

CRISI D'IMPRESA E PROCEDURE CONCORSUALI: UN'INTRODUZIONE

ORESTE CAGNASSO e LUCIANO PANZANI

SOMMARIO: 1. Dalla legge delega al codice; 2. Insolvenza e crisi; 3. Il controllo del giudice; 4. L'accesso alla composizione negoziata e agli strumenti di regolazione della crisi; 5. Strumenti di regolazione della crisi e liquidazione dei beni; 6. Accordi di ristrutturazione e P.R.O.; 7 Diritto societario della crisi; 8. Misure protettive e cautelari; 9. Sovraindebitamento ed esdebitazione; 10. Il procedimento unitario; 11. Crisi ed insolvenza di gruppo; 12. Insolvenza transfrontaliera; 13. Conclusioni.

1. Dalla legge delega al codice

Con il D.Lgs. 13 settembre 2024, n. 136, il nuovo ed ultimo decreto correttivo, si è completato l'iter della riforma delle procedure concorsuali, iniziata con la legge delega 19 ottobre 2017, n. 155. Dalla delega del legislatore è seguito il codice della crisi e dell'insolvenza, emanato con il D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, e successivamente più volte emendato. Il codice è stato il frutto dei lavori di tre Commissioni ministeriali, le due Commissioni Rordorf incaricate prima della redazione della legge delega e poi del testo del codice vero e proprio, e la Commissione Pagni, che ha posto mano a gran parte delle modifiche sfociate prima nel D.L. 24 giugno 2021, n. 118, che ha introdotto nel nostro ordinamento la composizione negoziata

ed ha anticipato nella legge fallimentare del 1942 molta parte della disciplina degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza contenuti nel codice, poi nel D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83, che ha adeguato il codice alla Dir. (UE) 2019/1023 del 20 giugno 2019 (Direttiva *Insolvency*)¹ e ha introdotto ulteriori modifiche. Prima di tutto ciò il testo originario del codice era stato oggetto di precedenti correzioni con il D.Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147.

Ognuno dei successivi interventi legislativi sul codice non si è limitato a provvedimenti correttivi, di miglioramento del testo normativo, ma è stato espressione di visioni diverse da quella degli originali redattori, in parte imposte da eventi sopravvenuti. L'entrata in vigore del codice, per il quale era già prevista una lunga *vacatio legis*, fu rinviata, salvo che per poche norme, in ragione della pandemia e della crisi economica che ne seguì. Nelle more il codice dovette essere adeguato alla nuova normativa europea, in particolare alla Dir. 1023/2019. Fu deciso di abbandonare il complesso sistema dell'allerta, che costituiva il titolo II del nuovo codice, sepolto dalle critiche e dalle accuse di rigidità e schematismo.

Oggi l'iter legislativo è finalmente compiuto. Ha attraversato tre legislature, Governi di vario colore, maggioranze politiche differenti. Sono passati sette anni dall'approvazione della legge delega, sette anni di vacche grasse almeno dal punto di vista delle innovazioni legislative. Ci auguriamo sette anni di vacche magre sempre dallo stesso punto di osservazione, ma dobbiamo dar atto che all'orizzonte si profilano nuovi possibili interventi legislativi.

Da un lato l'Unione Europea ha in cantiere una nuova Direttiva di armonizzazione della disciplina concorsuale², che

¹ Dir. (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la Dir. (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), in GUUE, L 172 del 26 giugno 2019.

² COM (2022) 702 def., del 7 dicembre 2022.

questa volta non riguarda le procedure di ristrutturazione, ma la disciplina della liquidazione. La proposta di Direttiva, sulla quale la nuova Commissione deve ancora esprimere le proprie valutazioni, tocca temi importanti quali la disciplina della revocatoria, i procedimenti semplificati, il c.d. *pre-pack*, la responsabilità degli amministratori. Dall'altro sembra che la scelta del legislatore di non rivedere con il codice della crisi la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, e D.L. 23 dicembre 2003, n. 347 e successive modificazioni) non sia definitiva. Un possibile intervento legislativo è allo studio e potrebbe riguardare anche la composizione negoziata della crisi per le imprese assoggettabili ad amministrazione straordinaria.

In questa sede vorremmo cercare di individuare i punti fondanti della nuova disciplina del codice, guardando al codice nel suo complesso più che agli interventi dell'ultimo decreto correttivo, che vanno letti e visti nel quadro complessivo della nuova disciplina.

Il primo dato che va considerato è che la riforma attuata dal legislatore è incompleta per espressa scelta del legislatore delegato perché non tutta la delega ha ricevuto attuazione. La legge delega prevedeva che si ponesse mano alla riforma organica delle procedure concorsuali, della disciplina sulla composizione delle crisi da sovraindebitamento e alla revisione del sistema dei privilegi e delle garanzie.

Quest'ultimo tema è rimasto lettera morta per l'intrinseca difficoltà di sfrondare un sistema di protezioni che affonda le proprie radici nella tutela di interessi radicati. Abbiamo rinunciato ad affiancarci a Paesi come la Germania che dell'eliminazione o riduzione delle categorie di creditori privilegiati aveva fatto un pilastro di un sistema più efficiente nell'individuazione delle soluzioni della crisi d'impresa. A tale omissione si è cercato di rimediare, almeno in parte, recependo nel nostro sistema come criterio di soddisfacimento dei creditori il controverso istituto della *relative priority rule*, con risultati che sono ancora tutti da verificare.

Un secondo punto inattuato della legge delega ha riguardato la revisione della geografia giudiziaria con riduzione del numero dei tribunali competenti in materia di crisi d'impresa. Anche in questo caso il rifiuto della riduzione che avrebbe consentito di dare più facilmente attuazione all'indicazione della Direttiva *Insolvency* a favore della specializzazione del giudice, rappresenta certamente un costo per il sistema Paese, cui offre soltanto parziale rimedio la previsione dell'art. 358 c.c.i.i. che i tribunali possano nominare alle cariche di curatore, commissario giudiziale e liquidatore anche professionisti al di fuori del circondario al quale appartiene il singolo ufficio giudiziario.

Infine la terza previsione della legge delega che non ha avuto attuazione, o meglio che è stata depennata dal testo legislativo ancor prima che questo divenisse legge, riguarda l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, che è rimasta al di fuori della disciplina del codice, con un *vulnus* al principio della riforma organica sul quale la riforma si è fondata.

È un *vulnus* parziale perché l'amministrazione straordinaria riguarda soltanto le imprese insolventi, non quelle in crisi, pur assoggettabili alla procedura speciale, anche se è stato sostenuto che la nozione di insolvenza propria dell'amministrazione straordinaria non ne richiederebbe la manifestazione con inadempimenti o altri fatti esteriori e potrebbe quindi comprendere, almeno parzialmente, anche le situazioni di crisi³. E va ricordato che il D.L. 18 gennaio 2024, n. 4, modificando l'art. 2, comma 2, D.L. n. 347/2003, ha disposto che dalla data di presentazione dell'istanza del socio al Mimit per l'apertura dell'amministrazione straordinaria speciale di imprese che gestiscono uno o più stabilimenti di interesse strategico nazionale, e fino alla chiusura di tale procedura, non può essere proposta la domanda di accesso alla composizione negoziata.

Resta tuttavia che l'amministrazione straordinaria si fonda su criteri del tutto diversi da quelli che regolano gli istituti previsti dal codice della crisi e non rispetta il principio fondamentale

³ Si veda S. Ambrosini, in questo Trattato, Parte XX.

della tutela del diritto di credito, come diritto costituzionalmente protetto, affermato dalla giurisprudenza della Corte EDU in sede di interpretazione dell'art. 1 del Protocollo Aggiuntivo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, fatto proprio dalla Corte Costituzionale. Tale principio si è tradotto nel recepimento nella Direttiva *Insolvency* della regola, di diversa origine, del *creditor no worse off*.

Questo principio è uno dei pilastri su cui si fonda la disciplina del codice della crisi. Tutti gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza affermano infatti il principio che il trattamento dei creditori dissenzienti non può essere inferiore a quanto essi potrebbero ricevere in caso di liquidazione giudiziale aperta alla data della domanda di accesso alla diversa procedura di cui si tratta. È una regola fondamentale perché comporta che la tutela dei diversi e numerosi interessi tutelati dagli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza non può andare a discapito del diritto di cui è titolare ciascun creditore, nei limiti concreti in cui esso trova protezione nell'ipotesi di avvio della procedura liquidatoria, che è l'unica per la quale il creditore ha il potere di iniziativa in sede di esecuzione individuale e collettiva.

Beninteso il legislatore ha mostrato di voler tutelare molteplici interessi oltre a quello dei creditori. L'art. 84, comma 2, c.c.i.i. afferma con chiarezza che il concordato in continuità tutela l'interesse dei creditori e preserva, nella misura possibile, i posti di lavoro. Oltre a questi due interessi, espressamente menzionati, gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e la composizione negoziata tutelano il debitore in crisi o insolvente, del resto protetto anche dal sistema della liquidazione giudiziale e della successiva esdebitazione. La prosecuzione dell'attività d'impresa attraverso il suo risanamento o la cessione a terzi nel caso di continuità indiretta sono anch'essi interessi tutelati, come emerge dal principio affermato dall'art. 7, comma 2, c.c.i.i. in forza del quale nel caso di proposizione di più domande il tribunale esamina in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con

strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, salvo i casi di inammissibilità della domanda o di manifesta inadeguatezza del piano. La norma menziona anche l'assenza di pregiudizio per i creditori in caso di concordato in continuità, che va peraltro intesa nei limiti del principio del *no creditor worse off*. Non rappresenta invece un interesse tutelato, ma un limite esterno, la menzione della sicurezza sul lavoro e della tutela dell'ambiente (artt. 56, comma 2, lett. *g-bis*; art. 87, comma 1, lett. *f*).

L'opzione per una disciplina organica delle procedure concorsuali ha segnato un importante progresso del codice della crisi rispetto alla normativa che l'ha preceduto. La normativa sul sovraindebitamento è diventata parte integrante del codice con la conseguenza che anche le procedure in materia sono soggette ai principi generali esposti nei primi articoli di legge, in primis agli obblighi in materia di diritti e doveri delle parti regolati dall'art. 4 c.c.i.i. Se permane un trattamento differenziato da quello dell'imprenditore commerciale per quanto concerne gli imprenditori agricoli e per i soggetti che non sono imprenditori, la disciplina del sovraindebitamento vede il ricorso alle medesime nozioni di crisi ed insolvenza per quanto concerne i presupposti oggettivi, il rinvio alle norme in tema di concordato preventivo per quanto attiene al concordato minore (art. 74, comma 4 c.c.i.i.). Inoltre le norme in tema di liquidazione giudiziale e liquidazione controllata sono inserite nel medesimo Titolo V, mentre l'art. 270 richiama, quanto agli effetti della sentenza di apertura della procedura, gli artt. 142 e 143 in quanto compatibili e gli artt. 150 e 151. Sono richiamate le norme in materia di procedimento unitario. Infine il regime dell'esdebitazione, ormai compiuto e potremmo dire maturo, si fonda su principi in parte comuni.

