

IL PIANO DI RISTRUTTURAZIONE SOGGETTO AD OMOLOGAZIONE*

LUCIANO PANZANI

SOMMARIO: 1. I tratti fondamentali; 2. La Direttiva e la deroga agli artt. 2740 e 2741 c.c.; 3. Le classi di creditori; 4. La gestione dell'impresa ed il compimento di atti di straordinaria amministrazione; 5. La domanda ed il procedimento; 6. Misure protettive e cautelari. Riduzione o perdita del capitale; 7. Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione con riserva; 8. I provvedimenti immediati. Richiamo della sezione IV del capo III del titolo IV; 9. Il voto dei creditori; 10. Il giudizio di omologazione: limiti del sindacato del tribunale e procedimento; 11. Gli ulteriori richiami della sezione VI del capo III; 12. L'applicabilità della disciplina degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società (artt. 120 bis e ss.); 13. La conversione in concordato preventivo.

1. I tratti fondamentali

La nuova e vigente versione del codice della crisi, come modificata dal d.lgs. 83/2022 prevede una nuova procedura, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, disciplinato dagli artt. 64 *bis*, *ter* e *quater* del codice. Questi tre articoli costituiscono il capo I bis del titolo IV, dedicato agli strumenti di regolazione della crisi.

Si tratta dunque di una procedura di nuovo conio, inserita tra le procedure che il codice nella sua stesura originaria definiva le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, e che ora rientra nell'ambito degli strumenti di composizione della crisi e dell'insolvenza secondo la definizione dell'art. 2, comma 1, lett. *m bis*.

L'introduzione nel sistema del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione rappresenta una novità importante, che deroga alla maggior parte delle regole che hanno sempre caratterizzato le procedure

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

concorsuali, anche quelle che sono finalizzate alla ristrutturazione dell'impresa in crisi o in stato di insolvenza reversibile.

Si tratta infatti di una procedura fondata su quattro caratteristiche fondamentali:

a) il piano deve essere adottato con il voto favorevole di tutte le classi dei creditori, riducendo al minimo l'intervento del giudice in sede di omologazione;

b) è previsto un regime di ampia libertà gestionale dell'imprenditore che può compiere gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione sotto la vigilanza del commissario giudiziale, regime chiaramente mutuato dalla disciplina della composizione negoziata della crisi;

c) è garantita la massima autonomia possibile nel soddisfacimento dei creditori che può prescindere dal rispetto non soltanto della *par condicio creditorum* secondo la previsione dell'art. 2741 c.c., ma anche del generale principio stabilito dall'art. 2740 c.c. in forza del quale il patrimonio del debitore costituisce la garanzia patrimoniale dei creditori e non può esser distolto da tale funzione. Sotto questo profilo, se si tiene conto che dottrina e giurisprudenza hanno sempre considerato l'art. 2740 inderogabile in materia concorsuale¹, nonostante la norma espressamente faccia salve le eccezioni previste dalla legge, siamo di fronte ad un deciso mutamento di rotta;

d) i creditori sono tutelati dalla necessità che la proposta sia approvata da tutte le classi di creditori e dal fatto che i creditori dissenzienti debbono comunque ricevere non meno di quanto potrebbero ottenere in sede di liquidazione giudiziale.

La nuova procedura, pur regolata per molti versi sulla falsariga del concordato in continuità, valorizza alcune opportunità che derivano direttamente dalla Direttiva UE 1023/2019, la c.d. Direttiva *Insolvency*, soprattutto per quanto concerne la possibilità che il piano sia adottato con il voto favorevole di tutte le classi dei creditori, riducendo al minimo l'intervento del giudice in sede di omologazione². Va però subito detto che sarebbe riduttivo ricondurla soltanto al mutato quadro normativo di riferimento a livello europeo perché le differenti scelte che il legislatore ha fatto con riguardo al concordato preventivo in continuità, dove il principio

¹ Rinviamo in proposito per un'opinione discordante a L. PANZANI, *Sorte della partecipazione dei vecchi soci in caso di ristrutturazione di società insolventi*, in *Società*, 2014, 83 e ss.

² L'art. 9, par. 1 della Direttiva prevede che i debitori hanno diritto di presentare piani di ristrutturazione per l'adozione da parte delle parti interessate, ed il par. 11 stabilisce che il piano adottato dall'unanimità delle classi di creditori in linea di principio non deve essere omologato dall'autorità giudiziaria o amministrativa (nei casi in cui questa si sostituisce alla prima) se non nelle ipotesi espressamente considerate dall'art. 10, par. 1.

dettato dall'art. 2740 c.c. rimane intangibile, mostrano che le soluzioni adottate con il piano soggetto ad omologazione non erano necessitate.

In dottrina³ si è osservato che la possibilità di derogare all'ordine delle cause di prelazione e quindi al fondamentale principio della *par condicio* porterebbe ad escludere che la procedura in esame possa essere definita come una procedura concorsuale. In realtà tale conclusione sembra non tener conto della più ampia nozione di concorsualità ormai recepita da dottrina⁴ e giurisprudenza⁵, che ha portato un autorevole dottrina a parlare, recentemente, di concorsualità liquida⁶.

Si è dibattuto in ordine alla natura della nuova procedura. Si è affermato che essa si collocherebbe a mezza strada tra il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa⁷. Se le possibilità di deroga alla *par condicio* ed al rispetto dell'ordine delle cause di prelazione che negli accordi ad efficacia estesa può essere imposta anche ai creditori dissenzienti consente di ravvisare tratti comuni con questo istituto, pare più convincente la tesi che afferma invece una maggior vicinanza della nuova procedura al concordato preventivo⁸, tenendo conto dei molteplici rinvii a questa disciplina, della presenza del giudice delegato, della necessità, ridotta, ma tuttavia esistente, di autorizzazioni del tribunale, ad esempio per i finanziamenti prededucibili, della previsione della votazione dei creditori

³ S. PACCHI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in PACCHI AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2022, 156 ss. in corso di stampa; S. AMBROSINI, *Piano di ristrutturazione omologato (parte prima): presupposti, requisiti, ambito di applicazione, gestione dell'impresa. e una (non lieve) criticità*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 19 agosto 2022,

⁴ A. NIGRO D.VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2020, passim; S. AMBROSINI, *Il "catalogo" degli strumenti normativi: caratteri e presupposti*, in S. PACCHI-S. AMBROSINI, *op. cit.*, 41 ss. ed ivi ampi rinvii alla giurisprudenza sul tema.

⁵ Cfr. con riferimento agli accordi di ristrutturazione Cass. 12 aprile 2018, n. 9087, in *Fallimento*, 2018, 984 con nota di C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una "procedura concorsuale": la Cassazione completa il percorso.*; Cass. S.U., 31 dicembre 2021, n. 42093, *ivi*, 2022, 306 con nota di G.B. NARDECCHIA, *Le procedure secondo le Sezioni Unite*.

⁶ G. D'ATTORE, *La concorsualità "liquida" nella composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2022, 301 ss.

⁷ Così M. FABIANI, *L'avvio del codice della crisi*, in *dirittodellacrisi.it*, 5 maggio 2022, 10 ss.; S. PACCHI, *op. cit.*

⁸ G. BOZZA, *Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in *dirittodellacrisi.it*, 7 giugno 2022, 7; nello stesso senso L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della Direttiva europea in materia di quadri di ristrutturazione preventiva*", in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 21 luglio 2022, p. 11; S. BONFATTI, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, in *dirittodellacrisi.it*, 15 agosto 2022, par. 17; S. AMBROSINI, *Piano di ristrutturazione omologato*, *cit.*, p. 2.

e dell'effetto esdebitatorio che si determina anche nei confronti dei creditori dissenzienti. Inoltre sarebbe arduo ravvisare nel piano soggetto ad omologazione una volontà negoziale che non si riduca all'approvazione della proposta tramite il voto, mentre non vi sono creditori estranei da soddisfare integralmente.

Il legislatore ha chiaramente indicato, come vedremo più avanti, nel comma 9 dell'art. 64 *bis* le norme della disciplina del concordato preventivo che sono applicabili "in quanto compatibili", ed altre norme ancora ha richiamato in altre parti degli articoli dedicati al nuovo istituto. La necessità di invocare pertanto le norme del concordato preventivo non richiamate in forza di un'interpretazione analogica è dunque limitata, ma può tuttavia porsi in alcuni casi.

2. La Direttiva e la deroga agli artt. 2740 e 2741 c.c.

Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione è riservato all'imprenditore commerciale che si trova in stato di crisi o di insolvenza, escluse le imprese minori⁹.

Il legislatore non ha considerato l'imprenditore agricolo, che può invece accedere agli accordi di ristrutturazione, e gli imprenditori minori, per i quali peraltro ha provveduto con il concordato minore. Verosimilmente si è ritenuto che si tratti di istituto che si attaglia alle sole imprese commerciali di rilevanti dimensioni.

Nella disciplina delle procedure di gruppo l'art. 284 considera il concordato di gruppo e gli accordi di ristrutturazione di gruppo. Nessun riferimento è fatto al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione che sembra quindi estraneo alla disciplina della regolazione della crisi o dell'insolvenza di gruppo, che si applica invece alla composizione negoziata, istituto che, come vedremo, ha sensibilmente influenzato la nostra procedura. Tuttavia, posto che l'art. 285, comma 1, dispone che il piano o i piani concordatari di gruppo possono prevedere la liquidazione di alcune imprese e la continuazione dell'attività di altre imprese del gruppo, si potrebbe pensare che, fermo restando che la prosecuzione dell'attività

⁹ L'art. 64 *bis* fa riferimento allo "imprenditore commerciale che non dimostra il possesso congiunto dei requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d)". Tale formula farebbe pensare ad una sorta di onere probatorio in capo all'imprenditore, con la conseguenza che in difetto il tribunale dovrebbe ritenere integrato il requisito soggettivo purché si tratti di imprenditore commerciale. Sarebbe stato altrimenti sufficiente impiegare la nozione di impresa minore, secondo la definizione contenuta nella norma citata. E' peraltro evidente che si tratta di una formulazione infelice, mutuata dal tenore dell'art. 121, che non tiene conto che l'onere probatorio a carico dell'imprenditore riguarda soltanto i casi in cui egli sia soggetto passivo di una domanda di liquidazione giudiziale.

deve rientrare nell'ambito della disciplina concordataria, nel caso di liquidazione sia possibile far riferimento anche al piano soggetto ad omologazione.

