalla continuità al soddisfacimento dei creditori ai sensi dell'art. 84, comma 3, CCII;

in applicazione dell'art. 84, comma 6, CCII, possano essere distribuite secondo la regola della c.d. *Relative Priority Rule* tutte le somme eccedenti quelle ricavabili dalla liquidazione dei beni, ivi compresa la finanza endogena, trattandosi in ogni caso di importi esorbitanti rispetto all'ammontare ritraibile dal valore di realizzo dei cespiti della Società, difatti, nel mutato contesto normativo del Codice della Crisi, il dato scriminante della neutralità dell'apporto del terzo rispetto al patrimonio della società debitrice, cruciale per distribuire la somma in deroga agli artt. 2740 e 2741 c.c. sotto la vigenza della legge fallimentare, mantiene rilevanza nel solo concordato liquidatorio, sicché è indifferente ai fini della tenuta del piano presentato la diversa qualificazione operata dalla Società in termini di "finanza esterna" dell'apporto di capitale;

questa esegesi, che agevola la coesistenza di un soddisfacimento trasversale ancorché non integrale dei creditori privilegiati (nei limiti della capienza) e a cascata un soddisfacimento parziale dei chirografari *ab origine* o degradati, non solo a fronte di “finanza esterna”, ma anche di apporti che transitano per il patrimonio della società, è conforme alla *ratio legis* di favorire il ricorso a strumenti di regolazione della crisi volti a risanare l’impresa, oltre ad essere suffragata dalla lettera della disposizione (art. 84, comma 6, CCII) e dall’interpretazione logico-sistematica della norma, letta in relazione al comma 4 del medesimo articolo che regola l’apporto di risorse esterne nel concordato liquidatorio;

ritenuta corretta la formazione delle classi, anche ai fini del voto, per le ragioni sopra illustrate;

ritenuta quindi la ritualità della proposta e la non manifesta inidoneità del piano alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali ai sensi dell’art. 47, comma 1, lett b), CCII;

visti gli artt. 47, comma 2 e 104 CCII;

P.Q.M.

a) dichiara aperta la procedura di concordato preventivo della società CALZATURIFICIO \* Spa, con sede legale in \* e nomina Giudice Delegato la dottoressa Petra Uliana;

b) conferma il dottor Luigi Di Fant quale Commissario Giudiziale;

c) stabilisce quale data iniziale per l’espressione del diritto di voto dei creditori il giorno **10/11/2023** e quale data finale il giorno **20/11/2023** compreso, voto da trasmettersi tramite posta elettronica certificata all’indirizzo pec della procedura;

e) dispone, tenuto conto del numero dei creditori, che il Commissario Giudiziale, entro 30 giorni provveda a comunicare a tutti i creditori a mezzo posta elettronica certificata, se il destinatario ha un indirizzo digitale e, in ogni altro caso, a mezzo lettera raccomandata spedita presso la sede dell’impresa o la residenza del creditore, *i*) la data di inizio e fine delle operazioni di voto, *ii*) copia integrale del decreto di ammissione, del piano e della proposta di concordato (su richiesta dei creditori anche tutti gli allegati alla proposta e tutti i provvedimenti emessi dal Tribunale), *iii*) il suo indirizzo di posta elettronica certificata (da comunicare al Registro delle imprese), *iv*) l’invito a ciascun destinatario di comunicare entro il termine di quindici giorni l’indirizzo di posta elettronica certificata (oppure un recapito certificato qualificato di cui all’art. 1, comma 1-ter del Codice dell’amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005 n. 82, le cui variazioni è onere comunicare al commissario), presso il quale il commissario effettuerà tutte le successive comunicazioni, *v*) l’avvertimento che, in caso di mancata indicazione dell’indirizzo, tutte le future comunicazioni si perfezioneranno con il deposito in cancelleria senza ulteriori avvisi ai sensi dell’art. 10, comma 3, CCII;

f) dispone che il commissario

*i)* depositi la relazione particolareggiata di cui all'art. 105, comma 1, CCII in cancelleria entro il termine di 45 giorni prima l'inizio delle operazioni di voto; il deposito della copia in cancelleria deve essere effettuato secondo le regole tecniche del Processo Civile Telematico e copia della relazione va trasmessa al Pubblico ministero;