2. Insolvenza e crisi

Insolvenza e crisi rimangono con il codice un'endiade incrollabile quale presupposto di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Questa scelta

storicamente fu effettuata dal legislatore nel lontano 2005, con il D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, che aggiunse un secondo comma all'art. 160 l. fall. che affermava che, ai fini della disciplina del concordato preventivo allora appena novellata dalla riforma Vietti, per stato di crisi s'intendeva anche lo stato di insolvenza.

Il legislatore dell'ultimo correttivo (D.Lgs. n. 136/2024) è intervenuto a modificare l'art. 12 c.c.i.i. per chiarire che tra i presupposti di accesso alla composizione negoziata rientrano tanto la crisi che l'insolvenza, oltre che lo stato di pre-crisi. Si tratta di una scelta che era già stata compiuta sul piano interpretativo nel vigore del precedente testo sia da dottrina che dalla prevalente giurisprudenza, non coerente tuttavia con l'esigenza di emersione anticipata della crisi e con la previsione di assetti adeguati perché consente nei fatti di non pagare conseguenze del ritardo nel porre rimedio alla crisi. Nello stesso tempo i segnali di crisi individuati dall'art. 3, comma 4, c.c.i.i., sono per lo più segnali di una situazione di insolvenza conclamata per cui pare scarsamente sostenibile la formula con cui si apre ora il comma 4 della norma in parola, quando afferma che quelle situazioni indicate dalle lettere da a) a d) *costituiscono segnali, anche prima dell'emersione della crisi o dell'insolvenza*, che agevolano la tempestiva previsione dell'emersione della crisi.

Le recenti disposizioni che hanno esteso anche alla composizione negoziata la disciplina della transazione fiscale e hanno rivisto il relativo regime con riguardo a tutti gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, hanno come ragione fondante l'esistenza di un numero rilevante di imprese insolventi che non possono giungere alla sistemazione della situazione in cui si trovano senza un abbattimento del debito fiscale (e contributivo al di fuori della composizione negoziata).

È peraltro evidente che il mantenimento della parificazione delle conseguenze tra crisi ed insolvenza, ancorché il decreto dirigenziale 28.9.2021, modificato dal successivo decreto 21.3.2023, emanato ai sensi dell'art. 13 c.c.i.i., chiarisca molto

bene la differenza tra le due situazioni e la necessità di interventi da parte dell'imprenditore di tipo diverso, che possono arrivare alla cessione dell'azienda, rappresenta un elemento dissonante nella disciplina legislativa, che favorisce il permanere di cattive abitudini, ostacola il tempestivo *redressement* e danneggia i creditori. Una parte almeno delle numerose procedure di liquidazione giudiziale che si aprono oggi, senza prospettive di soddisfacimento della maggior parte dei creditori, è anche conseguenza di quest'impostazione.

Tuttavia, il codice ha tratto beneficio dall'inserimento al suo interno della composizione negoziata che rappresenta a tutt'oggi il tentativo più serio, almeno parzialmente riuscito, di assicurare un serio sforzo dell'imprenditore per raggiungere un accordo con i creditori e risanare l'impresa. I dati diffusi da Unioncamere dimostrano un 20% di composizioni negoziate che hanno sortito un esito positivo, non tanto dal punto di vista del raggiungimento di un accordo con i creditori, ma della creazione delle condizioni per l'accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e della contestuale salvaguardia di un rilevante numero di posti di lavoro.

Il legislatore ha preso atto che la dimensione delle trattative con i creditori rappresenta un elemento essenziale della composizione della crisi. Sia consentito qui riprendere il rilievo che abbiamo svolto nel capitolo dedicato alla storia del Fallimento, che anche nei secoli dell'Italia dei comuni la trattativa svolgeva un ruolo fondamentale e si affiancava, con stridori più apparenti che reali, alle pene draconiane che ricaviamo dagli antichi Statuti comunali e dalla legislazione degli Stati pre-unitari. Per questa ragione merita senz'altro approvazione la previsione di un robusto sistema di doveri a carico delle parti, debitore e creditori, cui il nuovo decreto correttivo, ha aggiunto le altre parti interessate, prima di tutto i potenziali acquirenti dell'impresa.

3. Il controllo del giudice

Rimane confermato il ruolo essenziale del controllo giudiziario negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Il legislatore ha preso atto delle difficoltà a regolare in termini di certezza il tema del controllo di fattibilità del piano. Su questo tema specifico l'art. 112, con riguardo al concordato preventivo, prevede opportunamente che, se il concordato ha carattere liquidatorio, il controllo di fattibilità vada inteso come riferito alla *non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi del piano*. Nel caso del concordato in continuità si richiede nuovamente di accertare che il piano *non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza*. Tuttavia, non ne deriva affatto un arretramento del controllo giudiziale, non tanto e non soltanto perché a differenza della Direttiva *Insolvency* il legislatore non limita il controllo soltanto ad alcuni casi⁴, ma perché il controllo si esercita con le autorizzazioni degli atti di straordinaria amministrazione, del pagamento dei debiti pregressi, dei finanziamenti, e perché ad esso si aggiungono le competenze in materia di misure protettive, tipiche ed atipiche, e di misure cautelari, secondo la disciplina innovativa degli artt. 54 e 55 c.c.i.i.

Tale tipo di controllo, sia pur con diverse sfumature, riguarda anche la composizione negoziata, dove si estende anche alla cessione d'azienda ove il cessionario voglia rilevarla libera dai debiti pregressi. La giurisprudenza che si è formata e che si sta formando sul contenuto delle misure protettive e cautelari ha tratti fortemente innovativi, anche se talvolta opinabili, ed assume le caratteristiche di una giurisprudenza pretorile in forte evoluzione.

L'altro profilo del controllo giudiziario riguarda il fronte del procedimento con riserva. Qui le modifiche dell'art. 44 c.c.i.i.

⁴ L'art. 10 della Direttiva consentiva di limitare tale controllo a tre casi: 1) piani che incidono sui diritti delle parti interessate dissenzienti, che sono quelle il cui soddisfacimento è inciso dal piano, non quelle che in ogni caso non percepirebbero nulla, come chiarisce l'art. 2, n. 2 della Direttiva; 2) piani che prevedono nuovi finanziamenti; 3) piani che comportano la perdita di più del 25% della forza lavoro.

hanno come conseguenza che se il debitore non allega alla domanda quantomeno *un progetto di regolazione della crisi e dell'insolvenza redatto in conformità alle disposizioni che disciplinano lo strumento prescelto*, progetto che dovrebbe comprendere tanto la proposta che il piano, si producono gli effetti stabiliti dall'art. 46 per la presentazione della domanda piena di concordato preventivo. Ne segue quindi la nomina del commissario giudiziale, che negli accordi di ristrutturazione rimane facoltativa, e soprattutto la necessità dell'autorizzazione per gli atti urgenti di straordinaria amministrazione, il cui compimento non autorizzato comporta la revoca del decreto di concessione del termine per la presentazione della proposta e del piano. Il progetto è necessario anche per il raddoppio del termine di presentazione della domanda piena dagli iniziali sessanta giorni.

La ristrettezza del termine, il regime di vigilanza rigorosa, rendono poco appetibile il ricorso a questa forma di accesso agli strumenti di regolazione della crisi, nonostante la sospensione delle norme a garanzia del capitale sociale e la possibilità di beneficiare delle misure protettive. È evidente il *favor* del legislatore per la diversa opzione rappresentata dalla composizione negoziata.

Tra gli strumenti di regolazione della crisi soltanto il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (P.R.O.) e gli accordi di ristrutturazione prevedono un regime di controlli meno severo. Nel P.R.O. alla domanda segue la nomina del commissario giudiziale, ma il regime degli atti di straordinaria amministrazione e dei pagamenti non necessita di autorizzazione, ma soltanto di comunicazione al commissario giudiziale che può esprimere il suo dissenso, cui segue peraltro la revoca dell'ammissione ai sensi dell'art. 106 c.c.i.i. Il trasferimento dell'azienda è possibile anche prima dell'omologazione senza accollo dei debiti pregressi (eccezion fatta per i crediti di lavoro) all'acquirente, ai sensi dell'art. 64-*bis*, comma 9 *bis*, previa autorizzazione del tribunale.

Gli accordi di ristrutturazione rimangono l'unica procedura in cui il debitore conserva il pieno potere di gestione dell'impresa per gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione. La nomina del commissario giudiziale è facoltativa, ma è obbligatoria nel caso di domanda con riserva e nel caso di pendenza di domande di liquidazione giudiziale, se necessaria per tutelare gli interessi delle parti istanti (art. 40, comma 4, c.c.i.i.). È pertanto improbabile che il tribunale non faccia luogo alla nomina nelle ipotesi restanti.

Va peraltro ricordato che nel concordato in continuità aziendale il commissario giudiziale ha assunto con il nuovo codice ed ancora di più con il nuovo decreto correttivo 136/2024 caratteri in parte diversi dal passato, perché l'art. 92 c.c.i.i. gli consente di affiancare il debitore ed i creditori, anche di propria iniziativa, nella negoziazione del piano e, dopo l'ammissione, nella negoziazione di modifiche del piano e della proposta.

La scelta del legislatore di richiedere la predisposizione di un progetto di piano di risanamento per l'accesso alla composizione negoziata (art. 17, comma 3, lett. *b*) e un progetto di regolazione della crisi e dell'insolvenza da accompagnare alla domanda con riserva di accesso agli strumenti di regolazione della crisi per evitare il regime di controllo più accentuato è coerente con la previsione di assetti adeguati che riguarda ogni impresa e, in particolare, quelle organizzate in forma collettiva. Tali assetti debbono consentire, come recita l'art. 3, comma 3, c.c.i.i., di rilevare tempestivamente gli squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario e di ricavare le informazioni necessarie a utilizzare gli strumenti predisposti per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento.