La domanda è presentata ai sensi dell'art. 40, nelle forme del procedimento unitario, e, come si esprime l'art. 64 *bis*, co. 1, deve prevedere il soddisfacimento dei creditori sulla base di una proposta e di un piano, che prevedano la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei. Il ricavato del piano va distribuito anche in deroga agli artt. 2740 e 2741 c.c. purché la proposta sia approvata all'unanimità dalle classi. Va sottolineato che il legislatore non pone espressamente come requisito la continuità aziendale, diretta o indiretta. Il piano soggetto ad omologazione è compreso tra gli strumenti di regolazione della crisi, cui è dedicato il Titolo IV del codice (e non tra gli strumenti di regolazione dell'insolvenza cui è del pari dedicata la definizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. m *bis*). Tale circostanza non esclude che il piano possa avere anche natura liquidatoria, posto che tra gli strumenti di regolazione della crisi rientra anche il concordato preventivo liquidatorio e che tra gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa sono previsti anche accordi a carattere liquidatorio (art. 61, comma 5), mentre l'art. 64 *bis* non si esprime sul contenuto del piano.

Si potrebbe obiettare che l'istituto in esame rappresenta certamente uno degli strumenti di attuazione della Direttiva *Insolvency* e che i quadri di ristrutturazione preventiva previsti dalla Direttiva stessa debbono consentire la ristrutturazione, al fine di impedire l'insolvenza e di assicurare la sostenibilità economica delle imprese interessate, come prevede l'art. 3, par. 1, della Direttiva. Tuttavia va ricordato che, secondo l'art. 4, par. 5, della Direttiva, i quadri di ristrutturazione preventiva, possono “*consistere in una o più procedure, misure o disposizioni, alcune delle quali possono realizzarsi in sede extragiudiziale, fatti salvi altri eventuali quadri di ristrutturazione previsti dal diritto nazionale*”. In altri termini l'ordinamento nazionale può prevedere una o più procedure di ristrutturazione. Ciò che conta è che vi sia almeno un'opzione conforme alla disciplina unionale. Può tradursi in una o più procedure od anche soltanto in idonee misure o disposizioni. Non ha carattere esclusivo perché gli Stati membri possono prevedere altre soluzioni volte ad evitare l'insolvenza e, ai sensi del par. 5 dell'art. 4, sono fatti salvi altri eventuali quadri di ristrutturazione previsti dal diritto nazionale.

Di conseguenza il piano soggetto ad omologazione può costituire attuazione della Direttiva quando si riferisce ad imprese che si trovino in stato di crisi o di insolvenza reversibile e consente la ristrutturazione, cioè il riequilibrio della situazione economico-finanziaria. Può invece

rappresentare uno strumento che non rientra nelle finalità della Direttiva quando rappresenti il mezzo per l'attuazione di un piano liquidatorio.

La dottrina ha dibattuto la questione dell'ammissibilità del piano liquidatorio senza giungere a soluzioni definitive¹⁰. A nostro avviso gli argomenti che porterebbero ad escludere la possibilità di un piano soggetto ad omologazione a carattere liquidatorio sono forse prevalenti, ma la questione è aperta. Di qui la scelta di chi scrive di valutare caso per caso, con riferimento ai rinvii alle norme del concordato preventivo "in quanto compatibili", se la compatibilità sussista nel solo caso della continuità aziendale.

Come già si è accennato la nuova procedura costituisce uno degli strumenti con cui il legislatore dà attuazione all'art. 9, par. 6, della Direttiva, che prevede che il piano di ristrutturazione è adottato dalle parti interessate purché in ciascuna classe sia ottenuta la maggioranza dell'importo dei crediti o degli interessi.

Va sottolineato che la Direttiva non impone in modo assoluto l'omologazione del piano da parte del giudice o dell'autorità amministrativa, nei casi e negli Stati membri dove quest'ultima si sostituisce al giudice.

L'art. 10 della Direttiva stabilisce che l'omologazione è comunque richiesta se: a) vi sono parti interessate dissenzienti (creditori e soci) sui cui diritti incide il piano; b) il piano prevede nuovi finanziamenti perché il

¹⁰ Nel senso che il piano soggetto ad omologazione potrebbe prevedere soltanto la continuità aziendale, diretta o indiretta, G. BOZZA, *Il piano di ristrutturazione soggetto a omologazione*, in *dirittodellacrisi.it*, cit., 6-7. In senso contrario, sia pur con qualche dubbio, S. AMBROSINI, *Piano di ristrutturazione omologato (parte prima): presupposti, requisiti, ambito di applicazione, gestione dell'impresa. e una (non lieve) criticità*, cit., 6, che sottolinea che l'art. 64 bis, richiama, in quanto compatibile, l'art. 84, comma 8, che si riferisce al "piano che prevede la liquidazione del patrimonio". Anche il richiamo al primo comma dell'art. 87 che parla espressamente di "modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni", con riferimento al contenuto del piano, depone nel senso ora visto. Il comma 9 dell'art. 64 bis, osserva l'A., rinvia a disposizioni applicabili soltanto al concordato in continuità, ma tale circostanza non è decisiva, perché il rinvio, come si vedrà più avanti nel commento alla disposizione in parola, è alle norme in quanto compatibili. La compatibilità sussisterà nei soli casi in cui il piano abbia carattere di continuità.

Va tuttavia osservato che l'art. 64 bis, comma 4, prevede che in fase di apertura il tribunale valuta la *mera ritualità della proposta*. Tale previsione corrisponde al disposto dell'art. 47, comma 1, lett. b) che nel concordato in continuità dispone che il tribunale valuta la ritualità della proposta. Nel concordato liquidatorio il tribunale invece, ai sensi dell'art. 47, comma 1, lett. a) valuta l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano. Dai limiti del sindacato del tribunale in sede di apertura del procedimento si potrebbe argomentare che il piano soggetto ad omologazione può prevedere soltanto la continuità aziendale. La questione in sostanza è aperta.

nuovo debito grava sull'attivo dell'impresa in ristrutturazione; c) il piano prevede la perdita di oltre il 25% della forza lavoro.

Nelle ipotesi in cui è richiesto l'intervento del giudice (o, come detto, dell'autorità amministrativa) l'art. 10, comma 2, prevede che gli Stati membri provvedano affinché le condizioni per l'omologazione del piano di ristrutturazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa siano specificate chiaramente. Inoltre l'omologazione deve riguardare almeno le seguenti circostanze:

a) che il piano di ristrutturazione sia stato adottato in conformità dell'articolo 9, nel nostro caso da tutte le classi di creditori;

b) che i creditori con una sufficiente comunanza di interessi nella stessa classe ricevano pari trattamento, proporzionalmente al credito rispettivo;

c) che la notificazione del piano di ristrutturazione sia stata consegnata, conformemente al diritto nazionale, a tutte le parti interessate;

d) che nel caso vi siano creditori dissenzienti, il piano di ristrutturazione superi la verifica del migliore soddisfacimento dei creditori, ma solo se vi sia stata contestazione in tal senso;

e) che, se del caso, qualsiasi nuovo finanziamento sia necessario per attuare il piano di ristrutturazione e non pregiudichi ingiustamente gli interessi dei creditori.

Il nostro legislatore, tanto nella disciplina del piano soggetto ad omologazione che nel concordato preventivo non ha preso in considerazione l'ipotesi, ammessa dalla Direttiva, che il piano possa essere adottato con l'approvazione di tutte le classi senza ulteriore controllo da parte del giudice ed ha previsto il giudizio di omologazione.

Tale scelta non può dirsi in contrasto con la Direttiva perché il consenso di tutte le classi non esclude che vi siano parti interessate dissenzienti, nel qual caso l'omologazione è comunque necessaria, e perché l'art. 9, par. 5, richiede comunque il controllo dei criteri di formazione delle classi da parte del giudice, controllo che è facoltà, ma non obbligo di ogni Stato membro anticipare ad una fase anteriore al giudizio di omologazione.

Richiamando molte delle norme in tema di concordato preventivo, in particolare sul contenuto del ricorso e sulla documentazione da depositare, sugli effetti del deposito della domanda (art. 64 *bis*, comma 2) e sulla necessità del deposito dell'attestazione sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano (art. 64 *bis*, comma 3), il legislatore ha ridotto all'osso la fase di apertura della procedura. Il tribunale infatti verifica la sola ritualità della proposta e la corretta formazione delle classi prima di far luogo alle operazioni di voto (art. 64 *bis*, comma 4).

Va sottolineato che la Direttiva prevede in generale per i quadri di ristrutturazione che, quando vi è l'omologazione del piano da parte del

giudice, è sufficiente l'approvazione della maggioranza delle classi interessate, purché almeno una sia una classe di creditori garantiti o abbia rango superiore alla classe di creditori garantiti (art. 11, par. 1, lett. b., i, Direttiva 1023/2019/UE). In alternativa il piano deve essere stato approvato “da almeno una delle classi di voto di parti interessate o, se previsto dal diritto nazionale, di parti che subiscono un pregiudizio” (art. 11, par. 1, lett. b, ii) purché non si tratti di classi di creditori o portatori di strumenti di capitale che non riceverebbero nessun pagamento o manterrebbero alcun interesse, se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale.

È questa la ristrutturazione trasversale dei debiti o *cross class cram down*¹¹.

Il nostro legislatore ha dato attuazione anche a questa parte della Direttiva, ma nell'ambito della disciplina del concordato preventivo in continuità con l'art. 112, commi 2 e ss.

Sia nel concordato preventivo che nell'istituto in commento il piano può essere approvato da tutte le classi. Vi sono però notevoli differenze tra le due procedure. Nel caso del concordato preventivo in continuità, il piano può essere approvato dalle classi anche a maggioranza o con il voto favorevole anche di una sola classe nell'ipotesi della ristrutturazione trasversale. Nel caso del piano soggetto ad omologazione l'approvazione richiede necessariamente il consenso di tutte le classi.

Il motivo di questa diversa disciplina sta, come si è accennato, nel diverso regime della deroga ai criteri dettati dagli artt. 2740 e 2741 c.c. consentita dal piano di ristrutturazione soggetto ad omologa e la diversa deroga, di minor portata, consentita dall'art. 112 nel caso del concordato preventivo in continuità.