*ii)* comunichi ai creditori, al debitore e a tutti gli altri interessati almeno quindici giorni prima della data iniziale stabilita per il voto, la sua relazione e le proposte definitive di concordato. Alla relazione è allegato, ai soli fini della votazione, l'elenco dei creditori legittimati al voto con indicazione dell'ammontare per cui sono ammessi e la relazione va depositata anche nella cancelleria del G.D. ai sensi dell'art. 107, comma 3, CCII;

*iii)* informi il G.D. e comunichi ai creditori, al debitore e a tutti gli altri interessati le osservazioni e contestazioni pervenute, entro il termine perentorio dei dieci giorni antecedenti la data iniziale stabilita per il voto, da parte del debitore, dei creditori (o da parte degli altri soggetti indicati dall'art. 107, comma 4, CCII);

*iv)* depositi la propria relazione definitiva e la comunichi ai creditori, al debitore e agli altri interessati almeno sette giorni prima della data iniziale stabilita per il voto;

*g)* fa presente che

*i)* il termine perentorio di dieci giorni antecedenti alla data iniziale per l'esercizio del diritto di voto per la manifestazione di osservazioni e di contestazioni non è soggetto a sospensione feriale ai sensi dell'art. 107, comma 9, CCII;

*ii)* non è previsto il deposito di ulteriori contro osservazioni e che i provvedimenti del G.D. saranno comunicati al debitore, ai creditori, al commissario giudiziale e a tutti gli interessati almeno due giorni prima della data iniziale stabilita per il voto;

*h)* dispone

*i)* che entro il termine di quindici giorni dall'avvenuta comunicazione del presente decreto alla società ricorrente, questa depositi sul conto corrente della procedura l'ulteriore somma di euro 40.000,00, a copertura parziale delle spese di procedura;

*ii)* la prosecuzione degli obblighi informativi periodici a carico della società;

*iii)* che il presente decreto venga pubblicato nelle forme previste dall'art. 45 CCII.

Così deciso in Treviso, nella Camera di Consiglio del 10/07/2023

Il Giudice Relatore  
dott.ssa Petra Uliana

Il Presidente  
dott. Bruno Casciarri

## **Il Tribunale di Milano sancisce la non emendabilità di un'attestazione gravemente lacunosa**

Tribunale di Milano, 15 settembre 2023. Pres. Macchi. Rel. Giani.

*Con questo sintetico ma rilevante provvedimento i giudici ambrosiani hanno affermato l'impossibilità di integrare (e a fortiori "rinnovare") ex post un'attestazione gravemente lacunosa e come tale inidonea al suo scopo. Di qui la reiezione, ai sensi dell'art. 47 CCII, dell'istanza di concessione di termine diretta a "emendare" un elaborato siffatto e il conseguente, rilevato, vizio di inammissibilità della domanda.*

*Il Tribunale ha anche riportato, in chiave evidentemente adesiva, il pensiero dei difensori della società circa l'impossibilità di ritirare e ripresentare la domanda di concordato, pena una inevitabile censura di abusività. Ritiro e ripresentazione che, oltre tutto, erano già avvenuti, nella specie, davanti al tribunale in precedenza adito e successivamente dichiaratosi incompetente.*

*È stata quindi fissata udienza per la declaratoria dello stato di insolvenza (con tanto di disclosure sui nominativi dei commissari nominati dal Ministero delle imprese e del made in Italy), alla quale può notoriamente farsi luogo, ex lege n. 270/1999, non solo su istanza dei creditori e del pubblico ministero ma anche d'ufficio, stante il carattere di lex specialis pacificamente riconosciuto alla disciplina sull'amministrazione straordinaria.*

### **PREMESSA**

Giova riassumere brevemente l'*iter* che ha preceduto l'avvio del procedimento ex art. 44 co. 1 CCII da parte di \* avanti al Tribunale intestataro, onde meglio delineare il perimetro della decisione assumenda all'esito della udienza fissata come da dispositivo;

- sotto la vigenza della L.F. aveva depositato in data **30.12.2021** ricorso prenotativo ex art. 161 co. 6 L.F. avanti al Tribunale di \* (si rammenta, infatti, che la società debitrice aveva sede in provincia di \* sino al 01.01.2021, data del trasferimento in Milano, \*), procedura nell'ambito della quale in data **28.06.2022** depositava proposta e piano di concordato in continuità diretta;

- \*, operate alcune modifiche al piano e a valle di un procedimento ex art. 173 LF poi archiviato, *in limine* all'udienza di convocazione avanti al GD dell'01.06.2023 depositava rinuncia alla domanda di concordato;