L'imprenditore deve peraltro munirsi, nel caso di accesso al concordato preventivo della collaborazione di un professionista indipendente (art. 2, comma 1, lett. *o*), cui spetta attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano ovvero, in caso di continuità aziendale, che il piano è atto a impedire o superare l'insolvenza e a garantirne la sostenibilità economica, oltre che ad assicurare a ciascun creditore il rispetto del principio

creditor no worse off (art. 87, comma 3, c.c.i.i.). Attestazioni analoghe sono previste nel P.R.O. (veridicità dei dati e fattibilità del piano – art. 64-*bis*, comma 3) e negli accordi di ristrutturazione (art. 57, comma 4), ove a veridicità e fattibilità si somma l’attestazione che il piano è idoneo ad assicurare l’integrale pagamento dei creditori estranei.

Va sottolineato che a differenza del controllo sulla fattibilità demandato al tribunale, l’attestazione del professionista indipendente sembra articolarsi in termini di certezza.

Quel che si vuole qui sottolineare, tuttavia, è un profilo diverso. La predisposizione del progetto di piano e la necessità dell’attestazione del professionista, non indispensabile peraltro nel caso di composizione negoziata, comportano che esista uno spazio di tempo tra il manifestarsi della crisi o dell’insolvenza ed il maturare delle condizioni di accesso alla composizione negoziata o agli strumenti di regolazione della crisi, in pratica il tempo dedicato alla redazione del progetto di piano ed, eventualmente, alle prime indispensabili verifiche con i creditori, nel corso del quale il debitore non è in grado di ottenere protezione. Anche le misure cautelari e protettive dipendono dall’accesso alla composizione negoziata e agli strumenti di regolazione della crisi, eventualmente nelle forme del procedimento con riserva.

Il ricorso alla nomina dell’esperto, la necessità della presenza del commissario giudiziale cui si aggiunge, nel caso del concordato semplificato liquidatorio, la nomina dell’ausiliario (l’ausiliario può essere nominato anche durante la composizione negoziata, ai sensi dell’art. 22, comma 2, c.c.i.i. quando il tribunale sia richiesto di autorizzare finanziamenti prededucibili o la cessione dell’azienda), l’obbligatorietà dell’attestazione del professionista indipendente, il ricorso assai frequente, anche su richiesta di creditori *forti*, alla figura dell’*advisor*, la presenza obbligatoria del liquidatore nel concordato preventivo liquidatorio e facoltativa, ma non troppo, nel concordato in continuità, rappresentano una scelta di fondo per un tipo di accesso alla negoziazione e alla composizione della crisi fondata

sull'apporto di competenza tecnica in misura rilevante. Anche la disciplina della transazione fiscale, disseminata in numerosi articoli collocati nell'ambito della normazione specifica di ogni istituto, fa ricorso all'attestazione del professionista indipendente.

Tutto ciò incide sui costi di accesso sia alla composizione negoziata che agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, costi che beneficiano della prededuzione integralmente quando si tratti di prestazioni professionali richieste dagli organi preposti allo strumento di regolazione della crisi o dal debitore dopo la domanda di accesso e soltanto nei limiti del 75% quando si tratti invece di prestazioni professionali in funzione della presentazione della domanda o della richiesta delle misure protettive a condizione che sia intervenuta l'omologazione o il provvedimento di apertura nel caso del concordato preventivo (art. 7 c.c.i.i.).

Tuttavia il legislatore, pur prevedendo che il ricorso di apertura del procedimento unitario, quale che sia il contenuto della domanda, debba essere sottoscritto da difensore munito di procura (art. 40, comma 2, c.c.i.i.), dispone che il debitore nel procedimento di liquidazione giudiziale può stare in giudizio personalmente (art. 40, comma 5).

Quest'ultima scelta è stata criticata perché probabilmente lesiva del diritto di difesa, in quanto la facoltà di stare in giudizio personalmente esclude la possibilità di accesso al patrocinio a spese dello Stato. La scelta di privilegiare invece la difesa tecnica, moltiplicando i soggetti il cui intervento è richiesto o suggerito nel corso della composizione negoziata e del procedimento relativo agli strumenti di regolazione della crisi, è certamente comprensibile. Essa è anche in linea con le indicazioni della Direttiva *Insolvency* agli artt. 26 e 27, che richiedono un'adeguata formazione dei professionisti, vigilanza sull'attività a fini deontologici e principi sulla remunerazione che assicurino l'espletamento efficiente delle procedure.

Tuttavia, il legislatore e la prassi non sembra che si siano preoccupati, salvo in qualche misura nella disciplina del

sovraindebitamento, di individuare soluzioni che possano ridurre i costi di accesso.

4. L'accesso alla composizione negoziata e agli strumenti di regolazione della crisi

Il legislatore ha cercato di favorire l'accesso alla composizione negoziata e agli strumenti di composizione della crisi e dell'insolvenza. Per la prima ne sono chiari indici la previsione di norme particolari nel caso di imprese sotto soglia e per i gruppi, l'estensione a tutti i tipi di imprese, ivi comprese le imprese agricole, la considerazione tra le ipotesi di esito positivo della composizione negoziata non soltanto del contratto o dell'accordo considerati dall'art. 23, comma 1, ma anche del piano attestato di risanamento e della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione ai fini del benefici fiscali, la possibilità di proporre il concordato semplificato.

Per gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza il *favor* del legislatore riguarda il concordato semplificato liquidatorio, perché se le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, e in sostanza tale requisito riguarda la condotta del debitore non essendo a questi imputabile una violazione di tali principi da parte dei creditori, la domanda di concordato può essere accolta tutte le volte che, nel rispetto delle cause di prelazione e della fattibilità del piano, i creditori non ricevano un trattamento deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale, ferma restando la necessità del riconoscimento a ciascun creditore di una specifica utilità. La formazione delle classi è facoltativa e il tribunale deve verificare la correttezza dei criteri di formazione, ma l'esclusione del voto dei creditori rappresenta indubbiamente un serio vantaggio sia in termini di rapidità che di prevedibilità del risultato.

Il concordato liquidatorio semplificato rappresenta inoltre un serio correttivo alle difficoltà del concordato preventivo liquidatorio le cui condizioni sono indubbiamente severe, anche se si tratta di scelta condivisibile perché raramente tali concordati rappresentano un vantaggio per i creditori rispetto

alla liquidazione giudiziale. La maggior facilità per il debitore di accedere all'esdebitazione, in caso di liquidazione rispetto al regime previsto per moltissimi anni dalla legge fallimentare del 1942, riduce di molto per quest'ultimo il vantaggio dello strumento concordatario.

Nel caso del concordato in continuità il legislatore ha introdotto molte novità, in parte notevole indotte dal recepimento della Direttiva *Insolvency*. La maggior parte di tali innovazioni rappresentano scelte dirette a facilitare la redazione della proposta e la sua approvazione da parte dei creditori e del tribunale.

La scelta della ripartizione dell'attivo tra i creditori, suddivisi obbligatoriamente per classi, secondo il criterio della *relative priority rule*, ma soltanto per la parte di attivo che eccede il valore di liquidazione, consente, secondo le intenzioni dei compilatori del codice, di predisporre un piano che offra a ciascuna classe di creditori il trattamento più conveniente, tale da favorire l'espressione di un voto favorevole.

Per contro la ripartizione del valore non eccedente quello di liquidazione, nozione di cui il legislatore si è preoccupato di chiarire il contenuto con riferimento a tutti i possibili esiti dell'alternativa eventuale della liquidazione giudiziale, secondo la regola della *absolute priority rule*, mira ad evitare che il principio del *creditor no worse off*, possa subire deroghe.

La possibilità di proporre opposizione è tuttavia riservata ai creditori appartenenti alle classi dissenzienti.

In realtà questa disciplina va vista alla luce del complesso sistema di voto adottato, diretto a favorire il risultato positivo della votazione. La proposta può essere approvata da tutte le classi all'unanimità, approvazione che non significa che tutti i creditori siano consenzienti perché l'art. 109, comma 5, c.c.i.i. considera sufficiente che all'interno di ciascuna classe abbiano votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti purché abbiano votato almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe, il che corrisponde al 33% dei crediti dei creditori della classe. In difetto è sufficiente che la proposta sia

stata approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una classe sia composta da creditori privilegiati capienti, ovvero anche da una sola classe di creditori, a condizione che si tratti di creditori che nel caso di liquidazione giudiziale ed applicando la regola di priorità assoluta, riceverebbero soddisfacimento parziale del loro credito non soltanto sul valore di liquidazione, ma anche sul valore eccedente. Occorre, cioè, che si tratti di creditori *in the money*, che optano per la soluzione concordataria rinunciando ad un effettivo trattamento utile in caso di liquidazione giudiziale.

Si tratta quindi in quest'ultimo caso, com'è ben stato evidenziato, del voto favorevole di una minoranza, fermo restando il diritto dei creditori dissenzienti di opporsi all'omologazione.

Va sottolineato che l'art. 112, comma 2, lett. b) pone un ulteriore requisito perché richiede che il valore eccedente quello di liquidazione sia distribuito tra le classi in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole di quello delle classi di grado inferiore, salvo che si tratti di crediti di lavoro per i quali deve sempre e comunque essere applicata la regola della priorità assoluta. La medesima regola è espressa anche dall'art. 84, comma 6, c.c.i.i.

Il principio è tratto dalla Direttiva *Insolvency* che all'art. 11, §1, b, ii richiede appunto che, nel caso in cui il piano non sia approvato da tutte le classi, possa essere approvato dall'autorità giudiziaria su proposta del debitore o con l'accordo del debitore e diventi vincolante per le classi dissenzienti quando “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”.

Il risultato, peraltro, è che l'utilizzo della regola della *relative priority rule* ne esce depotenziato perché diventa più difficile prevedere un trattamento differenziato delle varie classi,

conforme alla *ratio* stessa della formazione delle classi che è trattare in modo uguale crediti simili, prevedendo trattamenti diversi per crediti che appartengono a diverse classi, in modo da offrire ad ogni gruppo di creditori il trattamento che dovrebbe assicurare il loro consenso.

Le classi dello stesso rango debbono avere ugual trattamento, sia pur guardando, come stabilisce il nostro codice, al trattamento complessivo, mentre i crediti di rango inferiore debbono avere un trattamento meno favorevole. Tuttavia, l'art. 84, comma 6, c.c.i.i., nel testo licenziato dal decreto correttivo 136/2024 ha cura di precisare che la regola in esame si applica *ai fini del giudizio di omologazione*, consentendo così la previsione in sede di presentazione della proposta e del piano di criteri di formazione delle classi che possono discostarsi dallo standard normativo, nella ragionevole previsione di un possibile consenso delle classi di creditori interessate.