Nel primo caso l'art. 64 *bis* non prevede limiti alla possibilità di deroga salvo il limite della convenienza della proposta per i creditori, precisando l'ottavo comma della norma che se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa quando dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore a quanto riceverebbe con la liquidazione giudiziale. Nel caso

¹¹ L'art. 112 CCII nella versione originaria del d.lgs. 14.1.2019, n. 14, confermata dal decreto correttivo 147/2020, non prevedeva il *cross class cram down*, quale metodo di approvazione del piano, ma il *cram down* semplice, vale a dire il potere del giudice di omologare il concordato in caso di opposizione di un creditore appartenente ad una classe dissenziente (o dei creditori dissenzienti che rappresentassero il 20% dei crediti ammessi) che contestasse la convenienza della proposta quando ritenesse che il credito potesse risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

invece del concordato in continuità il legislatore ha applicato, in parte, il principio della *relative priority rule* previsto dall'art. 11, par. 1, lett. c) della Direttiva. Come osservava già la Relazione illustrativa allo schema di d.lgs. approvato dal CdM il 17.3.2022, "... la regola di distribuzione contenuta nel comma 6 dell'articolo 84 detta due principi distinti da osservare nella ripartizione dell'attivo concordatario e che dipendono dalla natura delle risorse distribuite. Essa prevede, in particolare, che il valore di liquidazione dell'impresa sia distribuito nel pieno rispetto delle cause legittime di prelazione e cioè secondo la regola della priorità assoluta (che impedisce la soddisfazione del creditore di rango inferiore se non vi è stata la piena soddisfazione del credito di grado superiore) mentre il valore ricavato dalla prosecuzione dell'impresa, il c.d. plusvalore da continuità, può essere distribuito osservando il criterio della priorità relativa (secondo il quale è sufficiente che i crediti di una classe siano pagati in ugual misura rispetto alle classi di pari grado e in misura maggiore rispetto alla classe di rango inferiore)".¹²

Al contrario l'art. 64 *bis*, comma 1, dispone che il valore generato dal piano può essere distribuito anche in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione. La deroga all'art. 2740 comporta che non sia necessario rispettare il principio per cui il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i propri beni, presenti e futuri.

Nel caso del concordato preventivo in continuità il legislatore richiede che, come nel piano soggetto ad omologazione, ai creditori venga riconosciuto almeno quanto essi riceverebbero in caso di liquidazione giudiziale¹³. E tale parte dell'attivo va distribuita nel rispetto dell'*absolute priority rule*. Soltanto per la differenza, il c.d. plusvalore da continuità, ciò che è ricavato dalla prosecuzione diretta o indiretta dell'attività d'impresa, vi può essere una deroga ai criteri di ripartizione legali, nel rispetto della *relative priority rule*, per cui i creditori di grado inferiore non possono

¹² Sul tema si veda G. LENER, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla "distribuzione" del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, in *Dirittodellacrisi.it*, 25 febbraio 2022.

¹³ Il principio del *creditor no worse off* o del miglior soddisfacimento dei creditori, espresso dall'art. 2, par. 1, n. 6 della Direttiva comporta che "nessun creditore dissenziente uscirà dal piano di ristrutturazione svantaggiato rispetto a come uscirebbe in caso di liquidazione se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale, sia essa una liquidazione per settori o una vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, oppure nel caso del migliore scenario alternativo possibile se il piano di ristrutturazione non fosse omologato". Il codice non ha seguito alla lettera la Direttiva in base alla considerazione che il confronto non può aver ad oggetto un'alternativa astratta, perché è soltanto il debitore in Italia che può proporre il piano di ristrutturazione, ma l'unica alternativa seriamente prospettabile che è la liquidazione giudiziale.

ricevere un trattamento meno favorevole di quelli di una classe inferiore, anche se questo trattamento può non corrispondere a tutto quello che avrebbero altrimenti diritto di ricevere se venisse applicato rigorosamente l'ordine delle cause di prelazione¹⁴.

L'attivo distribuibile, tuttavia, deve andare ai creditori, e può essere altrimenti distribuito soltanto entro limiti rigorosi, come si ricava dagli artt. 120 e ss. che regolano i diritti dei soci, che anch'essi possono essere organizzati in classi e possono partecipare alla distribuzione. L'art. 120 *ter* prevede che i soci, in presenza di classi dissenzienti di creditori, non

¹⁴ La Direttiva, in deroga al principio seguito normalmente dagli ordinamenti europei dell'*absolute priority rule* per cui non è possibile effettuare pagamenti in favore dei creditori di rango inferiore nell'ambito delle cause di prelazione fino a quando i creditori di rango superiore non sono stati interamente soddisfatti, consente come soluzione alternativa, rimessa alla scelta discrezionale degli Stati membri, la *relative priority rule* (RPR). Tale regola prevede che i creditori di rango superiore ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango, ma comporta che, una volta soddisfatto tale vincolo, le ulteriori risorse possano essere devolute ai creditori di rango inferiore o addirittura ai soci, visti come creditori postergati che non partecipano di regola al concorso. Secondo la Direttiva la scelta dell'*absolute priority rule* (APR) è rimessa alla valutazione discrezionale degli Stati membri, ma occorre un'opzione esplicita in tal senso perché la soluzione di default è la RPR (art. 11, par. 2).

Il dibattito sull'opportunità di inserire la *relative priority rule* è vivace. La legge tedesca (art. 28, comma 2, *Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz - StaRUG*) in vigore dal 1 gennaio 2021 ha optato (art. 27, Direttiva 1023/2019/UE) per il rispetto della *absolute priority rule* sia pure temperata. Quanto alla legge olandese (art. 384, comma 4, lett. b) CERP) anch'essa applica l'*absolute priority rule* con qualche temperamento: il giudice può approvare il piano anche se una classe di creditori ne risulta svantaggiata a condizione che la deroga sia ragionevole e che gli interessi della relativa classe di creditori o azionisti non siano danneggiati. Infine per la Francia, l'art. 1. 626.32, comma 2, *Code de commerce*, stabilisce che « le tribunal peut décider de déroger au 3° du I, lorsque ces dérogations sont nécessaires afin d'atteindre les objectifs du plan et si le plan ne porte pas une atteinte excessive aux droits ou intérêts de parties affectées. Les créances des fournisseurs de biens ou de services du débiteur, les détenteurs de capital et les créances nées de la responsabilité délictuelle du débiteur, notamment, peuvent bénéficier d'un traitement particulier ».

A favore della *relative priority rule* si osserva che essa consente di predisporre piani con maggior flessibilità, che possono lasciare spazio ad una parziale tutela degli interessi dei soci o di talune categorie di creditori strategici altrimenti destinati a nulla ricevere, come possono essere certi fornitori (cfr. Considerando 56). Sarebbe quindi più facile raggiungere un accordo ed anche convincere i soci di riferimento ad investire ulteriormente nella società oggetto della ristrutturazione o mantenere fornitori strategici. In senso contrario si obietta che questi vantaggi sono compensati dal fatto che la regola dell'*absolute priority rule* permette di evitare un numero eccessivo di controversie legate alla valutazione del valore degli asset, cui è legata la previsione di soddisfacimento dei creditori. Quando i creditori della classe inferiore non possono ricevere soddisfacimento fino al pagamento integrale della classe senior, l'interesse a sollevare questo tipo di contestazioni è minore. Ne derivano tempi di definizione delle procedure più rapidi e maggiore certezza nei rapporti giuridici.

possano ricevere nulla se non a condizione che il trattamento a queste ultime proposto sia almeno altrettanto favorevole rispetto a quello proposto alle classi del medesimo rango e più favorevole di quello proposto alle classi di rango inferiore, anche se a tali classi venisse destinato il valore complessivamente riservato ai soci. Nel caso in cui vi sia una sola classe di creditori dissenziente il valore destinato al soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe dissenziente deve essere superiore a quello complessivamente riservato ai soci.

In altri termini il legislatore tiene conto che i soci sono postergati rispetto ai creditori ed esclude che essi possano ricevere un trattamento più favorevole dei creditori, pur ammettendo che essi possano concorrere nella distribuzione dell'attivo.

La ragione della maggior latitudine della deroga al principio della priorità assoluta contenuto invece nell'art. 64 *bis* per il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione sta nel fatto che qui vi è il consenso di tutte le classi e che gli eventuali creditori dissenzienti sono tutelati dal principio del miglior soddisfacimento dei creditori, previsto dall'art. 9, par. 2, lett. d) della Direttiva, ripreso dall'art. 64 *bis*, comma 8, secondo il quale il tribunale omologa, in caso di opposizione di un creditore dissenziente che fa valere il difetto di convenienza della proposta, quando “dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale”.¹⁵

Come si è detto, il vincolo di indisponibilità di quanto spetterebbe ai creditori in caso di liquidazione giudiziale è previsto anche nel concordato preventivo (cfr. art. 112, commi 3 e 5 rispettivamente per il concordato in continuità e liquidatorio o in altra forma).

Ancora va sottolineato che l'art. 2740 presidia l'attribuzione dell'attivo in favore dei creditori rispetto alle altre destinazioni che il debitore può darvi, nella misura in cui ne risulti lesa la garanzia patrimoniale. La distribuzione di tale attivo tra i creditori deve poi seguire la regola della *par condicio*, salve le cause di prelazione. Quando si deroghi all'ordine di distribuzione tra i creditori non viene in considerazione l'art. 2740, ma i principi stabiliti dall'art. 2741. Quando invece l'attivo venga sottratto alla garanzia patrimoniale dei creditori, la deroga riguarda la regola dettata dall'art. 2740.

Non è chiarissimo quale sia il significato dell'espressione “valore generato dal piano” utilizzata nell'art. 64 *bis*. Non è chiaro se essa sia riferita all'intero attivo disponibile, al netto del valore di liquidazione, ovvero ad una sorta di plusvalore da ristrutturazione. Va sottolineato a tale proposito che l'art. 112, comma 2, lett. b) con riferimento al concordato in

¹⁵ In questo senso L. STANGHELLINI, *op.cit.*, 6.

continuità impiega la diversa espressione “valore eccedente quello di liquidazione”, che è di immediata comprensione.

Parrebbe peraltro irrazionale un’interpretazione che dovesse concludere che il “valore generato dal piano” in una procedura che è più libera nella distribuzione dell’attivo rispetto al concordato preventivo, abbia una portata più restrittiva della nozione impiegata dall’art. 112.

L’espressa indicazione contenuta nell’art. 64 *bis* secondo la quale il valore generato dal piano può essere distribuito anche in deroga all’art. 2740, porta a ritenere che nel piano soggetto ad omologazione, fermo restando il vincolo rappresentato in concreto dalla necessità di salvaguardare in favore dei creditori dissenzienti quanto essi potrebbero ricevere in caso di liquidazione giudiziale, vi siano spazi per l’attribuzione al debitore di una quota di attivo, quota invece che nel concordato preventivo deve comunque esser devoluta ai creditori, al netto delle risorse destinate alla ristrutturazione dell’impresa, secondo l’indicazione contenuta nell’art. 84, comma 3, in forza del quale nel concordato in continuità aziendale i creditori vengono soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale diretta o indiretta.

Va infine sottolineato che è controverso se la deroga al principio dettato dall’art. 2740 c.c. derivi dalla Direttiva (che si riferisce alle sole procedure di ristrutturazione) perché il legislatore europeo, fatto salvo il principio del miglior soddisfacimento dei creditori, che non debbono ricevere di meno di quanto potrebbero ottenere in sede di liquidazione o con le alternative praticabili, non pone ulteriori limiti alla distribuzione dell’attivo tra i creditori ed il debitore, anche se non impone alcun vincolo in un senso o nell’altro¹⁶.