- il Tribunale di \* rilevata *ex officio* ex art. 3 D.Lgs. n. 270/1999 l'insolvenza della società e preso atto del successivo deposito di istanze per la dichiarazione dello stato di insolvenza, fissava l'udienza ex artt. 3 e 7 D.Lgs. n. 270/1999 (c.d. Prodi bis) per la

data del 14.06.2023, disponendo la trasmissione degli atti al Ministero delle Imprese e del Made in Italy per gli adempimenti di competenza;

- **il Ministero delle Imprese e del Made in Italy faceva pervenire nota scritta nella quale così concludeva:** “*Premesso quanto sopra, ai fini dell'eventuale ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria si ritengono i presupposti previsti dagli artt. 2 e 3 del D.Lgs. n. 270/1999. Nel caso in cui il Tribunale di \* dovesse dichiarare lo stato di insolvenza della \* si designano, ai sensi del punto 2) lettera e) della direttiva ministeriale dell'11 maggio 2023 avuto riguardo della particolare rilevanza e complessità della procedura, quali Commissari giudiziali: l'avv. \**”

- seguiva l'ordinanza del Tribunale di \* datata **16.06.2023** in forza della quale veniva dichiarata l'improcedibilità della domanda di concordato preventivo ex art. 161 L.F. e rubricata al n. \*/2021 Ruolo C.P. depositata da \* e dichiarata la propria incompetenza in favore del Tribunale intestatario in merito al procedimento volto alla dichiarazione di insolvenza ex artt. 3 e 7 D.Lgs. n. 270/1999, trasmettendo ex art. 29 CCII il fascicolo del procedimento unitario, contenente i ricorsi *medio tempore* depositati da creditori e PM per la dichiarazione di insolvenza della predetta società;

- in data **21.06.2023** \* depositava avanti al Tribunale intestatario ricorso ex art. 44 c. 1 CCII, riservandosi di presentare entro l'assegnando termine una proposta definitiva di concordato preventivo o una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione dei debiti;

- veniva quindi disposta la trattazione prioritaria della domanda di concordato rispetto alle iniziative, pur pendenti, volte alla dichiarazione di insolvenza e acquisite da parte della Cancelleria nel procedimento unitario n. 655-2/2023;

- il Tribunale intestatario ritenuta la propria competenza ex artt. 27 co. 1 e 350 co. 1 CCII (questione in tema di competenza territoriale con riferimento alla quale, peraltro, la società debitrice ha da ultimo espresso acquiescenza, Cfr. pag. 12 della domanda c.d. piena di concordato) assegnava termine per la presentazione di proposta e piano di concordato al 21.08.2023, nominando CCGG il \*

- in data **21.08.2023** \* depositava domanda piena di concordato (acquisita dalla Cancelleria nel fascicolo n. alla quale seguiva l'acquisizione del parere dei CCGG, come in epigrafe.

#### OSSERVA

##### ***In ordine alla domanda di concordato presentata in data 21.08.2023***

Il Collegio osserva sussistere *prima facie* un assorbente profilo di inammissibilità della proposta concordataria in esame rappresentato dalle gravi lacune e carenze dell'attestazione ex art. 87 co. 3 CCII resa a corredo, come da rilievi espressi dai CCGG nel parere sopra richiamato,

[omissis] carenze peraltro già stigmatizzate dal Tribunale in sede di deliberazione dell'istanza urgente ex art. 99 CCII, [omissis]

Inidoneità dell'attestazione ad assolvere la funzione alla quale è deputata che appare confermata dalle stesse dichiarazioni “confessorie” dei legali di \* che nella nota depositata \*, ove riferiscono che “*La presente istanza nasce dalla consapevolezza,*

*acquisita dai sottoscritti difensori da qualche tempo, della lacunosità dell'attestazione, inviata agli scriventi dal \* lo stesso 21 agosto u.s., giorno della scadenza per il deposito della domanda e del piano concordatario attestato; complici, certamente, le estreme difficoltà di lavoro dell'attestatore nel periodo estivo, con l'azienda chiusa per ferie, e le non meno urgenti incombenze connesse alla redazione delle due attestazioni "speciali" ex art. 99 CCIP" e ancora: "Con la consueta trasparenza e onestà intellettuale, corre l'obbligo di rappresentare al Tribunale che, dopo l'analisi svolta al riguardo, non pare agli scriventi percorribile l'ipotetica soluzione del ritiro e ripresentazione della domanda corredata da nuova attestazione: e ciò sia in linea generale, in quanto realisticamente irrituale e tacciabile di abusività, sia - e tanto più - nel caso di specie, dal momento che già in precedenza il ricorso in allora pendente davanti al Tribunale di \* è stato ritirato e ripresentato innanzi a codesto Tribunale".*