Il *favor* del legislatore per la conservazione della proposta concordataria si misura ancora su due norme. L'art. 53, comma 5-*bis*, c.c.i.i. prevede che la corte di appello, in caso di accoglimento del reclamo proposto contro la sentenza di omologazione del concordato in continuità, possa, su richiesta delle parti, confermare la sentenza di omologazione, se *l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale* rispetto al pregiudizio subito dal reclamante, cui dovrà essere riconosciuto il risarcimento del danno.

L'art. 118-*bis*, introdotto dal nuovo decreto correttivo, consente di modificare il piano di concordato dopo l'omologazione, fermo il contenuto della proposta, quando tali modifiche si rendano necessarie per l'adempimento. A tal fine è previsto un procedimento regolato quanto alle forme con rinvio all'art. 48 c.c.i.i. in cui il debitore comunica al commissario giudiziale la proposta modificata, previo rinnovo dell'attestazione del professionista indipendente. Il commissario riferisce al tribunale che decide, dopo che i creditori sono stati messi in condizione di proporre opposizione. Il principio era già

stato previsto per gli accordi di ristrutturazione dall'art. 58 c.c.i.i.

La manifestazione del *favor* del legislatore per la conservazione dello strumento di regolazione della crisi è evidente anche nella regola che consente di passare dal P.R.O. al concordato preventivo e da quest'ultimo al P.R.O.

Un'ultima notazione riguarda il mantenimento nell'art. 84, comma 3, c.c.i.i. della regola per cui la proposta di concordato preventivo in continuità deve prevedere per ciascun creditore un'utilità specificamente determinata ed economicamente valutabile, che può consistere anche nella prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali con il debitore o il suo avente causa.

Di questa regola non vi è traccia nella Direttiva *Insolvency* ed in nessuno dei modelli, in particolare il *Chapter 11* americano, cui la Direttiva si è ispirata. Il sistema della Direttiva si fonda sul principio del *creditor no worse off*, con la conseguenza che quando il creditore non riceve nulla in caso di liquidazione, il fatto che nulla riceva in altro tipo di procedura non è lesivo dei suoi diritti. La regola è del tutto priva di razionalità ed il suo mantenimento è il frutto di irrigidimenti ideologici. Nella pratica essa viene superata con il ricorso alla previsione di vantaggi derivanti dal mantenimento di rapporti contrattuali o di sistemi di incentivi legati al risultato della ristrutturazione mediante emissione di strumenti finanziari.

5. Strumenti di regolazione della crisi e liquidazione dei beni

Il legislatore ha riscritto le norme che nel concordato preventivo riguardano la liquidazione dei beni, articolandole in due distinte norme, gli artt. 114 e 114-*bis*, a seconda che si tratti di concordato preventivo liquidatorio o di concordato in continuità. Nel primo caso l'impostazione tradizionale, che è stata mantenuta, è che la cessione dei beni, si tratti dell'azienda, di un ramo di azienda o di altri beni, deve avvenire da parte del liquidatore assistito dal comitato dei creditori. Le forme della

vendita sono quelle previste per la liquidazione giudiziale. La vendita è una vendita forzata, come testimonia l'espresso richiamo delle norme della liquidazione giudiziale.

Nel caso invece del concordato in continuità la nomina del liquidatore è rimessa alla scelta discrezionale del tribunale che nomina anche il comitato dei creditori. Si applicano in questo caso, in caso cioè di nomina del liquidatore, gli artt. da 2919 a 2929 c.c. e quindi la vendita ha carattere di vendita forzata. Non così quando alla vendita provvede il debitore perché il tribunale ha scelto di non nominare il liquidatore.

Nel caso di offerta di acquisto contemplata nel piano che provenga da soggetto determinato, l'art. 114, comma 2, prevede per il concordato liquidatorio che il tribunale determina le modalità con le quali il liquidatore dà pubblicità all'offerta o alle offerte al fine di acquisire offerte concorrenti. Anche nel concordato preventivo l'art. 114-*bis*, comma 2, contiene identica disposizione che rinvia espressamente all'art. 91, che regola appunto le offerte concorrenti.

La disciplina delle offerte concorrenti dettata dall'art. 91 è rimasta immutata con il nuovo decreto correttivo. Va tuttavia detto che, a nostro avviso, essa non è particolarmente felice perché vincola il primo offerente per l'ipotesi di esito negativo della gara e gli riconosce un rimborso spese sino al 3% dell'offerta, che è ragionevolmente inadeguato per l'impegno finanziario preso, ciò a fronte del potere conformativo del tribunale delle condizioni della gara, che possono variare anche sensibilmente rispetto all'offerta originaria.

Una disciplina analoga a quella dell'art. 114 è prevista anche nel caso del concordato preventivo liquidatorio ai sensi dell'art. 25-*septies*, con riguardo alla cessione d'azienda o di specifici beni. La norma, tuttavia, pur richiamando espressamente dopo le modifiche introdotte dal nuovo correttivo, gli artt. 114 e 115 in quanto compatibili, non richiama l'art. 91, ma prevede soltanto che il liquidatore o, se la vendita va effettuata prima dell'omologazione, l'ausiliario in sua vece verifica l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, e in caso negativo, dà esecuzione

all'offerta. La vendita rimane regolata per espresso rinvio dagli artt. da 2919 a 2929 c.c. ed ha quindi carattere di vendita forzata.

Nel P.R.O. il nuovo comma 9 *bis* dell'art. 64-*bis*, aggiunto dal correttivo, prevede soltanto un provvedimento autorizzativo del tribunale, che dovrà garantire il rispetto del principio di competitività, previa verifica della funzionalità degli atti al rispetto della continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori. Oggetto dell'autorizzazione è la cessione dell'azienda o di rami d'azienda, senza accollo all'acquirente dei debiti pregressi salvo i crediti di lavoro. Il tribunale dovrà però dettare i provvedimenti ritenuti opportuni, tenuto conto delle istanze delle parti interessate, al fine di tutelare gli interessi coinvolti.

La norma è analoga a quanto previsto in tema di composizione negoziata al medesimo fine dall'art. 22, con il caveat in quest'ultimo caso che l'attuazione del provvedimento può avvenire sia prima che dopo la conclusione della composizione negoziata, ma in tale ultima ipotesi occorre che il tribunale lo indichi nel provvedimento autorizzativo o che risulti dalla relazione dell'esperto.

Da quanto sin qui osservato, ci pare che sia evidente lo sforzo del legislatore di trovare soluzioni che, pur salvaguardando i principi che regolano le vendite in sede di liquidazione giudiziale come parametro per la vendita dei beni in sede di concordato, assicurino la vendita rapida ed efficiente dell'azienda come complesso in attività. Soltanto nel caso della composizione negoziata, del P.R.O. e del concordato semplificato liquidatorio il tentativo di conciliare il rispetto di regole che garantiscano la contendibilità dell'azienda e la trasparenza del procedimento con le esigenze di efficienza e rapidità pare riuscito, a prezzo naturalmente di riconoscere agli organi della procedura un margine di discrezionalità.

Negli altri casi il richiamo della disciplina delle offerte concorrenti non pare felice, mentre l'art. 114-*bis* nel caso in cui il piano non preveda un'offerta di un soggetto determinato

mantiene un complesso di regole sufficientemente elastico per consentire di venire incontro alle esigenze del mercato.

Si tratta di un tema che la recente Proposta di Direttiva di armonizzazione delle procedure liquidatorie della Commissione europea affronta con le norme in tema di procedura di *pre-pack*. È quindi probabile che nel giro di relativamente pochi anni il legislatore debba valutare se rivedere e in che termini l'intera disciplina, almeno nei casi in cui vi sia un'offerta proveniente da un soggetto determinato.

6. Accordi di ristrutturazione e P.R.O.

Gli accordi di ristrutturazione, nelle tre diverse tipologie che possono assumere, quella ordinaria, quella agevolata e quella ad efficacia estesa, sono ormai sostanzialmente compiuti nella loro disciplina. Il nuovo decreto correttivo ha portato poche correzioni, tra le quali a nostro avviso la più significativa è la estensione anche agli accordi della disciplina della trasformazione, fusione e scissione dettata per il concordato preventivo dall'art. 116 c.c.i.i.

Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (P.R.O.) è stato introdotto nel nostro sistema con il D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83, di attuazione della Direttiva *Insolvency*. Esso presenta molti caratteri comuni con il concordato preventivo in continuità (il nuovo decreto correttivo 136/2024 sembra escludere che vi possa essere un P.R.O. liquidatorio, ma l'argomento è controverso). Ha in comune con il concordato preventivo la previsione che la proposta ed il piano debbano essere approvati da tutte le classi di creditori all'unanimità, senza che sia possibile un'approvazione con una diversa maggioranza. Si discosta dal concordato preventivo per la deroga piena non soltanto al principio dettato dall'art. 2740 c.c. per cui il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i propri beni, presenti e futuri, ma alla regola del concorso fatte salve le cause legittime di prelazione, contenuta nell'art. 2741 c.c. Inoltre, per quanto sia prevista la nomina del commissario giudiziale, il debitore è libero di gestire liberamente l'impresa

anche per quanto concerne gli atti di straordinaria amministrazione, salvo il dissenso del commissario per tali atti e per i pagamenti non coerenti con il piano che può portare alla revoca dell'ammissione ai sensi dell'art. 106 c.c.i.i.

Oltre alle difficoltà di raggiungere l'approvazione di tutte le classi, che taluni minimizzano facendo perno sulla capacità del debitore opportunamente assistito dal punto di vista tecnico di formare le classi in modo da annacquare eventuali resistenze di parte del ceto creditorio, rimane discusso perché il legislatore abbia voluto prevedere due strumenti di regolazione della crisi con la regola del consenso di tutte le classi, articolando regimi sensibilmente differenti, tanto che il P.R.O. è stato avvicinato in dottrina non soltanto al concordato preventivo, ma agli accordi di ristrutturazione.