Veniamo ora alle differenze tra il piano soggetto ad omologazione ed il concordato preventivo con riguardo alla deroga all’art. 2741 e alla graduazione delle cause legittime di prelazione.

Nel concordato in continuità aziendale gli artt. 84, comma 6 e 112, comma 2, lett. b) consentono che il valore eccedente quello di liquidazione sia distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore. Già si è detto come questa regola viene diversamente applicata per quanto riguarda le attribuzioni in favore dei soci (art. 120 *quater*). Nel concordato liquidatorio e nelle altre forme di concordato non in continuità

¹⁶ In senso affermativo L. STANGHELLINI, *op.cit.*, 6. In senso contrario si veda il parere del Consiglio di Stato del 13 maggio 2022 sullo schema di decreto legislativo approvato in via preliminare dal CdM, pubblicato su ristrutturazioni.azienda.ilcaso.it.

deve essere rispettato rigorosamente l'ordine delle cause di prelazione (art. 85, comma 4).

L'art. 64 *bis* per il piano soggetto ad omologazione consente di derogare all'art. 2741 c.c. e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione. Non sono previsti limiti se non il rispetto del diritto di ogni creditore ad ottenere almeno quanto gli sarebbe attribuito nel caso di liquidazione giudiziale.

Inoltre la disciplina del piano soggetto ad omologazione non richiede che ad ogni creditore venga riconosciuta un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile, come prevede invece l'art. 84, comma 3, per il concordato in continuità.

Ciò apre la strada a piani che non attribuiscono quasi nulla ai creditori incapienti o che derogano all'ordine delle cause di prelazione in misura più rilevante di quanto previsto dalla disciplina del concordato in continuità. Non dovrebbe essere necessario rispettare il principio per cui ai creditori di grado superiore deve essere comunque assicurato un trattamento più favorevole dei creditori che appartengono alla classe di grado inferiore. Ciò naturalmente nei limiti del rispetto del trattamento minimo non inferiore a quello ottenibile in caso di liquidazione giudiziale.

Va sottolineato che non si tratta di una possibilità soltanto teorica. Non si dica che la necessità che la proposta di piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione debba essere approvata da tutte le classi rende inverosimile che si possano formare classi in favore delle quali non viene previsto alcun vantaggio, perché non essendovi il vincolo di attribuire un'utilità economicamente valutabile ad ogni creditore, è possibile formulare un piano che attribuisca ad alcune classi vantaggi soltanto eventuali. Le maggioranze previste per l'approvazione del piano in ogni classe possono agevolare questo risultato perché, come vedremo, in concreto è sufficiente il consenso del 33% degli aventi diritto al voto.

Resta da chiedersi se la deroga alle regole sull'ordine delle cause di prelazione previste dall'art. 2741 c.c. rientri nell'ambito delle modifiche al codice rese indispensabili dalla Direttiva. Va ricordato a questo proposito che le modifiche alla prima versione del codice della crisi, quella approvata dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e modificata dal decreto correttivo 147/2020, trovano fondamento nella necessità di adeguare il testo alla Direttiva *Insolvency*, in conformità alla legge di delegazione europea¹⁷.

La deroga alla regola dell'*absolute priority rule* contenuta nell'art. 11, comma 1, lett. c) della Direttiva consente di prevedere che le classi di voto dissenzienti di creditori interessati ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più

¹⁷ Legge 22 aprile 2021, n. 53.

favorevole di quello delle classi inferiori. Non sono previste ulteriori eccezioni. Ne deriva che la deroga al 2741 e all'ordine delle cause legittime di prelazione consentita dall'art. 64 *bis*, ove si ritenga che abbia ampiezza maggiore di quella prevista dalla Direttiva, non trova in essa il suo fondamento e potrebbe pertanto essere considerata eccedere i limiti della delega al Governo¹⁸ con conseguente vizio di legittimità costituzionale.

Tale rilievo non riguarda la mancata previsione nel piano soggetto ad omologazione

dell'attribuzione ad ogni creditore di un'utilità determinata ed economicamente valutabile. Al contrario qui la Direttiva non prevede vincoli, come si ricava dalla disciplina della ristrutturazione trasversale ove risultano sterilizzati i voti delle classi di creditori per le quali "si possa ragionevolmente presumere che non riceva alcun pagamento né mantenga alcun interesse se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale" (art. 11, par. 1, lett. b) ii).

Prima di concludere questa parte, occorre ricordare che l'adeguamento del codice alla Direttiva ha ampliato la sfera degli aventi diritto di voto perché la Direttiva prevede che abbiano diritto di voto le parti interessate, vale a dire secondo la Definizione di cui all'art. 2, par. 1, n. 2: i creditori, compresi, se applicabile ai sensi del diritto nazionale, i lavoratori, o le classi di creditori, e, se applicabile ai sensi del diritto nazionale, i detentori di strumenti di capitale, sui cui rispettivi crediti o interessi incide direttamente il piano di ristrutturazione.

Dovrebbe pertanto ritenersi che rientrino nella nozione di parti interessate non soltanto i creditori o i soci che non sono soddisfatti integralmente per il loro credito, ma anche coloro che secondo il piano

¹⁸ Si veda in proposito il parere reso dal Consiglio di Stato il 13 maggio 2022 sullo schema di decreto legislativo approvato in via preliminare dal CdM, pubblicato su [ristrutturazioni.azienda.it](http://www.ristrutturazioni.azienda.it). Osserva il Consiglio di Stato che "per un verso, (...) appare frustrata la finalità di semplificazione normativa, per altro verso si introducono profili di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla direttiva, senza peraltro adeguata motivazione". Ancora si osserva che "sarebbe stato sufficiente l'adattamento realizzato mediante le suddette innovazioni agli accordi di ristrutturazione dei debiti e al concordato preventivo in continuità aziendale", costituendo "un dato oggettivo la moltiplicazione degli strumenti regolatori della crisi, con parziali possibili sovrapposizioni e difficoltà di individuazione dei presupposti per l'accesso all'uno o all'altro". Di qui la conclusione che l'istituto in esame ha generato "una disciplina complessivamente poco intellegibile e comunque non in linea con gli obiettivi di semplificazione perseguiti dalla direttiva". La Relazione illustrativa sottolinea invece che gli artt. 64-bis e ter regolano "il contenuto del piano quando il debitore sia convinto (...) di poter ottenere l'unanimità delle classi e non già di dover contare sulla ristrutturazione trasversale. In assenza di una norma ad hoc - si sostiene - non ci sarebbe risposta all'interrogativo di quale debba essere il contenuto del piano che il debitore propone ai creditori quando ipotizza di poter ottenere l'unanimità delle classi". Sul punto si vedano i rilievi di S.AMBROSINI, *op.ult.cit.*, 4.

ricevono un pagamento in tempi diversi da quelli che erano stati originariamente previsti. In questa categoria sono compresi i creditori privilegiati che vengano soddisfatti integralmente, ma in tempi diversi da quelli originariamente pattuiti.

In realtà il legislatore italiano ha introdotto una regola in parte diversa. L'art. 64 *bis*, comma 7, prevede che i creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti in denaro, integralmente, entro centottanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Tale principio, accolto anche per il concordato preventivo, è stato ritenuto conforme alla Direttiva nei contatti informali con la Commissione UE che hanno accompagnato la redazione del testo. Non è peraltro detto che la norma superi un eventuale sindacato della Corte di Giustizia europea. Anche per i crediti di lavoro è stata prevista una deroga al principio generale. L'art. 64 *bis*, comma 7, prevede infatti che per i crediti assistiti dal privilegio di cui all'art. 2751 *bis* il termine non sia di 180 giorni, ma di trenta, con ciò rispettando il *favor laboratoris* sistematicamente espresso dalla Direttiva.

Come si è detto, l'introduzione nel nostro ordinamento dei principi della Direttiva comporta che anche i creditori privilegiati, se incisi dal piano, debbano votare. A questo proposito va sottolineato che l'art. 84, comma 5, prevede per il concordato preventivo che i creditori privilegiati possono essere soddisfatti anche non integralmente, purché in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Per la parte non capiente il credito è considerato chirografario. La norma non è richiamata dall'art. 64 *bis*, con la conseguenza che potrebbe non applicarsi il principio previsto proprio dall'art. 84, comma 5, nella determinazione dell'ammontare del credito per cui il creditore privilegiato è ammesso al voto, vale a dire per il valore realizzabile in caso di liquidazione dei beni oggetto di prelazione, calcolato al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti a tali beni e della quota parte delle spese generali¹⁹. Non vi sono però ragioni per ritenere che il principio espresso dall'art. 84, comma 5, non possa trovare applicazione, pur se la norma non è richiamata. Si tratta infatti di un principio di carattere generale che risponde ad esigenze ragionevoli, mentre sfuggirebbe completamente il motivo per valutare il credito diversamente²⁰.

¹⁹ S. AMBROSINI, *op.ult.cit.*, 5.

²⁰ In senso contrario S. AMBROSINI, *op.ult.cit.*, 6. Sul tema si veda anche F. PLATANIA, *Piano di ristrutturazione soggetto ad omologa*, in *ilfallimentarista.it*, 12 aprile 2022, che però si riferisce alla prima bozza del testo dove l'art. 84, comma 5, era richiamato.

3. Le classi di creditori

Come si è accennato il piano deve prevedere necessariamente la suddivisione dei creditori in classi. Tale requisito è condiviso dalla disciplina del concordato preventivo in continuità.

Secondo la Direttiva la formazione delle classi è obbligatoria. L'art. 9, par. 4, stabilisce che le parti interessate debbono essere trattate in classi distinte che rispecchino una sufficiente comunanza di interessi, basata su criteri verificabili, a norma del diritto nazionale. Come minimo, i creditori che vantano crediti garantiti e non garantiti sono trattati in classi distinte ai fini dell'adozione del piano di ristrutturazione. Non è dunque obbligatorio articolare le classi secondo il modello italiano.

Si può inoltre prevedere che i diritti dei lavoratori siano trattati in una specifica classe distinta. Ed è possibile escludere dall'obbligo di formazione delle classi le PMI. Dovrebbero ancora essere adottate misure appropriate per assicurare che la formazione delle classi sia effettuata con particolare attenzione alla protezione dei creditori vulnerabili, come i piccoli fornitori (cfr. art. 9, par. 4).

Ad esempio la Francia ha deciso di limitare le classi alle imprese medie e grandi con delle soglie piuttosto elevate: 250 dipendenti e 20 milioni di euro di fatturato ovvero 40 milioni di euro di fatturato o ancora le società capogruppo quando il gruppo raggiunge questi limiti²¹. Nessuna di queste opzioni è stata fatta propria dal legislatore. Il codice prevede che la formazione delle classi sia sempre obbligatoria nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione e nel concordato preventivo in continuità, mentre rimane facoltativa nel concordato liquidatorio cui non si applica la Direttiva e nel concordato minore.