Operata da ultimo la precisazione che il termine di cui all'art. 47 co. 4 CCII possa essere concesso soltanto per integrare quanto è stato prodotto ma non già per supplire ad una grave carenza iniziale di ciò che avrebbe dovuto essere depositato nel rispetto del termine perentorio assegnato ai sensi dell'art. 44, comma, 1), lettera a) CCII, si provvede alla convocazione ex art. 47 della società debitrice come da dispositivo e stante la pendenza dei ricorsi per la dichiarazione di insolvenza come da paragrafo seguente.

Non si ravvisano, pertanto, i presupposti per l'accoglimento della richiesta di assegnazione di termine "per rinnovazione dell'attestazione", come da conclusioni da ultimo formulate nella nota del 13.09.2023 dei legali di \*

***Con riferimento agli incompetenti ex artt. 3 e 7 D.Lgs. n. 270/1999 (c.d. Prodi bis)***

A mente dell'art. 7 D.Lgs. n. 270/1999 "Prima di provvedere, il tribunale convoca l'imprenditore, il ricorrente e il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato ("Ministro dell'industria"), il quale può designare un delegato per la comparizione o far pervenire un parere scritto. L'audizione può essere delegata dal tribunale ad uno dei componenti del collegio. Tra la data della comunicazione dell'avviso di convocazione e quella dell'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a quindici giorni liberi. Il termine può essere abbreviato dal tribunale, con decreto motivato, se ricorrono particolari ragioni di urgenza. L'avviso di convocazione diretto al Ministro dell'industria contiene l'invito ad indicare, entro la data fissata per l'udienza, uno o tre commissari giudiziari, da nominare nel caso di dichiarazione dello stato di insolvenza. Il numero dei commissari è stabilito dal tribunale."

Come illustrato in premessa le iniziative per la dichiarazione di insolvenza sono già pendenti dal giugno 2023, a seguito della trasmissione per competenza da parte del Tribunale di \* dei relativi ricorsi.

Il Ministero si è già espresso come da nota di deposito che, evidentemente, era stata rivolta al Tribunale di \* avanti al quale originariamente pendeva il procedimento.

Si reputa pertanto opportuno che, come da dispositivo, che il presente provvedimento venga comunicata nuovamente anche al Ministero, onde consentire di partecipare all'udienza o di procedere al deposito di parere scritto, al precipuo fine di

conoscere le determinazioni anche con riferimento al contenuto del parere già a suo tempo depositato presso il Tribunale di \*

Per quanto precede - e ferma la qui disposta pronta trasmissione del presente provvedimento alla Cancelleria per le comunicazioni di rito - si reputano comunque sussistere i presupposti per abbreviare prudenzialmente il termine di 15 giorni liberi, di cui alla norma sopra citata, a dieci, essendosi il Ministero già espresso e avendo già dato corso all'istruttoria di interesse e stante il tempo trascorso e lo stato di insolvenza oramai conclamato, come risultante anche dalle note depositate dai CCGG in costanza del procedimento prenotativo.

P.Q.M.

visto l'art. 47 CO. 4 CCII;

visti gli artt. 3 e 7 D.Lgs. n. 270/1999;

RIGETTA la richiesta di \* di concessione di termine per il rinnovo dell'attestazione;

CONVOCA la società ricorrente all'udienza del \* alle ore 11,45 avanti al Tribunale in composizione collegiale per gli incumbenti di cui in narrativa;

ASSEGNA a parte ricorrente termine sino al \* per deposito di eventuale nota difensiva per contraddire anche con riferimento al procedimento ex art. 7 D.lgs. n. 270/1999, onerando della produzione del Libro Unico del Lavoro aggiornato;

Manda alla Cancelleria per la sollecita comunicazione del presente decreto e del parere dei CCGG:

-alla società ricorrente, come difesa in atti;

-al PM-sede;

-ai creditori che hanno già deposito ricorsi per la dichiarazione di insolvenza;

-ai CCGG, al fine di partecipare alla predetta udienza.

Manda altresì per la immediata comunicazione a cura della Cancelleria:

al Ministero delle imprese e del Made in Italy per l'avviso di convocazione, invitandolo ad indicare, nel caso di pronuncia della dichiarazione di insolvenza, le proprie determinazioni confermativa o meno rispetto al contenuto del parere già a suo tempo depositato presso il Tribunale di Arezzo, come meglio richiamato in premessa, in tempo utile per la citata udienza.