Probabilmente la vera ragione per la previsione di due procedure, concordato in continuità e P.R.O., sta nel problema della traduzione nel sistema italiano delle previsioni della Direttiva *Insolvency*. Si è mantenuto nel concordato preventivo l'impianto degli artt. 9 e 11 della Direttiva che, letti congiuntamente, prevedono un sistema in cui, salvo che sia intervenuta l'approvazione di tutte le classi, occorre l'approvazione a maggioranza con il voto favorevole di almeno una classe di creditori titolari di prelazione ovvero il voto favorevole di almeno una classe con il meccanismo della ristrutturazione trasversale. Si è fatto, con il P.R.O., esercizio di maggior fantasia ed indipendenza, creando una procedura assai più libera. Sarebbe forse possibile, *de iure condendo*, trasformare la maggioranza di tutte le classi in un'approvazione a maggioranza delle classi particolarmente elevata, conservando le ulteriori caratteristiche dell'istituto e rendendolo in questo modo più facilmente praticabile, sul modello degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa.

Un'ulteriore possibile obiezione alle scelte del legislatore, in effetti formulata da qualche commentatore, sta nell'osservazione che si sarebbero introdotte troppe procedure, fonte di confusione e complicazione. Il sistema è indubbiamente

complesso, ma non più di quello di altri ordinamenti, come ad esempio quello del Regno Unito che offre un numero di opzioni certamente non minore.

7 Diritto societario della crisi

Una novità del codice della crisi, che deriva direttamente dalla Direttiva *Insolvency*, è la rilevanza attribuita alle sorti dei soci nelle imprese costituite in forma societaria. Mentre la legge fallimentare muoveva dal presupposto dell'irrelevanza della forma organizzativa dell'impresa, posto che il soddisfacimento dei creditori derivava dalla liquidazione dell'attivo, il legislatore del codice ha attribuito invece rilevanza a tale profilo organizzativo. L'art. 233 c.c.i.i. dispone che nel caso di chiusura della liquidazione giudiziale per mancanza di passivo o per integrale soddisfacimento dei creditori il curatore debba convocare l'assemblea ordinaria della società di capitali perché adotti le deliberazioni necessarie ai fini della ripresa dell'attività o della sua cessazione, salvo che almeno il 20% dei soci richieda la fissazione di un diverso ordine del giorno. Nel caso di chiusura per riparto finale dell'attivo o per insufficienza del medesimo il curatore deve procedere a chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese.

Già prima dell'approvazione del codice una parte della dottrina aveva messo in luce l'esistenza di interferenze tra la disciplina societaria e quella della crisi. Ora con gli artt. 120-*bis* ss. il legislatore ha previsto nel Capo III-*bis* del Titolo IV un complesso di norme che si riferiscono, come recita la rubrica del capo, agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società e che pertanto riguardano tutti gli strumenti in questione, e non soltanto il concordato preventivo.

Occorre ricordare, in proposito, che l'art. 13 della Direttiva *Insolvency* attribuiva agli Stati membri dell'Unione il potere di escludere i detentori di strumenti di capitale e dunque i soci dal diritto di voto, stabilendo che nel caso in cui non fosse stato adottato siffatto provvedimento, gli Stati membri dovevano

evitare che i soci impedissero o ostacolassero irragionevolmente l'adozione o l'omologazione di un piano di ristrutturazione.

È da ritenere che le disposizioni adottate dal legislatore in ordine al potere di deliberare l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi, siano conseguenza di questo obbligo posto a carico degli Stati membri, anche perché il par. 3 dell'art. 13 della Direttiva lascia agli Stati stessi un'ampia discrezionalità nel determinare che cosa debba intendersi per impedire o ostacolare irragionevolmente l'attuazione del piano.

Il principio fondamentale della nuova normativa è sancito dall'art. 120-*bis*, comma 1, che afferma che l'accesso ad uno strumento di regolazione della crisi è deliberato dagli amministratori in via esclusiva, unitamente al contenuto della proposta e del piano. La norma prosegue affermando che il piano può prevedere qualsiasi modificazione dello statuto, ivi comprese le operazioni straordinarie con esclusione o riduzione del diritto di opzione e tutte le altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti dei soci. L'ampia formulazione comprende anche la fusione, scissione e trasformazione. Gli amministratori sono tenuti ad informare i soci della decisione assunta, ma *ex post*. La reazione dei soci non può tradursi nella delibera di revoca degli amministratori perché dall'iscrizione della delibera nel registro delle imprese la revoca non è efficace se non è per giusta causa, ma non costituisce giusta causa la presentazione della domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi. La revoca va approvata con decreto della sezione specializzata del tribunale delle imprese competente.

La reazione possibile dei soci alla delibera può essere: a) la presentazione di una proposta concorrente ai sensi dell'art. 90 c.c.i.i.; b) l'opposizione all'omologazione dello strumento di regolazione della crisi.

L'amplissimo potere riconosciuto agli amministratori è coerente con la previsione che il regime degli assetti adeguati sia di competenza ugualmente degli amministratori e con l'obbligo di costoro di adottare, ai sensi degli artt. 2086 c.c. e 3 c.c.i.i.,

idonee soluzioni per far fronte alla situazione di crisi o di insolvenza.

Vero è peraltro che vi è il rischio che la delibera possa essere assunta dagli amministratori anche per favorire l'ingresso in società di un terzo e scalzare il socio di maggioranza. Anche tale eventuale abuso del diritto potrà essere oggetto di cognizione, a nostro avviso, da parte del tribunale in sede di omologazione.

L'art. 120-*quinquies* dispone che è la sentenza di omologazione a determinare le modificazioni dello statuto previste dal piano, coerentemente con il fatto che la decisione spetta al tribunale, con conseguente soppressione del controllo omologatorio del notaio. Il legislatore aggiunge che la sentenza tiene luogo delle deliberazioni delle operazioni di fusione, scissione e trasformazione, assunte ai sensi dell'art. 116 c.c.i.i.

Tema ancora da approfondire riguarda il fatto che il tribunale deve demandare agli amministratori l'adozione degli atti esecutivi eventualmente necessari. In caso di inerzia può nominare un amministratore giudiziario e revocare per giusta causa gli amministratori inerti. Il notaio incaricato della redazione degli atti esecutivi, non soltanto di quelli demandati agli amministratori dalla sentenza di omologazione, se ravvisa che non siano adempiute le condizioni di legge, ne dà notizia agli amministratori che possono ricorrere per i provvedimenti necessari al tribunale.

Soltanto la pratica chiarirà i limiti di questa disposizione sia per quanto attiene la nozione di atti esecutivi (certamente vi rientrano l'atto di fusione o scissione) sia per quanto concerne i possibili rilievi del notaio ed il contenuto del successivo provvedimento del tribunale.

Oltre a ciò i creditori sono ammessi al voto, non avendo il legislatore aderito alla possibilità offerta dalla Direttiva *Insolvency*, di escludere i soci dal diritto di voto. Essi votano suddivisi in classi. Se lo statuto riconosce diverse categorie di soci, si formeranno più classi. Il socio ha diritto di voto all'interno della classe in misura proporzionale alla quota di capitale sottoscritto. Ciò comporta una certa irrazionalità nel

determinare le maggioranze in rapporto al fatto che la partecipazione al voto dei creditori si fonda sull'entità del credito e quella del socio all'entità della quota di capitale.

I soci sono peraltro creditori postergati rispetto ai soci e l'art. 120-*quater* ne tiene conto nel prevedere una sorta di prova di resistenza per cui, in caso di dissenso di una o più classi di creditori nel concordato preventivo che preveda attribuzioni ai soci, l'omologazione è subordinata al fatto che il trattamento offerto a ciascuna delle classi dissenzienti rimanga altrettanto favorevole di quello previsto per le classi di pari grado e più favorevole di quello delle classi inferiori, calcolando nel trattamento previsto per tali classi tutto ciò che sarebbe attribuito ai soci. Nell'assenza delle classi pari-ordinate o di rango inferiore a quello della classe dissenziente è sufficiente che il trattamento previsto per tale classe sia superiore a quello complessivamente riservato ai soci.

Il legislatore ha colto l'occasione per definire il valore riservato ai soci che è nozione diversa dal valore di liquidazione e dal valore eccedente quest'ultimo. Si tratta del valore della partecipazione conseguente all'approvazione della proposta, detratti i conferimenti o versamenti a fondo perduto. Anche i soci possono opporsi all'omologazione del concordato se dalla liquidazione giudiziale potrebbero ottenere un trattamento più favorevole. Il nuovo decreto correttivo ha introdotto, ai fini del calcolo del valore effettivo della partecipazione, il riferimento al c.d. *terminal value* (cfr. art. 120-*quater*, comma 2, ultima parte). Nella sostanza mentre i creditori si avvantaggiano nel concordato in continuità dei flussi generati dal piano, al netto di quanto necessario per la ristrutturazione, il calcolo del *terminal value* consente di tener conto dell'aumento di valore della partecipazione conseguente ai flussi generati nel periodo *extra piano*, in modo da evitare che i soci possano lucrare una parte di tale incremento di valore in danno dei creditori, in sostanziale violazione della regola dettata dall'art. 2740 c.c. per cui il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i propri beni, presenti e futuri.

La scelta, le cui implicazioni dal punto di vista pratico debbono probabilmente essere ancora approfondite e lo potranno essere soltanto avendo riguardo alla concrete fattispecie che si verificheranno in futuro, è certamente corretta da un punto di vista astratto, ma rischia a nostro avviso di rendere, almeno in teoria, meno appetibile il concordato preventivo in continuità per i soci, diminuendone la propensione ad effettuare ulteriori investimenti nell'impresa, perché essi debbono tener conto che i creditori vanno indennizzati del possibile aumento di valore della partecipazione.

8. Misure protettive e cautelari

Le considerazioni sin qui condotte sul sistema degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza non sarebbero compiute se non si prendesse in considerazione il nuovo sistema delle misure protettive e cautelari, che rappresentano una profonda novità del nuovo codice rispetto alla legge fallimentare del 1942.

Si tratta a nostro avviso di una delle innovazioni più felici della riforma. Il vecchio sistema che comportava la sospensione delle azioni esecutive e cautelari dal momento della presentazione della domanda di concordato preventivo sino all'omologazione, senza limiti di tempo, rappresentava l'automatica estensione al concordato del meccanismo previsto in caso di fallimento. La sospensione delle azioni esecutive individuali non era altro che la conseguenza dell'avvio dell'azione esecutiva collettiva, che tale rimaneva anche nel caso della procedura concorsuale *minore*, del concordato.

Il nostro legislatore ha mantenuto nell'art. 150 il divieto di azioni esecutive o cautelari individuali nella liquidazione giudiziale. La norma è richiamata dall'art. 270 per la liquidazione controllata.

Per gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza la Direttiva *Insolvency* ha previsto un sistema completamente diverso, che si fonda sul fatto che la sospensione può essere accordata per un periodo non superiore a quattro mesi, salvo

proroghe, che in ogni caso non possono consentire di superare i dodici mesi. La sospensione può avere carattere generale o può essere limitata a determinati crediti. È possibile la revoca.