E' prevedibile che la necessità che le classi corrispondano alla definizione prevista dall'art. 2, comma 1, lett. r), secondo la quale la classe è l'insieme di creditori che hanno posizione giuridica e interessi economici omogenei (ma il legislatore ha comunque trascurato nella definizione che ai sensi dell'art. 120 *ter* le classi possono corrispondere anche ai soci), comporterà un aumento rilevante del numero delle classi di creditori privilegiati legato all'esigenza di rispettare il principio di omogeneità dei crediti, con conseguente maggior difficoltà di prevedere il risultato della votazione dei creditori e di ottenere il voto favorevole di tutte le classi.

Gli accordi di ristrutturazione non prevedono la formazione di classi (anche se negli accordi ad efficacia estesa è prevista la formazione di categorie di crediti omogenei cui può essere estesa l'efficacia dell'accordo), ma non vi è contrasto con la Direttiva perché l'art. 9, par. 7,

²¹Art. R. 626-52 del codice di commercio, come modificato dal decreto 23 settembre 2021, in applicazione dell'ordonnance del 15 settembre 2021.

prevede che in deroga alla disciplina sul voto ed all'obbligo di formazione delle classi, gli Stati membri possono prevedere che la votazione formale per l'adozione del piano di ristrutturazione possa essere sostituita da un accordo con la maggioranza richiesta.

4. La gestione dell'impresa ed il compimento di atti di straordinaria amministrazione

L'art. 64 *bis*, comma 5, esclude che il debitore subisca forme di spossessamento attenuato, come invece è norma nel concordato preventivo in continuità. Secondo il comma 5, infatti, dalla data di presentazione della domanda e fino all'omologazione l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale. Si aggiunge che l'imprenditore gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori secondo quanto stabilisce in generale l'art. 4, comma 2, lett. c).

Tale norma prevede che il debitore nel corso dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza ha il dovere di gestire il patrimonio e l'impresa nell'interesse prioritario dei creditori. Tale obbligo non copre le trattative che procedono l'accesso, nel corso delle quali ai sensi del primo comma della norma, l'obbligo è soltanto di comportarsi secondo buona fede e correttezza. Il richiamo dell'art. 4 ai *procedimenti* per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza comporta che tanto nel caso del concordato preventivo, del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione e della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, il debitore debba gestire l'impresa nell'interesse prioritario dei creditori. La regola è quindi diversa rispetto a quanto stabilisce l'art. 21 che, con riferimento alla composizione negoziata, dispone che nel corso delle trattative l'imprenditore in stato di crisi gestisce in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività, mentre se vi è insolvenza, ma esistono concrete prospettive di risanamento, gestisce nel prevalente interesse dei creditori. Gli obblighi di controllo ed informazione che fanno capo al commissario giudiziale, la cui nomina è sempre obbligatoria nel concordato preventivo e nel piano soggetto ad omologazione, assicurano che l'interesse dei creditori venga tutelato.

Pertanto in caso di accesso ad una procedura, vi sia già insolvenza o ci si trovi ancora in stato di crisi, la gestione deve rispettare l'interesse prioritario dei creditori, mentre tale interesse, definito come "prevalente", va tutelato durante le trattative, vi sia stato o meno accesso alla composizione negoziata, soltanto ove vi sia già lo stato di insolvenza²².

²² In questo senso S. AMBROSINI, *op.ult.cit.*, 7.

L'art. 21 richiede che l'insolvenza sia reversibile, in armonia con il requisito fondamentale per l'accesso alla composizione negoziata stabilito dall'art. 12 che risulti ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

Vediamo ora in che cosa consistono i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione dell'imprenditore in pendenza della domanda di piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione.

L'imprenditore che accede al piano rimane *in bonis*, ma è comunque soggetto alla vigilanza del commissario giudiziale. Ai sensi del comma 6 dell'art. 64 *bis* l'imprenditore informa preventivamente il commissario per iscritto del compimento di atti di straordinaria amministrazione e dell'esecuzione di pagamenti che non siano coerenti rispetto al piano di ristrutturazione. Il commissario quando ritiene che l'atto possa essere di pregiudizio per i creditori o che non sia coerente rispetto al piano, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo. Se ugualmente l'atto viene compiuto, il commissario ne informa il tribunale ai fini di cui all'art. 106.

Non è del tutto chiaro a quale delle disposizioni dettate dall'art. 106 che regola le conseguenze dell'accertamento di atti di frode da parte del debitore e di altre situazioni che possono comportare la revoca del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, il legislatore abbia inteso far riferimento. Tuttavia guardando non alla lettera, ma alla *ratio* della norma, pare evidente che si sia voluto richiamare anzitutto il disposto del primo comma che prevede che sulla comunicazione del commissario giudiziale il tribunale provvede ai sensi dell'art. 44, comma 2, e quindi con decreto non soggetto a reclamo, sentiti il debitore ed i creditori che abbiano presentato istanza di liquidazione giudiziale, nel contraddittorio delle parti, omessa ogni formalità non indispensabile al contraddittorio. L'art. 106, comma 1, fa riferimento alla revoca del decreto di concessione dei termini per la presentazione della proposta e del piano nelle procedure di ristrutturazione, ma pare evidente che qui si sia voluto far riferimento non a questa fattispecie, ma al procedimento previsto dalla norma. Dopo aver proceduto all'audizione delle parti ed all'eventuale istruttoria il tribunale provvederà ai sensi del comma 3 dell'art. 106. La norma riguarda la revoca del decreto ex art. 47 di apertura del concordato preventivo, ma in questo caso il tribunale dovrà procedere alla revoca del decreto previsto dall'art. 64 *bis*, comma 4, di apertura della procedura di omologazione del piano di ristrutturazione, decreto che deve contenere i provvedimenti previsti dall'art. 47, comma 2, lett. c) e d). Potrà inoltre far luogo all'apertura della liquidazione giudiziale se vi sono istanze in tal senso.

E' del tutto evidente l'analogia tra il regime previsto per l'imprenditore che ha presentato domanda di omologazione del piano di ristrutturazione e

quello stabilito nel caso della composizione negoziata dall'art. 21 del codice. Le conseguenze della mancata ottemperanza alle indicazioni del commissario sono però molto più gravi di quelle previste in caso di composizione negoziata perché l'esperto può annotare il proprio dissenso sul registro delle imprese con conseguenze soltanto reputazionali per l'imprenditore, mentre l'informativa del commissario giudiziale al tribunale può determinare la revoca dell'ammissione alla procedura e, come detto, ove siano pendenti istanze in tal senso, l'apertura della liquidazione giudiziale. Va sottolineato che, come nella composizione negoziata, gli atti compiuti dall'imprenditore non sono né nulli né inefficaci perché l'imprenditore è *in bonis* ed ha pieni poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione.

Va poi aggiunto che, come si vedrà più avanti, l'analogia tra la posizione del debitore nella composizione negoziata e il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione è fondata soltanto fino ad un certo punto, perché in alcuni casi l'imprenditore è soggetto al potere di autorizzazione del tribunale, con la possibilità che il compimento dell'atto senza autorizzazione possa portare alla revoca dell'ammissione alla procedura ai sensi dell'art. 106, comma 2.

Coerentemente con il regime giuridico cui è sottoposto l'imprenditore l'art. 166, comma 3, lett. e) ricomprende tra le esenzioni da revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del piano di ristrutturazione omologato, così come del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione omologati, purché indicati nel piano. Viceversa non sono ricompresi tra le esenzioni gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dal debitore dopo il deposito della domanda di accesso al piano di ristrutturazione, a differenza di quanto previsto invece per i medesimi atti dopo il deposito della domanda di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione. La ragione sta nel fatto che in questo caso il commissario giudiziale non ha il potere di impedire che l'atto venga posto in essere anche dopo aver manifestato il suo dissenso.

Come si è accennato il richiamo dell'art. 46, commi 4 e 5, comporta che i crediti di terzi sorti per effetto di atti legalmente compiuti, che in questo caso comprendono in sostanza tutta l'attività dell'imprenditore posto che questi può compiere anche gli atti di straordinaria amministrazione, sono prededucibili senza che a tal fine occorra un provvedimento autorizzativo del tribunale. In forza del richiamo dell'art. 98 da parte dell'art. 64 *bis*, ultimo comma, i crediti prededucibili sono soddisfatti durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto.

L'art. 46, comma 4, fa riferimento agli atti *legalmente* compiuti. Si tratta di un'applicazione specifica del principio affermato dall'art. 6, comma 1,

lett. d) del codice, che ha ad oggetto i crediti legalmente sorti per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa e che precisa poi, al secondo comma, che la prededucibilità permane anche nelle successive procedure esecutive e concorsuali.

Ci si può domandare se gli atti di straordinaria amministrazione compiuti dal debitore senza comunicarli al commissario giudiziale ovvero nonostante il suo dissenso, possano beneficiare di tale regime. Il legislatore non offre chiare indicazioni in proposito. A nostro avviso la circostanza che gli atti in parola si discostino dal modello legislativo comporta che essi, pur validi in ragione del fatto che l'imprenditore non incontra limiti nella sua capacità gestoria, non possano beneficiare della prededucazione²³, che implica pur sempre che si possa predicare l'utilità dell'atto per la massa.

Va poi sottolineato che il richiamo da parte dell'art. 64 *bis*, ultimo comma, degli artt. 99, 101 e 102 comporta che la disciplina dei finanziamenti interinali e dei finanziamenti per la presentazione della domanda di omologazione della procedura e dei finanziamenti in esecuzione del piano, anche se erogati da soci, si applica anche al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione. Tali finanziamenti pertanto beneficiano della prededucazione nei limiti stabiliti dalle norme richiamate. I finanziamenti interinali e per la presentazione della domanda di accesso alla procedura debbono pertanto essere autorizzati dal tribunale. Ne deriva che in difetto di autorizzazione il credito relativo non sarà assistito da prededucazione. Poiché però, come si è detto, l'imprenditore è *in bonis* e può compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, i contratti relativi a questi finanziamenti non saranno inefficaci né, salvo nel caso di mancata informazione del commissario giudiziale o di dissenso del medesimo, daranno luogo a provvedimenti del tribunale ai sensi dell'art. 106, comma 2, previsti per l'ipotesi che il debitore compia atti non autorizzati²⁴.

Vi è in sostanza una situazione analoga a quella regolata dall'art. 22, comma 1, lett. a) per la composizione negoziata. La mancata autorizzazione del tribunale comporta che il credito non sia prededucibile, ma non

²³ Si pone il medesimo quesito, senza arrivare ad una conclusione certa, anche S. BONFATTI, *op.cit.*, par. 10.