Milano, così deciso nella Camera di Consiglio della Sezione Seconda civile in data 15.09.2023.

Il giudice relatore  
dott. Luca Giani

Il Presidente  
dott.ssa Caterina Macchi

## **Attestazione inidonea: il Tribunale di Brescia smentisce quello di Milano**

Tribunale di Brescia, 29 giugno 2023. Pres. Bruno. Rel. La Malfa.

*Con questo puntuale provvedimento, che si pone in linea con il favor normativo nei confronti della soluzione concordataria e con l'esigenza di "prevedibilità" delle decisioni, i giudici bresciani hanno correttamente consentito al debitore di presentare una nuova attestazione dopo che erano emersi forti dubbi sull'indipendenza del primo attestatore (carezza che rendeva l'elaborato uti non esset).*

*Viene in tal modo smentito il draconiano orientamento milanese, secondo il quale l'attestazione, per essere produttiva di effetti, deve fin dall'inizio risultare "perfetta" in tutti i suoi elementi formali e sostanziali, pena l'inammissibilità della domanda: una lettura dell'art. 47, c. 4, quest'ultima, che suscita più d'una perplessità sul piano interpretativo e che rischia, in concreto, di "affossare" un numero potenzialmente ampio di ricorsi diretti ad ottenere l'apertura del concordato.*

### Premesso che

Con ricorso ex artt. 40 e 44 c.c.i. depositato in data 21 marzo 2023;

\* ha proposto domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, riservandosi di presentare la proposta, il piano e gli accordi entro un assegnando termine.

Con decreto del 26 marzo 2023 il Tribunale ha fissato il termine per il deposito della proposta al 20 maggio 2023 e designato commissario giudiziale nella persona del \*

In data 22 maggio 2023 la società ricorrente ha, quindi, depositato nel termine assegnato l'integrazione della domanda di concordato preventivo.

Con memoria del 5 giugno 2023 il commissario ha segnalato l'esistenza di circostanze potenzialmente idonee ad incidere sul requisito dell'indipendenza dell'attestatrice. In particolare, dagli accertamenti svolti, la \* risulterebbe legata alla ricorrente da rapporti professionali, quale \* ovvero la società (amministrata da \* liquidatore della proponente) che detiene il 90% del capitale di \* che a propria volta risulta essere soda di maggioranza della ricorrente.

Il Tribunale ha quindi convocato in camera di consiglio, ai sensi dell'art. 162, secondo comma, 1. fall, la società proponente, il commissario giudiziale, il Pubblico Ministero per l'udienza del 28 giugno 2023.

Entro il termine assegnato dal Tribunale, la Società e il Commissario hanno depositato le proprie osservazioni. All'udienza camerale del 29 giugno 2023 le parti hanno concluso come da verbale e il Collegio si è riservato.

### Osserva

Esaminati gli atti e sentito il relatore, ritiene, il Tribunale, che l'attestatrice \* parrebbe priva del requisito dell'indipendenza, in quanto legata da pregressi rapporti professionali con la \*, che esercita un potere di controllo sulla Società proponente per il tramite della \*

Come noto, requisito di ammissibilità della domanda di concordato preventivo è la presenza della relazione formata da professionista attestatore (art. 87, comma 3, c.c.i.i.), il quale deve essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 2, comma 1, lettera o). In particolare, la norma nel prescrivere il requisito dell'indipendenza prevede quale presupposto imprescindibile il *“non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa”*.

Più esattamente, l'esistenza di pregressi rapporti professionali tra la \* e la \* emergono dal sito web della società, ove, nella sezione *team*, la medesima figura nell'Advisory Board con la qualifica di Associate Partner. Oltre che dalla \* il *team* strategico risulta composto da \* (Founder&Senior Partner, nonché amministratore della società e liquidatore della \*) e da soli altri due collaboratori, \*. Il rapporto di collaborazione emerge poi dallo stesso profilo LinkedIn della \* ove la medesima si qualifica come \* partner presso \*. Tali collegamenti rendono, pertanto, evidente l'esistenza di pregressi rapporti professionali tra la \* da un lato, ed \* dall'altro.