Di qui il meccanismo elaborato dal nostro legislatore, la cui complessa articolazione segue le indicazioni del legislatore unionale, ma le supera perché le nostre misure protettive non si limitano alla sospensione delle azioni esecutive individuali e collettive, come richiede la Direttiva, ma hanno un ambito assai più vasto di riferimento, e perché alle misure protettive si aggiungono le misure cautelari. Inoltre la Direttiva riguarda le procedure di ristrutturazione, mentre il nostro legislatore ha esteso la disciplina alla composizione negoziata.

Non è certo qui il caso di riassumere una disciplina complessa, cui è riservata nel Trattato una trattazione adeguata. Si tratta invece di cogliere il tratto distintivo che è rappresentato da un lato della maggior tutela dei creditori e dello stesso debitore e dall'altro nell'elaborazione, tuttora in corso soprattutto con riferimento alla composizione negoziata ed alla tutela delle trattative, di una disciplina pretoria volta a chiarire il contenuto delle misure in parola ed ad estenderlo in nuovi spazi in relazione al maturare di situazioni nuove.

Va anche colta la novità delle definizioni contenute nell'art. 2 del codice. Per le misure protettive si considerano non soltanto le azioni dei creditori, intese come iniziative di carattere processuale, ma più in generale le *condotte* e quindi comportamenti che possono in concreto pregiudicare l'andamento delle trattative. Per le misure cautelari la nozione anticipatoria del provvedimento giudiziale, tipica del rimedio *ex art. 700 c.p.c.*, viene estesa al buon esito delle trattative, agli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e delle procedure di insolvenza e, più in generale, all'attuazione delle relative decisioni.

Il problema, ovviamente, è quello dei limiti di tali previsioni, che possono forse essere estesi oltre le intenzioni del legislatore. Una valutazione complessiva delle decisioni sin qui note, consente, ci pare, di essere relativamente ottimisti.

9. Sovraindebitamento ed esdebitazione

Le innovazioni più importanti del codice con riguardo alle procedure tradizionali sono state la scelta di abbandonare la parola fallimento, seguendo in questo un processo che già si era verificato nella maggior parte degli ordinamenti europei, per separare la moderna procedura liquidatoria dall'aura di biasimo sociale che tuttora permane nel linguaggio comune nei confronti della figura del fallito, e di perfezionare il regime dell'esdebitazione, che oggi segue, quasi automaticamente, al decorso di tre anni dall'apertura della liquidazione giudiziale o della liquidazione controllata (artt. 281 e 282 c.c.i.i.). L'assoggettamento del patrimonio del debitore all'esecuzione collettiva dei creditori ha quindi sorti separate dall'assoggettamento della persona del debitore alla procedura.

In questo il nostro legislatore è stato più lungimirante della Direttiva *Insolvency* che si riferisce, in ragione del suo ambito di applicazione, ai soli imprenditori. L'esdebitazione del sovraindebitato incapiente (art. 283 c.c.i.i.) è istituito che prescinde dalle indicazioni della Direttiva.

Va sottolineato che dalle statistiche pubblicate dal Ministero della Giustizia⁵ risulta che nel 2023 il numero complessivo di procedure di sovraindebitamento aveva raggiunto le 6.633 istanze, di cui oltre 3.000 riguardavano la liquidazione controllata. Dai dati relativi al 2024 che cominciano ad essere pubblicati risulta un ulteriore incremento. Il numero è significativo soprattutto se paragonato al numero delle liquidazioni giudiziali nel periodo corrispondente, che nel 2023 sono state, secondo l'Osservatorio Cherry Sea, oltre 7.700.

Il confronto non è del tutto corretto perché nel caso del sovraindebitamento abbiamo considerato le istanze e nel caso delle liquidazioni giudiziali le procedure aperte.

Il numero delle liquidazioni giudiziali aperte nell'anno è destinato ad aumentare nel 2024, secondo un trend che è comune

⁵ Cfr. Ministero Della Giustizia, Monitoraggio OCC 2024, in – Webstat.giustizia.it, Monitoraggio OCC.

a tutti i Paesi della UE e agli Stati Uniti, ma quel che va sottolineato è che tendenzialmente le liquidazioni controllate aumentano in percentuale rispetto alle liquidazioni giudiziali, a dimostrazione della sempre maggior rilevanza che le procedure di sovraindebitamento sono destinate ad assumere, anche sul piano sociale.

Va sottolineato che, per quanto anche l'esdebitazione ordinaria preveda limiti alla concessione di quello che rimane un *beneficio*, come testualmente si esprime l'art. 280 c.c.i.i., nel caso di ricorso abusivo al credito, distrazione dell'attivo, esposizione di passività inesistenti, aggravamento del dissesto, rallentamento o impedimento dello svolgimento della procedura, mancata collaborazione con gli organi della medesima, l'esdebitazione del sovraindebitato prevede vincoli più rigorosi perché il sovraindebitato non deve aver determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode. Il requisito della meritevolezza incide quindi sensibilmente non soltanto sulla possibilità di accedere alla ristrutturazione del consumatore e al concordato minore⁶, ma anche sugli esiti della procedura liquidatoria che, va ricordato, può essere richiesta anche dal creditore purché vi sia attivo capiente, se il debitore è una persona fisica, e in ogni caso quando l'ammontare dei debiti non sia inferiore ai 50.000 euro (art. 268 c.c.i.i.). Il limite dell'attivo capiente riguarda anche la

⁶ L'art. 69 c.c.i.i. esclude che il consumatore possa accedere alla procedura di ristrutturazione dei debiti se ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode. L'art. 77 c.c.i.i. esclude l'accesso al concordato minore quando risultano commessi atti diretti a frodare le ragioni dei creditori. Tale norma va letta congiuntamente all'art. 76, comma 2, n. 1 che impone all'OCC una relazione particolareggiata sulla diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni e sull'esistenza di atti in frode o impugnati dai creditori. Ogni indagine in questa direzione è invece esclusa negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, fermo restando l'obbligo di totale discovery sulle condizioni dell'impresa, confermate dalla relazione del professionista indipendente che attesta la veridicità dei dati aziendali, oltre alla fattibilità del piano. La giurisprudenza che si è formata in proposito con riferimento all'art. 173 l. fall. e successivamente all'art. 106 c.c.i.i. indica che rilevano gli atti che il debitore abbia taciuto al momento della presentazione della domanda di concordato e i comportamenti al riguardo aventi carattere decettivo.

domanda presentata dal debitore. Occorre infatti che l'OCC attesti che è quantomeno possibile acquisire attivo da distribuire ai creditori, anche mediante l'esercizio di azioni giudiziarie.

Tornando alla disciplina normativa si è già osservato che liquidazione giudiziale e liquidazione controllata presentano tratti comuni e che è certamente possibile sul piano interpretativo integrare la disciplina della seconda con i principi di carattere generale relativi alla prima come consente la circostanza che entrambi gli istituti sono ricompresi nel medesimo Titolo V del codice.

In sé la struttura e le regole fondamentali che presiedono alla liquidazione giudiziale risentono ancora fortemente dell'impronta normativa della legge fallimentare del 1942. Ciò è dipeso sia dalla timidezza della legge delega nel prevedere novità, sia dal fatto che il procedimento che porta all'apprensione dei beni del debitore, alla loro liquidazione, all'accertamento del passivo ed alla distribuzione del ricavato ai creditori presenta certamente problemi che non dipendono tuttavia da errori concettuali nell'impianto della normativa, ma dall'inefficienza del sistema giustizia, rispetto alla quale l'unico rimedio alternativo al recupero di efficienza può essere rappresentato dalla degiurisdizionalizzazione, scelta che il legislatore italiano non è ancora pronto a fare perché la presenza del giudice è anche strumento di garanzia, soprattutto per quanto concerne la fase di realizzo dei beni. E non si è ritenuto di lasciare al curatore la formazione dello stato passivo, come avviene nella liquidazione coatta amministrativa, trattandosi di scelta che non sempre si dimostra efficiente, in ragione del maggior numero di impugnazioni dei creditori che ne derivano. Si vedrà in futuro se la proposta della Commissione europea diretta all'armonizzazione delle procedure liquidatorie porterà al varo, in conformità all'attuale proposta, di una procedura semplificata per le imprese minori dove il passivo viene formato in prima battuta in conformità a quanto risulta da apposito documento predisposto dal debitore, ferma restando la possibilità dei creditori di far valere diversi o maggiori crediti.

Non sono mancate in ogni caso importanti novità nella disciplina della liquidazione giudiziale che derivano, tuttavia, dall'effetto di innovazioni di carattere più generale. Si intende far riferimento all'adozione massiva con il codice della crisi delle comunicazioni telematiche e del fascicolo digitale. I creditori e il debitore debbono munirsi di indirizzo Pec cui vanno effettuate tutte le comunicazioni. Gli organi delle procedure effettuano le comunicazioni in via telematica a tutti i soggetti titolari di domicilio digitale secondo i pubblici registri INI-PEC, IPA, INAD. Il deposito degli atti in cancelleria è sostituito dall'inserimento degli stessi nel fascicolo digitale. Tutto ciò, insieme all'obbligo per i soggetti iscritti nel registro delle imprese, di depositare nel medesimo l'indirizzo PEC, comporta una notevole accelerazione dei tempi e della sicurezza delle comunicazioni e delle notifiche oltre che dell'inserimento degli atti nel fascicolo della procedura, anche al fine dell'accesso ai medesimi.

L'altra grande novità dipende dalla previsione di norme, in particolare l'art. 216 c.c.i.i., che sussumono nella disciplina delle vendite da parte del curatore fallimentare delle regole che già presiedevano alle vendite forzate nelle esecuzioni individuali. Anche quando il curatore non si avvalga della facoltà di proporre nel programma di liquidazione che le vendite vengano effettuate dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di procedura civile previste per l'esecuzione individuale in quanto compatibili, vale il principio che alla vendita si procede con modalità telematiche tramite il portale delle vendite pubbliche, che la perizia di stima deve essere redatta secondo il format ed i criteri previsti nell'esecuzione individuale, che gli esperimenti di vendita debbono essere effettuati secondo una certa cadenza (attenuata dal nuovo decreto correttivo) per pervenire alla liquidazione dei beni entro termini ragionevoli e comunque nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo.