²⁴ In questo senso cfr. S. BONFATTI, *op.cit.*, par. 10, che osserva peraltro che, in ragione del mancato richiamo dell'art. 100 CCII che conferma per il concordato preventivo il principio dell'immediata esigibilità dei crediti aventi scadenza successiva all'apertura della procedura, i contratti di finanziamento pendenti al momento dell'apertura del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione : (i) proseguono secondo la disciplina originaria, anche se aventi scadenza successiva (come sarebbe l'ipotesi del mutuo in corso di ammortamento); (ii) possono trovare esecuzione senza necessità di autorizzazioni "esterne" anche se comportanti il compimento di atti di straordinaria amministrazione.

determina nullità o inefficacia del negozio eventualmente stipulato dal debitore senza autorizzazione.

Il legislatore non ha richiamato nell'ultimo comma dell'art. 64 *bis* l'art. 100 che regola l'autorizzazione al pagamento dei debiti pregressi nel concordato preventivo. Il mancato richiamo dipende dal fatto che non vi è un divieto di tali pagamenti nel piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione. Essi, infatti, rientrano nei poteri dell'imprenditore, che è *in bonis*, pur se soggetto al controllo del commissario giudiziale, nei termini ora visti. Va peraltro ricordato che il divieto di clausole *ipso facto*, previsto dall'art. 94 *bis*, richiamato dall'art. 64 *bis*, sul quale torneremo in prosieguo, comporta che il debitore ha facoltà di provvedere al pagamento di debiti pregressi, se ciò è coerente con il piano di ristrutturazione, ma i creditori non possono pretendere l'adempimento né agire esecutivamente a tal fine.

Il richiamo dell'art. 46, comma 5, da parte dell'art. 64 *bis*, norma che a sua volta richiama il primo comma dell'art. 46, porta a concludere che il riconoscimento di diritti di prelazione a favore dei creditori possa avvenire soltanto previa autorizzazione del tribunale, come avviene nel caso del concordato preventivo²⁵. Poiché l'ultimo comma dell'art. 46 richiama i primi tre commi della norma, ne deriva che l'autorizzazione sarà di competenza del tribunale prima della pronuncia del decreto di apertura della procedura e del GD dopo tale momento. Il compimento di tali atti senza autorizzazione comporta, se posta in essere dopo la pronuncia del decreto che apre il procedimento con riserva, con la concessione del termine per la presentazione della domanda e del piano, la revoca del decreto stesso. Sarà inoltre applicabile l'art. 106, comma 2, per l'ipotesi del compimento di atti senza autorizzazione.

Il confronto con la disciplina delle autorizzazioni nella composizione negoziata porta a rilevare che nel piano soggetto ad omologazione il legislatore ha previsto un regime di autorizzazioni per il riconoscimento della prededuzione, ma non ha ripreso la disciplina autorizzatoria della cessione dell'azienda in deroga al disposto dell'art. 2560, comma 2, c.c. sulla responsabilità dell'acquirente per i debiti pregressi risultanti dalle scritture contabili obbligatorie.

L'art. 22, comma 1, prevede che il tribunale possa autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi

²⁵ S. BONFATTI, *op.cit.*, sostiene invece che “il richiamo del principio dettato dall'art. 46, co. 5, CCII vieta la costituzione di ipoteche “giudiziali”, non già di ipoteche volontarie ovvero di altre garanzie condivise dall'imprenditore”. Ci pare invece che il primo periodo del comma 5 dell'art. 46 comporti l'applicazione del regime autorizzativo per la concessione di ipoteche volontarie previsto nel caso di concordato preventivo. Del resto lo stesso A. nel successivo par. 7 del suo scritto sembra condividere quanto qui sostenuto.

rami senza gli effetti di cui all'articolo 2560, secondo comma, del codice civile, dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti. La mancata autorizzazione non impedisce all'imprenditore di effettuare la cessione, ma non sarà possibile derogare alla responsabilità dell'acquirente per i debiti pregressi regolata appunto dall'art. 2560, comma 2.

La ragione per cui la norma non è richiamata è che il legislatore ha preferito regolare la cessione dell'azienda o la liquidazione del patrimonio in maniera conforme a quanto stabilito per il concordato preventivo. E' quindi richiamato l'art. 84, comma 8, in forza del quale, quando il piano prevede la liquidazione del patrimonio o la cessione dell'azienda e l'offerente non sia già individuato, il tribunale nomina un liquidatore che, anche avvalendosi di soggetti specializzati, compie le operazioni di liquidazione assicurandone l'efficienza e la celerità nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza. Si applicano gli articoli da 2919 a 2929 del codice civile. Non è richiamato il comma 9 dell'art. 84 che rinvia, nel caso di offerta da parte di un soggetto determinato avente ad oggetto l'affitto o la cessione di azienda in suo favore, alla disciplina delle offerte concorrenti prevista dall'art. 91. L'art. 64 bis, ultimo comma, richiama però direttamente l'art. 91, che, va ricordato, si applica non soltanto in caso di offerta irrevocabile contenuta nel piano di concordato, ma anche al contratto stipulato dal debitore prima dell'apertura della procedura con le medesime finalità, ma non all'offerta pervenuta in pendenza di procedura da perfezionarsi prima dell'omologazione del piano.

Per tale ipotesi l'art. 25 *septies*, comma 3, nel concordato semplificato liquidatorio prevede che il tribunale nomini un ausiliario che provvederà, previa autorizzazione del tribunale, svolgendo in sostanza le funzioni del liquidatore.

La fattispecie era dunque ben nota al legislatore e, di conseguenza, il mancato richiamo dell'art. 84, comma 9, è intenzionale. Come si è detto, l'imprenditore può compiere anche gli atti di straordinaria amministrazione e quindi è in grado di procedere alla cessione d'azienda, informandone ovviamente il commissario giudiziale. In questo caso però si tratterà di una vendita ordinaria, senza possibilità di derogare alla responsabilità dell'acquirente ai sensi dell'art. 2560, comma 2, sì che è improbabile che il potenziale acquirente sia disposto a perfezionare il contratto a tali condizioni. E per altro verso in questo modo non è possibile disporre cautele a tutela dei creditori, eccezion fatta per le indicazioni che potranno pervenire dal commissario giudiziale.

Va sottolineato d'altra parte che il legislatore non ha richiamato nell'ultimo comma dell'art. 64 *bis* l'art. 94 e in particolare i commi 5 e 6. Di conseguenza non vi può essere autorizzazione del tribunale alla vendita

o all'affitto dell'azienda in pendenza di procedura e l'alienazione potrà avvenire soltanto nei termini che si sono precedentemente indicati.

E' probabile peraltro che il legislatore abbia confidato sul fatto che i tempi di approvazione ed omologazione del piano di ristrutturazione dovrebbero essere necessariamente brevi, sì che sarebbe possibile attendere l'approvazione ed omologazione del piano per poi procedere nel rispetto dell'art. 91.

Nell'ultimo comma dell'art. 64 *bis* il legislatore richiama in quanto compatibili anche gli artt. 94 *bis*, 95, e 97. In virtù del richiamo dell'art. 94 *bis*, si applica nel solo caso in cui il piano preveda la continuità aziendale il divieto delle clausole c.d. *ipso facto*, in attuazione dell'art. 7, par. 5, della Direttiva. Pertanto i creditori non possono rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del deposito della domanda di accesso al piano soggetto ad omologazione, dell'emissione del decreto di apertura di cui all'articolo 47 e della concessione delle misure protettive o cautelari.

Ad essi è inoltre vietato sciogliersi dai contratti essenziali per effetto del mancato pagamento dei loro crediti conseguente alla sospensione delle azioni esecutive, sempre nel solo caso in cui il piano preveda la prosecuzione dell'impresa.

Il regime dei contratti pendenti è quello previsto dall'art. 97 in caso di concordato preventivo secondo la regola generale per cui i contratti pendenti, intesi come i contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti alla data del deposito della domanda, proseguono. Sono inefficaci i patti contrari. Il debitore può chiedere di essere autorizzato a sciogliersi o a sospendere il contratto se l'esecuzione non è coerente con le previsioni del piano né funzionale alla sua esecuzione. Nel caso di domanda con riserva può esser chiesta soltanto la sospensione. La sospensione o lo scioglimento sono disposti dal tribunale o dal G.D., da quest'ultimo dopo la pronuncia del decreto di apertura della procedura, nel contraddittorio del contraente *in bonis*, con determinazione di un indennizzo a favore di quest'ultimo che costituisce credito chirografario, ferma restando la prededuzione per il corrispettivo delle prestazioni eseguite tra la presentazione della domanda e la richiesta di scioglimento o sospensione. Il GD determina l'indennizzo ai soli fini della partecipazione del creditore al voto e del calcolo delle maggioranze. Altrimenti la determinazione dell'indennizzo è rimessa al giudice ordinariamente competente.

Oltre alla disciplina dettata dall'art. 97, il cui disposto abbiamo sommariamente riassunto, il legislatore nell'art. 64 *bis* richiama anche l'art. 95 e quindi le disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche

amministrazioni. Il principio generale dettato dal primo comma dell'art. 95 è che i contratti in corso di esecuzione, stipulati con pubbliche amministrazioni, non si risolvono per effetto del deposito della domanda di omologazione. Sono inefficaci eventuali patti contrari. Va peraltro sottolineato che dal tenore del secondo comma la regola si applica alla procedura che abbia carattere liquidatorio nel solo caso in cui il professionista indipendente attesti che la continuazione del contratto è necessaria per la miglior liquidazione dell'azienda in esercizio. Diversamente il piano deve prevedere la prosecuzione dell'attività d'impresa.

L'ultimo comma dell'art. 64 *bis* richiama l'art. 96 che a sua volta richiama gli articoli 145 e da 153 a 162 dettati dal legislatore in tema di liquidazione giudiziale.

L'art. 96 svolge la medesima funzione dell'art. 169 nella legge fallimentare, che richiamava gli artt. 45 e da 55 a 63. Le formalità necessarie per rendere gli atti opponibili ai terzi, di conseguenza, sono prive di effetto nei confronti dei creditori se compiute dopo l'apertura della procedura. Quanto agli effetti sui crediti, si applicano al piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, come al concordato preventivo, quelle disposizioni, rimaste in gran parte immutate, che già sotto il vigore del R.D. 267/1942 regolavano il concorso dei crediti nel concordato preventivo.

Va ricordato che, rispetto al regime previgente, il comma 2 dell'art. 155 stabilisce che la compensazione non operi se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo il deposito della domanda o nell'anno anteriore e ciò a prescindere dalla circostanza, precedentemente stabilita dall'art. 56, 1. fall., che il credito a tale data non fosse scaduto. Va poi ricordato che l'art. 96 stabilisce che trovi applicazione anche l'art. 153 (già art. 54, 1. fall.) che regola il concorso dei crediti garantiti da ipoteca, pegno o privilegio.