È pur vero che la legge fallimentare prevede che la nomina del professionista accertatore sia effettuata dal proponente il concordato preventivo, il quale certamente lo sceglierà in considerazione della fiducia risposta nella professionalità dell'esperto; è altrettanto vero, tuttavia, che il professionista non è un semplice consulente o collaboratore del proponente, ma svolge il proprio incarico in una posizione di indipendenza e terzietà, a garanzia degli interessi dei creditori e dell'intera procedura. Come evidenziato dalla giurisprudenza, pertanto, *“lo svolgimento nei termini di legge di qualsiasi attività libero professionale in favore della società proponente il concordato, da parte di chi sia poi nominato professionista attestatore, lo rende incompatibile con l'incarico. La formula legislativa, laddove prevede che “in ogni caso” il professionista attestatore non deve aver svolto attività professionale in favore del proponente il concordato, esclude ogni eccezione e non consente margine di valutazione.”* (Cass., 19 aprile 2017, n. 9927).

Nella propria memoria la Società ha evidenziato che le informazioni riportate nel sito web e nel profilo LinkedIn non sarebbero più attuali, in quanto riferibili ad un progetto mai avviato (*“Tuttavia, tale collaborazione meramente professionale non si è mai concretizzata [...] Il sito web di \* non è più stato aggiornato (doc. XXII-bis) e lo stesso dicasi per il profilo LinkedIn della \* che, pertanto, riportava notizie non coincidenti con la realtà: non a caso, oggi i due professionisti hanno provveduto a rettificare le rispettive pagine web”*). Al contempo, ha rappresentato che la fiducia

riposta nella \* è maturata nel corso di precedenti occasioni di incontro professionale fra la \* *“nell’ambito di diverse e altre procedure concorsuali aperte presso i Tribunali di Lecco, di Siena e di Monza Brianza, “nei rispettivi ruoli di nomina societaria delle diverse società in procedura per il tramite di altri professionisti noti nell’ambito delle ristrutturazioni aziendali, conosciuti separatamente in pregresse procedure e/o consulenze”, ultima occasione nel ruolo di attestatore nell’accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis del CF presso il Tribunale di Firenze nel 2019 (procedura omologata e chiusa)”*. Ha in ogni caso precisato l’assenza di qualsivoglia cointeressenza economica tra la \*, di qualsiasi rapporto di associazione o qualunque coinvolgimento della medesima nell’organigramma della \*

Trattasi, tuttavia di argomentazioni inidonee a smentire l’inequivocabile valore sintomatico della documentazione acquisita, chiaro indice dell’esistenza di un pregresso rapporto di collaborazione, di carattere non occasionale, tra i due professionisti.

Del resto, la menzione del rapporto di collaborazione su pagine web pubblicamente accessibili compromette certamente l’indipendenza del professionista, che deve essere garantita non solo in termini sostanziali, ma anche formali, sotto il profilo dell’apparenza, apparenza che costituisce il fondamento della fiducia che il ceto creditorio deve poter riporre nell’attività svolta. Tale correlazione impedirebbe così al professionista di svolgere in maniera adeguata la propria funzione, non solo di essere, ma anche di apparire una figura di garanzia nell’interesse di ogni singolo creditore e dell’intera procedura.

Cionondimeno, occorre valutare l’attività svolta dalla proponente alla luce della clausola generale della buona fede. È pacifico infatti che l’esistenza di precedenti rapporti non era stata ritenuta rilevante ai fini della valutazione dell’indipendenza dell’attestatrice, considerato che nelle precedenti procedure concorsuali in cui il \* si era avvalso della sua collaborazione la circostanza non era mai stata contestata. L’affidamento riposto dalla società e l’esigenza di assicurare la prevedibilità delle decisioni inducono pertanto a consentire che l’attestazione, rilevatasi inidonea all’assolvimento della propria funzione, venga sostituita con una nuova relazione, redatta da un professionista dotato dei requisiti prescritti dall’art. 2, comma 1, lettera o) c.c.i.i.

P.Q.M.

Assegna termine all’8 settembre 2023 per il deposito di nuova relazione attestativa ex art. 87, comma 3, c.c.i.i., previa sostituzione dell’attestatrice con nuovo professionista dotato dei requisiti prescritti dall’art. 2, comma 1, lettera o) c.c.i.i.;

dispone la comunicazione del presente provvedimento alla società ricorrente, al commissario giudiziale e al Pubblico Ministero;

manda alla cancelleria per quanto di competenza.

Così deciso in Brescia, nella Camera di Consiglio del 29 giugno 2023.

Il Presidente  
dott.ssa Simonetta Bruno



**Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali**

ISSN 2785-6348

Centro Studi Giuridici Editore - [IL CASO.it](http://ILCASO.it)