Pare opportuno ancora segnalare, nell'ambito della disciplina dettata per la liquidazione giudiziale delle società, l'art. 264 c.c.i.i., che costituisce una norma nuova rispetto alla legge

fallimentare e delinea una visione nuova delle modalità della conservazione e della liquidazione del patrimonio della società, consentendo al curatore di porre in essere operazioni concernenti l'organizzazione e la struttura finanziaria, sostituendosi all'organo amministrativo e all'assemblea.

10. Il procedimento unitario

Una scelta importante della legge delega, di cui forse inizialmente non era stato preso in considerazione il rilevante impatto, è stata la previsione di un procedimento unitario. A dire il vero l'art. 2 della L. n. 155/2017 dava mandato al legislatore delegato di adottare un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, in conformità all'art. 15 l. fall. e con caratteristiche di particolare celerità, anche in fase di reclamo. Prevedeva inoltre di uniformare e semplificare, in raccordo con le disposizioni sul processo civile telematico, la disciplina dei diversi riti speciali previsti dalle disposizioni in materia concorsuale. La costruzione del procedimento unitario è avvenuta per fasi successive, immaginando un unico contenitore processuale, regolato da principi comuni, che tuttavia assume connotazioni differenti a seconda che si tratti di domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza o di accesso alla liquidazione giudiziale, dove il diritto di difesa del debitore comporta il rispetto di principi rigorosi in tema di contraddittorio.

Il risultato va ben oltre l'individuazione di un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza e la previsione di un unico rito in luogo della molteplicità dei riti esistenti. Esiste ora una disciplina processuale completa, coordinata e coerente, che ricomprende anche le norme che regolano le misure provvisorie e cautelari. È stato fatto uno sforzo notevole per riportare nella *sedes materiae*, vale a dire il Titolo III del codice, se non tutte, quasi tutte le norme di carattere processuale. Soltanto le norme processuali in tema di piano di ristrutturazione del consumatore, di concordato

minore e di liquidazione controllata sono rimaste prevalentemente al di fuori della disciplina del procedimento unitario, anche se l'art. 65, comma 2, c.c.i.i., richiama le disposizioni del Titolo III in quanto compatibili, ad eccezione dell'art. 44 relativo alla domanda con riserva.

Il giudizio sulla scelta operata dal legislatore, che non riguarda soltanto la collocazione delle norme processuali, ma la loro rivisitazione e riscrittura in un insieme ordinato, è positivo, anche se è ovvio che le differenze tra un procedimento a carattere contenzioso e un procedimento a contraddittorio differito ed eventuale sono rilevanti ed evidenti. Sicuramente tale giudizio positivo sarà più facilmente condiviso in futuro, quanto gli operatori si abitueranno al nuovo sistema del codice che è molto diverso da quello della vecchia legge fallimentare, potremmo dire speculare, mettendo al centro non il fallimento, ma la negoziazione e gli strumenti di regolazione della crisi.

11. Crisi ed insolvenza di gruppo

Il nuovo codice ha senz'altro il merito di aver previsto una disciplina della crisi e dell'insolvenza di gruppo, che in precedenza figurava soltanto nell'ambito dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. La nozione di gruppo contenuta nell'art. 2 del codice è tratta, com'è noto, dall'art. 2497 c.c. e riguarda l'ipotesi in cui l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata da una società, ente o persona fisica. La disciplina di gruppo non ha subito molti cambiamenti rispetto alla versione originaria del codice ed è ancorata, almeno negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, all'iniziativa delle singole imprese che compongono il gruppo. La presunzione che l'attività di direzione e coordinamento sia esercitata dalla società od ente tenuto al consolidamento dei bilanci o dalla società o ente che esercita il controllo, ha una funzione limitata perché serve soltanto ad agevolare l'accesso alle procedure, sempre sulla premessa che vi sia l'istanza di ogni soggetto interessato.

Anche nel caso della liquidazione giudiziale di gruppo occorre la domanda di accesso congiunto e la diversa interpretazione, fondata sul comma 5 dell'art. 288 c.c.i.i., in virtù del quale il curatore segnala la circostanza agli organi di amministrazione e controllo della società non ancora assoggettata a procedura o promuove egli stesso l'accertamento dello stato di insolvenza, non scioglie il nodo che la norma non dice se in questo caso debba aprirsi una procedura di gruppo o se invece si tratti di procedura individuale soggetta agli obblighi di cooperazione previsti dall'art. 288 c.c.i.i. in caso di procedure separate.

Lo strumento di regolazione della crisi ed insolvenza di gruppo, ora dopo il nuovo decreto correttivo anche il P.R.O. di gruppo (art. 64-*bis*, comma 9), consente di derogare alle regole ordinarie in tema di competenza territoriale, di nominare un unico giudice delegato e un unico commissario giudiziale, fermo restando il voto separato, ancorché contestuale, dei creditori di ogni impresa del gruppo e la necessità che l'approvazione della proposta intervenga per tutte tali imprese. Soprattutto è possibile adottare un piano unitario o piani collegati o coordinati.

Con il nuovo decreto correttivo il legislatore ha previsto che il concordato in continuità di gruppo possa riguardare anche il caso in cui i flussi derivanti dalla continuità aziendale, riferiti al complesso delle imprese del gruppo assoggettate a procedura, non siano prevalenti (art. 285, comma 1, c.c.i.i.). Il requisito della prevalenza che era già stato abolito per il concordato in continuità di un'unica impresa, è stato ora opportunamente abbandonato anche per i gruppi.

È richiesto che il piano di gruppo, sia esso un piano unitario o piani collegati o coordinati, comporti, tanto nel caso del concordato preventivo che degli accordi di ristrutturazione, dei piani attestati di gruppo e del P.R.O. una maggior convenienza per i creditori delle singole imprese rispetto alla soluzione individuale. In tale valutazione giocano i vantaggi compensativi di gruppo.

I vantaggi della procedura di gruppo sono dunque intimamente connessi all'utilità del ripristino dell'unitarietà del gruppo nella prospettiva del soddisfacimento dei creditori e con il vincolo che tale gestione unitaria non sia di pregiudizio ai creditori di taluna delle imprese del gruppo, che dovranno in tal caso essere adeguatamente indennizzati.

Anche la liquidazione giudiziale di gruppo presuppone che siano opportune forme di coordinamento nella liquidazione degli attivi, finalizzate comunque al miglior soddisfacimento dei creditori. La previsione di una specifica disciplina delle azioni di inefficacia degli atti e contratti infragruppo posti in essere nei cinque anni anteriori all'istanza di liquidazione giudiziale che abbiano spostato risorse ad altra impresa del gruppo con pregiudizio dei creditori, oltre che l'allungamento del periodo sospetto delle azioni revocatorie fallimentari se compiute tra società del gruppo, la legittimazione del curatore all'esperimento delle azioni di responsabilità *ex art. 2497 c.c.*, e la postergazione dei crediti derivanti da finanziamenti infragruppo, leggermente ritoccata dal nuovo decreto correttivo, completano la disciplina.

Una disciplina di gruppo è anche prevista per quanto concerne l'accesso alla composizione negoziata, al solo fine di garantire il coordinamento dei procedimenti e regolare la competenza. Degno di nota che sia possibile per l'esperto, in forza dell'art. 25, comma 6, c.c.i.i. invitare a partecipare alle trattative le imprese del gruppo che non si trovino in stato di crisi o di insolvenza, che invece nel caso degli strumenti di regolazione della crisi, non hanno modo di svolgere alcun ruolo.

Manca invece una norma che regoli specificamente la materia degli assetti adeguati con riguardo agli obblighi della capogruppo e delle imprese che del gruppo fanno parte.

Complessivamente la valutazione delle scelte del legislatore, che si è tenuto lontano dall'approccio dirigistico proprio dell'amministrazione straordinaria, ove l'apertura della procedura, limitata peraltro alla sola ipotesi di insolvenza, in capo alla società madre determina l'assoggettamento delle altre

imprese del gruppo insolventi, merita approvazione e non sembra che siano emersi, sino ad oggi, deficit di tutela.

12. Insolvenza transfrontaliera

Tra le parziali attuazioni della legge delega, cui si accennava all'inizio, va annoverata anche la previsione dell'art. 1, comma 2, della legge che stabiliva che nell'attuazione della delega il *Governo tiene conto della normativa dell'Unione europea e in particolare del regolamento (UE) n. 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, della raccomandazione 2014/135/UE della Commissione, del 12 marzo 2014, nonché dei principi della model law elaborati in materia di insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL).*

Il riferimento alla *model law* era inteso alla *Uncitral Model Law on Cross Border Insolvency* (MLCBI), approvata dall'Uncitral nel 1997, di cui si sono celebrati i 25 anni, che forma oggi un corpo normativo unitario con gli ulteriori testi approvati in materia di *Recognition and Enforcement of Insolvency-Related Judgments* (MLIRJ), emanato nel 2018 (2018) e di *Enterprise Group Insolvency* (MLEGI), emanato nel 2019. A tale normativa si sono aggiunte la *Legislative Guide on Insolvency Law*, le cui parti III, IV, V, aggiunte nel tempo, si riferiscono ai gruppi, alle obbligazioni degli amministratori nell'immediatezza dell'insolvenza, alle procedure per le micro e piccole imprese. Le tre *Model Law* sono state corredate da una *Guide to Enactment* per gli Stati che intendano recepirle nel loro ordinamento. Il sistema delle *Model Law* si fonda, infatti, sulla scommessa che il testo venga recepito dalla maggioranza degli Stati nel mondo creando di fatto un diritto uniforme in materia di riconoscimento delle procedure di crisi ed insolvenza aperte all'estero. In effetti molti Paesi, oltre 40, hanno recepito la MLCBI nel loro ordinamento, tra cui gli Stati Uniti con il *Chapter 15 del Bankruptcy Code* e il Regno Unito.

L'Italia non ha provveduto in tal senso. La mancata attuazione della legge delega, che chiedeva al Governo di recepire, se non la MLCBI, almeno i principi generali che animano quella legge, ha creato un vuoto normativo cui il codice della crisi non ha posto rimedio in alcun modo. Il legislatore ha infatti preso atto del carattere vincolante nel nostro ordinamento del Regolamento UE 848/2015 in forza del quale una procedura di insolvenza aperta in uno dei 27 Stati dell'Unione Europea è automaticamente riconosciuta nel nostro ordinamento, con la conseguenza che non è possibile aprire una procedura principale di insolvenza in Italia se tale procedura è già aperta in altro Stato europeo. Anche le procedure secondarie di insolvenza aperte in uno Stato membro sono riconosciute in Italia, con i limiti derivanti dal loro carattere territoriale.