L'art. 64 *bis* non richiama l'art. 100 che consente nel concordato preventivo, a determinate condizioni, il pagamento dei debiti pregressi. Il mancato richiamo non sta a significare divieto di effettuare tali pagamenti, ma al contrario, come nella composizione negoziata e diversamente da quanto previsto nel caso del concordato in continuità, che non vi è divieto per l'imprenditore, purché si tratti di pagamenti coerenti con il piano di ristrutturazione e che non arrechino pregiudizio ai creditori.

5. La domanda ed il procedimento

Come si è detto, la domanda di apertura del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione va presentata nelle forme previste dall'art. 40 del codice. Si applica quindi anche in questo caso il procedimento unitario.

L'art. 40 precisa che la competenza è del tribunale in formazione collegiale. La competenza territoriale, ai sensi dell'art. 27, comma 2, è del tribunale nel cui circondario si trova il COMI dell'imprenditore, secondo i criteri relativi a persone fisiche e società dettati dalla norma.

Alla presentazione della domanda seguono alcuni effetti. Da un lato l'art. 64 *bis*, ultimo comma, richiama l'art. 89 in tema di concordato preventivo e di conseguenza dalla data di presentazione della domanda sono sospesi gli effetti che il codice civile ricollega alla riduzione del capitale sociale o alla perdita del medesimo. Si tratta di un effetto automatico che segue alla proposizione della domanda. Dall'altro, se il debitore ne fa richiesta nella domanda, alla sua presentazione segue, ai sensi dell'art. 54, secondo comma, il divieto per i creditori di iniziare e proseguire azioni esecutive e cautelari, sospensione che deve però esser poi oggetto di conferma da parte del tribunale in composizione monocratica. La domanda può inoltre contenere la richiesta di provvedimenti cautelari, che ai sensi dell'art. 54, primo comma, può essere proposta nel corso dell'intero procedimento di apertura del piano soggetto ad omologazione. Sulle misure protettive e cautelari ci soffermeremo nel paragrafo successivo.

Ai sensi del terzo comma dell'art. 40 la domanda entro il giorno successivo al deposito è comunicata dal cancelliere al registro delle imprese. L'iscrizione è eseguita entro il giorno successivo e quando contiene la richiesta di misure protettive il Conservatore del registro ne fa espressa menzione. La domanda, unitamente ai documenti allegati, deve anche esser trasmessa al P.M.

L'art. 64 *bis*, comma 2, precisa che con il ricorso il debitore deposita la proposta ed il piano e la documentazione indicata dall'art. 39, commi 1 e 2. Alla domanda pertanto deve essere allegato il piano e l'attestazione del professionista indipendente. Quanto al piano l'art. 64 *bis* ultimo comma richiama i primi due commi dell'art. 87. Ne deriva che il piano deve avere gli stessi requisiti richiesti per il concordato preventivo.

Alcune delle indicazioni che debbono figurare nel piano, secondo la disciplina dell'art. 87, assumono particolare rilievo alla luce del fatto che nel piano soggetto ad omologazione è indispensabile il voto unanime delle classi e che pertanto i criteri di formazione delle classi medesime sono determinanti. Occorrerà pertanto soddisfare con attenzione la richiesta del legislatore che vengano indicate sia le parti interessate dal piano che quelle non interessate (art. 87, comma 1, lett. l e n), che potranno essere indicate individualmente o per categorie di debiti, descrivendo i motivi per i quali esse non sono interessate. Ed ancora dovranno essere indicate le classi in cui le parti interessate sono state suddivise ai fini del voto, con indicazione

dei criteri di formazione utilizzati, del valore dei rispettivi crediti e degli interessi di ciascuna classe (art. 87, comma 1, lett. m).

Il debitore inoltre dovrà indicare le ragioni per cui la proposta è preferibile alla liquidazione giudiziale in modo da rispettare il principio del *creditor no worse off*.

Il legislatore non ha richiamato l'art. 87, comma 3, che prevede che la relazione del professionista indipendente attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano e, in caso di continuità aziendale, che il piano è atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale.

L'art. 64 *bis*, comma 3, prevede, molto più genericamente, che un professionista indipendente attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Dal confronto tra le due norme si potrebbe forse dedurre che nel caso del piano soggetto ad omologazione il legislatore non ritiene necessario che il piano consenta di superare l'insolvenza e garantisca la sostenibilità economica dell'impresa. Se così fosse si tratterebbe di un argomento a favore della possibilità di un piano soggetto ad omologazione a carattere liquidatorio.

L'art. 87, comma 3, fa anche riferimento all'idoneità del piano a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale, ma tale requisito è comunque affermato dall'art. 64 *bis*, comma 8, che impone al tribunale di verificarne la sussistenza in sede di omologazione nel caso di opposizione di un creditore dissenziente.

Dal comma 4 dell'art. 64 *bis* ricaviamo che, a seguito della presentazione del ricorso, il tribunale pronuncia decreto con il quale:

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

b) adotta i provvedimenti di cui all'articolo 47, comma 2, lettere c) e d), cioè stabilisce, in relazione al numero dei creditori, alla entità del passivo e alla necessità di assicurare la tempestività e l'efficacia della procedura, la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione da soggetti terzi, e fissa il termine per la comunicazione del provvedimento ai creditori;

- fissa il termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il quale il debitore deve depositare nella cancelleria del tribunale la somma, ulteriore rispetto a quella versata ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lettera

d), pari al 50 per cento delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura ovvero la diversa minor somma, non inferiore al 20 per cento di tali spese, che sia determinata dal tribunale.

Il sindacato del tribunale nella fase di ammissione alla procedura è dunque ridotto alla verifica della correttezza dei criteri di formazione delle classi ed alla valutazione della *mera ritualità* della proposta.

Per il concordato preventivo liquidatorio, l'art. 47, norma inserita nell'ambito del procedimento unitario, stabilisce che a seguito del deposito del piano e della proposta il tribunale verifica per il concordato liquidatorio *l'ammissibilità della proposta e la fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine del medesimo a raggiungere gli obiettivi prefissati* (art. 47, comma 1, lett. a). Il tribunale mantiene in questo caso i medesimi poteri di sindacato che già aveva vigente la legge fallimentare, ma è ridotto l'ambito del controllo che riguarda soltanto la non manifesta inattitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati. Nel caso del concordato in continuità il tribunale, sempre ai sensi dell'art. 47 (comma 1, lett. b) deve valutare la ritualità della proposta. La domanda, prosegue la norma, è tuttavia inammissibile se il piano è manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori e alla conservazione dei valori aziendali.

Nell'art. 64 *bis* il legislatore ha rinviato all'art. 47 per quanto concerne la fissazione della data della votazione e per alcuni altri provvedimenti accessori, ma ha stabilito direttamente i limiti della cognizione del tribunale, precisando che, oltre alla verifica dei criteri di formazione delle classi, il controllo riguarda la mera ritualità della proposta. Anche nel caso del concordato preventivo in continuità il tribunale è chiamato a verificare la sola ritualità della proposta, ma il legislatore non ha usato l'aggettivo *mera*, a significare che nel nostro caso il controllo deve essere particolarmente limitato.

Nel limitare il controllo del tribunale, soprattutto nella fase di apertura della procedura, il legislatore ha preso atto che la Direttiva *Insolvency*, che si applica, occorre ricordarlo soltanto alle procedure di ristrutturazione e non a quelle liquidatorie, non prevede controlli del giudice prima che il piano sia stato adottato dai creditori. L'art. 9, par. 5, dispone che i diritti di voto e la formazione delle classi siano esaminati da un'autorità giudiziaria o amministrativa quando è presentata la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione. L'art. 10, par. 3, richiede che l'autorità giudiziaria o amministrativa abbia la facoltà di rifiutare di omologare il piano di ristrutturazione che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa. Tale verifica è prevista, tuttavia, non al momento dell'apertura della procedura, ma dell'omologa.

La diversa estensione del sindacato del giudice nella fase di apertura nel concordato preventivo liquidatorio e in continuità si spiega con il fatto che soltanto nel secondo caso il legislatore ha dovuto tener conto dei vincoli che gli derivavano dalla Direttiva. La limitazione del sindacato nel caso del piano soggetto ad omologazione alla mera ritualità della proposta, con un limite ulteriore anche rispetto alla disciplina del concordato in continuità, si spiega soltanto ammettendo che il piano soggetto a omologazione sia stato concepito dal legislatore come una procedura di ristrutturazione. Tuttavia, come abbiamo osservato, questo limite non risulta con chiarezza dalla disciplina dell'istituto. Se si ammette che il piano possa anche avere carattere liquidatorio, la diversità del sindacato nel giudizio di apertura del concordato preventivo liquidatorio e del piano soggetto ad omologazione che abbia identico contenuto è irragionevole.

6. Misure protettive e cautelari. Riduzione o perdita del capitale

Il deposito della domanda di apertura del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione consente, come si è detto, di richiedere le misure protettive ed anche le misure cautelari. A quest'ultimo proposito l'art. 54, comma 1, chiarisce espressamente che il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari anche nel caso del piano di ristrutturazione. In tale ipotesi, come prevede l'art. 54, comma 1, i provvedimenti cautelari che possono essere richiesti sono quelli, inclusi la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze di omologazione dello strumento di composizione della crisi o dell'insolvenza. La formula, molto ampia, ha un senso evidente quando si fa riferimento alla disciplina del concordato preventivo dove all'omologazione può seguire la nomina dei liquidatori e rimane ferma la vigilanza del commissario giudiziale sull'attuazione della proposta e del piano. Nel caso del piano soggetto ad omologazione va considerato che in pendenza di procedura l'imprenditore può compiere gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione e che, omologato il piano, non vi sono particolari vincoli a suo carico. Il legislatore ha inoltre escluso che l'art. 114 che regola la cessione dei beni in caso di concordato preventivo sia applicabile al piano soggetto ad omologazione.

Per quanto concerne invece le misure protettive l'art. 54, comma 2, prevede sia per il concordato preventivo che per il piano soggetto ad omologazione che i creditori non possano iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio e sui beni e diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa. Rispetto al testo dell'art. 168 l.fall., che originariamente si riferiva al solo concordato preventivo, sono stati soppressi i riferimenti ai soli creditori per titolo o causa anteriore e la

previsione che l'azione esecutiva iniziata o proseguita in violazione di legge sia sanzionata dalla nullità, dovendosi più ragionevolmente ritenere che l'atto in questione sia semplicemente inefficace. Dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano. Non può essere pronunciata la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza o di apertura della liquidazione giudiziale.