Il risultato è che attualmente il riconoscimento di una procedura di insolvenza aperta all'estero, al di fuori del territorio UE, è regolato esclusivamente dalla legge italiana di diritto internazionale privato, la L. n. 218/1995, che non contiene disposizioni specifiche relative alle procedure concorsuali ed è di difficile e poco efficace applicazione a questo tipo di procedure. Essa prevede inoltre per il riconoscimento la competenza della corte di appello, di un giudice cioè diverso dalle sezioni crisi d'impresa dei tribunali, che in base al nostro sistema sono i giudici specializzati in materia. Il risultato è che, dopo l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea, le procedure, non poche, aperte a Londra non trovano in Italia uno strumento agevole per il riconoscimento, obbligando i *practitioners* a chiedere tale riconoscimento in altro Stato membro, ad esempio in Olanda, la cui legge – la c.d. WHOA – contiene un regime favorevole al riguardo. La procedura, una volta riconosciuta in uno Stato membro, sarà poi automaticamente riconosciuta anche in Italia in forza dei principi affermati dal Regolamento UE.

Si tratta di una grave lacuna essendo sempre più numerose le procedure aperte in altri Paesi al di fuori dell'Europa che hanno rilevanza per l'esistenza di una dipendenza o comunque di beni

in Italia, lacuna alla quale sarà necessario porre rimedio o con il recepimento della *Model Law*, al quale peraltro la maggior parte dei Paesi europei (ma non tutti) è stato sinora restia per ragioni che sarebbe qui troppo lungo approfondire, o con norme *ad hoc*, che garantiscano maggior efficienza in materia.

Anche non considerando la *Model Law* ed i Paesi extraeuropei, va detto che il codice della crisi, pur affermando agli artt. 11, comma 1, e 26, comma 3, in tema di giurisdizione, che sono fatte salve le Convenzioni internazionali e la normativa dell'Unione Europea, detta nei primi due commi dell'art. 26 norme che in parte divergono dai principi del Regolamento UE, dirette ad affermare, salvo appunto quanto previsto dal Regolamento, la prevalenza della giurisdizione italiana. Nel comma 4 dell'art. 26 il legislatore, in attuazione dell'art. 4, par. 2, del Regolamento, prevede che il tribunale, quando apre una procedura di insolvenza transfrontaliera ai sensi del Regolamento stesso, dichiara se la procedura è principale, secondaria o territoriale. Si tratta di norma che non è ancora entrata nella prassi e viene sovente ignorata dai nostri giudici.

Per il resto il codice contiene ben poche disposizioni che tengono conto della disciplina del Regolamento. L'art. 54, comma 6, modificato dal nuovo decreto correttivo, prevede che l'amministratore delle procedure di insolvenza nominato dal giudice competente ai sensi dell'art. 3, par. 1, del Regolamento può chiedere le misure cautelari e provvisorie previste dai commi 1 e 2 dell'art. 54 quando nel territorio italiano è stata presentata la domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza ai sensi dell'art. 40, o, se non risulta depositata la domanda, quando nella richiesta sono indicate le condizioni di effettivo ed imminente soddisfacimento non discriminatorio di tutti i creditori secondo la procedura aperta.

La norma limita i poteri dell'amministratore della procedura di insolvenza in contrasto con l'art. 21 del Regolamento che gli consente di esercitare tutti i poteri previsti dalla legge dello Stato di apertura.

L'art. 200, comma 2, c.c.i.i. prevede ancora che la comunicazione ai creditori che abbiano sede o residenza nel territorio di uno Stato membro ai fini dell'insinuazione al passivo, debba contenere, come previsto dall'art. 54 del Regolamento le informazioni richieste da tale ultima norma. Ad essa deve essere allegata il modulo uniforme, indicando dove esso è reperibile. L'art. 358 c.c.i.i. con riferimento ai requisiti per la nomina a commissario giudiziale, curatore, liquidatore, dispone che il tribunale deve tener conto, tra gli altri elementi, nel caso in cui la procedura presenti elementi transfrontalieri, delle correlate esperienze e competenze acquisite e della capacità di rispettare gli obblighi di comunicazione e cooperazione con i professionisti che gestiscono le procedure e con le autorità giudiziarie e amministrative di un altro Stato membro, stabiliti dal Regolamento.

Oltre queste norme il codice della crisi ha rinunciato ad interventi di raccordo tra normativa italiana e legislazione europea che sarebbero stati utili ed opportuni. Ad esempio, il legislatore non si è preoccupato di dettare norme nel codice che disciplinino dal punto di vista della competenza del giudice italiano davanti al quale venga presentata la domanda di apertura di una procedura, la decisione sull'istanza presentata dall'amministratore della procedura principale straniera, ai sensi dell'art. 36 del Regolamento, perché non venga aperta la procedura secondaria, a fronte dell'impegno ad applicare ai creditori italiani la legge italiana in luogo della *lex concursus* relativamente ai diritti nella ripartizione dei beni e del loro ricavato ed al riconoscimento del diritto di prelazione secondo il diritto nazionale italiano. Ancora, non sono state dettate norme che regolino nel caso di collaborazione tra giudici di Stati membri diversi nelle ipotesi disciplinate dagli artt. 42 e 57 del Regolamento, in ordine alle modalità con cui deve avvenire la collaborazione e la comunicazione per rispettare le norme processuali italiane, il soggetto che deve sostenere i costi relativi e la lingua in cui deve avvenire la collaborazione e la comunicazione. Gli esempi potrebbero continuare. I profili sottolineati potrebbero essere regolati con una certa facilità e

consentirebbero di risolvere difficoltà pratiche e di favorire la collaborazione con i giudici degli altri Stati membri.

13. Conclusioni

Il giudizio complessivo che emerge, a nostro avviso, dalla sommaria rassegna dei temi più interessanti ed attuali che il definitivo *assessment* del codice della crisi solleva, è certamente positivo.

Il nuovo codice rappresenta uno strumento certamente più moderno ed efficace per la gestione della crisi ed insolvenza ed ha il merito di abbinare alle procedure di ristrutturazione sia in continuità diretta che indiretta, un serio strumento di negoziazione con i creditori, il tutto nel quadro di una disciplina organica, che non manca di affermare principi generali che possono guidare le parti nelle trattative. A tutto ciò si affianca un efficace sistema di misure protettive e cautelari, sufficientemente snelle, senza che per questo si sia rinunciato al controllo del giudice.

Il prezzo da pagare per tutto ciò è costituito dalla complessità delle nuove norme, dall'esistenza di un sistema di controlli in qualche misura sovrabbondante, dalla necessità di numerose figure di professionista che provocano certamente un aumento dei costi ed il lievitare della prededuzione. È certamente positivo che sia possibile attraverso la rivista transazione fiscale inserire anche i crediti tributari (e per certa parte contributivi) nell'ambito delle trattative con i creditori. L'altro nodo è costituito dalle norme di vigilanza prudenziale delle banche, anche se l'espressa previsione negli artt. 16 e 18 c.c.i.i. di un regime di prosecuzione delle linee di credito in corso, sia in caso di accesso alla composizione negoziata sia in caso di richiesta delle misure protettive, dovrebbe temperare le conseguenze automatiche della decisione di avvalersi della composizione stessa. Tutto dipende, in definitiva, dalla maggiore o minore elasticità con cui la banca applica la normativa di vigilanza prudenziale, anche se il riconoscimento della prededuzione sui finanziamenti autorizzati dal tribunale in pendenza di

composizione negoziata rappresenta certamente un utile strumento.

Nonostante gli sforzi del legislatore, il percorso rimane complesso. I recenti numeri diffusi da Unioncamere sull'andamento degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e della composizione negoziata, mostrano che i concordati preventivi sono in diminuzione, i concordati semplificati sono poco praticati, gli accordi di ristrutturazione sono stazionari. Solo le composizioni negoziate crescono in qualche misura, anche se non ancora come sarebbe augurabile.

Vi sono inoltre notevoli differenze sul piano geografico tra le varie regioni nell'accesso alle procedure e nel ricorso alla composizione negoziata.

Tutto ciò è certamente conseguenza delle condizioni in cui versano le imprese. Siamo infatti ancora lontani da un mondo in cui la maggior parte degli imprenditori si siano dati assetti adeguati e si siano abituati a controllare l'andamento della tesoreria e della liquidità a 12 mesi. Sono invece frequentissime le situazioni di debito rilevante nei confronti dell'Erario e degli enti previdenziali e di esaurimento del credito bancario.

Per altro verso i corsi di formazione dei professionisti per l'iscrizione nell'elenco dei gestori della crisi e per la formazione come esperto si sono moltiplicati e con essi anche i corsi di aggiornamento.

Note

¹ Dir. (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la Dir. (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), in *GUUE*, L 172 del 26 giugno 2019.

² COM (2022) 702 def., del 7 dicembre 2022.

³ Si veda S. Ambrosini, in questo *Trattato*, Parte XX.

⁴ L'art. 10 della Direttiva consentiva di limitare tale controllo a tre casi: 1) piani che incidono sui diritti delle parti interessate dissenzienti, che sono quelle il cui soddisfacimento è inciso dal piano, non quelle che in ogni caso non percepirebbero nulla, come chiarisce l'art. 2, n. 2 della Direttiva; 2) piani che prevedono nuovi finanziamenti; 3) piani che comportano la perdita di più del 25% della forza lavoro.

⁵ Cfr. Ministero Della Giustizia, *Monitoraggio OCC 2024*, in – Webstat.giustizia.it, Monitoraggio OCC.

⁶ L'art. 69 c.c.i.i. esclude che il consumatore possa accedere alla procedura di ristrutturazione dei debiti se ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode. L'art. 77 c.c.i.i. esclude l'accesso al concordato minore quando risultano commessi atti diretti a frodare le ragioni dei creditori. Tale norma va letta congiuntamente all'art. 76, comma 2, n. 1 che impone all'OCC una relazione particolareggiata sulla diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni e sull'esistenza di atti in frode o impugnati dai creditori. Ogni indagine in questa direzione è invece esclusa negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, fermo restando l'obbligo di totale discovery sulle condizioni dell'impresa, confermate dalla relazione del professionista indipendente che attesta la veridicità dei dati aziendali, oltre alla fattibilità del piano. La giurisprudenza che si è formata in proposito con riferimento all'art. 173 l. fall. e successivamente all'art. 106 c.c.i.i. indica che rilevano gli atti che il debitore abbia taciuto al momento della presentazione della domanda di concordato e i comportamenti al riguardo aventi carattere decettivo.