Ulteriori misure temporanee possono essere richieste al tribunale da parte del debitore con successiva istanza (art. 54, comma 2, secondo periodo) per evitare che determinate azioni di uno o più creditori possano pregiudicare sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte. Va sottolineato che il riferimento della norma alle trattative presuppone comunque che sia stata presentata la domanda di apertura del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, eventualmente anche nelle forme della domanda con riserva di presentazione del piano. Il legislatore non precisa quale possa essere il contenuto di queste ulteriori misure temporanee, che sono destinate ad aggiungersi alle misure protettive che seguono automaticamente alla richiesta del debitore nella domanda di apertura del procedimento.

Va sottolineato che l'art. 54, quarto comma, con disposizione innovativa consente all'imprenditore di chiedere le misure protettive anche prima della presentazione della domanda di apertura del piano soggetto ad omologazione. La domanda può avere ad oggetto tanto le misure di cui al primo periodo dell'art. 54, che seguono automaticamente alla presentazione della proposta di piano soggetto ad omologazione, quanto quelle facoltative ed eventuali che l'art. 54, comma 2, consente di richiedere successivamente.

In tal caso la domanda sarà proposta ai sensi degli artt. 17 e 18. Occorre cioè che l'imprenditore chieda di accedere alla composizione negoziata e che ne ricorrano le condizioni. In questo caso le misure protettive potranno essere disposte dal tribunale secondo il regime proprio della composizione negoziata, ma al fine di poter successivamente presentare la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione. L'oggetto della domanda non ha apparentemente lo stesso contenuto rispetto a quanto previsto dall'art. 18 perché il legislatore fa riferimento alle misure previste dall'art. 54, comma 2, primo e secondo periodo, che hanno portata diversa rispetto a quanto stabilito dall'art. 18, comma 1. In particolare l'art. 54 non fa riferimento al divieto di acquisizione di diritti di prelazione senza il consenso dell'imprenditore che è invece ipotesi prevista dall'art. 18. Ciò però dipende dal fatto che l'art. 54 presuppone l'avvenuta presentazione della domanda di apertura del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, cui segue per il combinato disposto degli artt. 64 *bis*, comma 2, e dell'art. 46, comma 5, l'inefficacia delle ipoteche giudiziali

iscritte nei novanta giorni anteriori ed il divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo autorizzazione del tribunale. E' quindi da ritenere che il divieto previsto dall'art. 18 trovi applicazione perché, in ipotesi, siamo in un momento anteriore alla presentazione della domanda di apertura della procedura.

La possibilità, prevista dall'art. 18, di effettuare pagamenti, non è richiamata dall'art. 54, ma si è visto che nel caso del piano soggetto ad omologazione non vi è un divieto di effettuare pagamenti di debiti pregressi.

L'art. 54, quarto comma, consente la presentazione della domanda di misure protettive anche nel caso di domanda con riserva ai sensi dell'art. 44, comma 1. L'art. 54, comma 2, come si è visto, non contiene il divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti. Tuttavia l'art. 64 *bis*, comma 2, che regola gli effetti della domanda si applica anche all'accesso ai sensi dell'art. 44, comma 1. Ne deriva che anche in questo caso è richiamato il comma 5 dell'art. 46 con il conseguente divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione senza l'autorizzazione del tribunale e con inefficacia delle ipoteche iscritte nei novanta giorni anteriori.

In virtù del richiamo dell'art. 94 *bis* da parte dell'art. 64 *bis*, ultimo comma, in caso di continuità aziendale si applica il divieto delle clausole c.d. *ipso facto*. Pertanto i creditori interessati dalle misure protettive concesse ai sensi dell'articolo 54, comma 2, sia da quelle conseguenti alla richiesta proposta con la domanda sia da quelle eventuali successivamente concesse ai sensi del secondo periodo della norma, non possono rifiutare l'adempimento dei contratti in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore in conseguenza della concessione delle misure protettive o cautelari. Essi inoltre non possono unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti essenziali in corso di esecuzione o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla presentazione della domanda. Si intendono come essenziali i contratti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore.

Questa norma costituisce attuazione dell'art. 7, par. 4, della Direttiva. Va ricordato che il rinvio dell'art. 64 *bis* all'art. 94 *bis* è nei limiti della compatibilità della norma. Essa pertanto, anche in ragione della sua derivazione dalla Direttiva che riguarda soltanto le procedure di ristrutturazione, potrà trovare applicazione soltanto quando il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione preveda la prosecuzione

dell'attività dell'impresa. L'art. 94 *bis*, infatti, riguarda soltanto il concordato in continuità. La sua applicazione al piano soggetto ad omologazione presuppone che esso preveda la prosecuzione dell'impresa ai fini della sua ristrutturazione.

7. Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione con riserva

Il piano soggetto ad omologazione può essere proposto anche nelle forme proprie della domanda con riserva. L'art. 44 del codice prevede infatti che il tribunale fissi il termine compreso tra trenta e sessanta giorni, prorogabile di ulteriori sessanta giorni su istanza del debitore in assenza di domande di liquidazione giudiziale ed in presenza di giustificati motivi, entro il quale il debitore deposita la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione accompagnato dalla documentazione prevista dall'art. 39, commi 1 e 2. In questo caso il tribunale nomina il commissario giudiziale, disponendo che questi riferisca immediatamente nel caso di atti in frode non dichiarati nella domanda o su circostanze o condotte tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi. Dispone inoltre gli obblighi informativi periodici ed il versamento della somma necessaria per le spese di procedura.

In forza del richiamo dell'art. 49, comma 3, lett. f) il tribunale autorizza il commissario giudiziale: 1) ad accedere alle banche dati dell'anagrafe tributaria e dell'archivio dei rapporti finanziari; 2) ad accedere alla banca dati degli atti assoggettati a imposta di registro e ad estrarre copia degli stessi; 3) ad acquisire l'elenco dei clienti e l'elenco dei fornitori di cui all'articolo 21 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 e successive modificazioni; 4) ad acquisire la documentazione contabile in possesso delle banche e degli altri intermediari finanziari relativa ai rapporti con l'impresa debitrice, anche se estinti; 5) ad acquisire le schede contabili dei fornitori e dei clienti relative ai rapporti con l'impresa debitrice. Il commissario giudiziale sarà pertanto in grado di riferire più compiutamente sulla condotta del debitore e sull'eventuale sussistenza di atti in frode.

Il provvedimento di concessione del termine è revocabile su segnalazione del commissario giudiziale, di un creditore o del PM, sentiti il debitore e i creditori che hanno chiesto l'apertura della liquidazione giudiziale ed omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio. La revoca segue all'accertamento di atti in frode non dichiarati nella domanda di accesso alla procedura ovvero di circostanze o condotte del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi. Segue inoltre alla grave violazione degli obblighi informativi ed ancora al mancato versamento della somma necessaria per le spese di procedura.

Questo procedimento si affianca a quello previsto dall'art. 64 *bis*, comma 6, nel caso di compimento di atti di straordinaria amministrazione senza l'avviso al commissario o in caso di dissenso di quest'ultimo ove l'atto sia di pregiudizio ai creditori o non coerente con il piano.

In conclusione l'accesso al piano di ristrutturazione con riserva consente al debitore di beneficiare immediatamente della sospensione delle azioni esecutive e cautelari, sotto la vigilanza del commissario giudiziale, ma mantenendo la piena autonomia gestionale sia per gli atti di ordinaria che di straordinaria amministrazione, salvi gli effetti dell'intervento del commissario quando ravvisi atti non coerenti con il piano o di pregiudizio dei creditori. E le misure protettive possono essere anticipate sin dall'accesso alla composizione negoziata. Non è così nel caso in cui la domanda con riserva si riferisca al concordato preventivo perché in tal caso si applica l'art. 46 con il conseguente regime autorizzativo del debitore per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione.

L'accesso, anche con riserva, al piano soggetto ad omologazione determina un regime molto simile a quello di cui beneficia l'imprenditore che accede alla composizione negoziata e che tuttavia se ne differenzia sia per la presenza del commissario giudiziale le cui segnalazioni al tribunale, a differenza del parere negativo dell'esperto sui singoli atti, conducono rapidamente alla revoca dell'ammissione alla procedura, sia per la presenza di atti che, come abbiamo visto, richiedono l'autorizzazione del tribunale.

Occorre però il consenso di tutte le classi interessate, che rende la soluzione meno praticabile, quantomeno in presenza di un vasto numero di creditori.

8. I provvedimenti immediati. Richiamo della sezione IV del capo III del titolo IV

La sezione IV del capo III del titolo IV del codice, che contiene la disciplina dei provvedimenti immediati che seguono alla pronuncia del decreto di apertura della procedura, è richiamata dall'art. 64 *bis* integralmente, sempre nei limiti della compatibilità.

In questo caso deve farsi riferimento al decreto previsto dal quarto comma dell'art. 64 *bis*, con il quale il tribunale designa il giudice delegato e nomina o conferma il commissario giudiziale e fissa la data iniziale e finale della votazione dei creditori oltre che il termine perentorio per il deposito della somma necessaria per le spese di procedura.

Gli articoli 103, 104 e 105, che compongono la sezione IV del capo III insieme all'art. 106, non presentano particolari problemi applicativi. Si tratta infatti dell'annotazione dell'apertura della procedura per mano del commissario sui libri contabili (norma peraltro rimasta immutata rispetto

al vecchio art. 170 l.fall., quando un adeguamento alla tenuta elettronica delle scritture contabili sarebbe stata opportuna), delle modalità con cui deve avvenire la convocazione dei creditori, degli adempimenti cui è tenuto il commissario. L'art. 105 prevede che il commissario debba redigere l'inventario del patrimonio del debitore. La norma potrebbe essere forse considerata non compatibile con il regime del piano soggetto ad omologazione dove non vi è spossessamento del debitore. In realtà l'inventario non è collegato soltanto allo spossessamento, ma alla necessità di verificare l'esatta consistenza del patrimonio in relazione all'idoneità del piano e all'assenza di atti in frode dei creditori.

Il commissario dovrà inoltre redigere una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto precisando se l'impresa si trovi in stato di crisi o di insolvenza, riferendo sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, e la dovrà depositare in cancelleria almeno quarantacinque giorni prima della data iniziale stabilita per il voto dei creditori. Copia della relazione deve essere trasmessa al pubblico ministero. Nella relazione il commissario è tenuto ad illustrare le utilità che, in caso di liquidazione giudiziale, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi, allo scopo di consentire al tribunale ed ai creditori di verificare che la proposta preveda un trattamento non deteriore rispetto a quanto ricavabile in caso di liquidazione giudiziale.

Il commissario giudiziale è inoltre tenuto alla redazione di una relazione integrativa sia nel caso di proposta concorrente sia nel caso in cui emergano informazioni che i creditori devono conoscere ai fini dell'espressione del voto. Gli specifici adempimenti previsti dall'art. 105, commi da 3 a 5, in caso di concordato sono certamente applicabili anche nel caso del piano soggetto ad omologazione.

Come si è visto, il commissario giudiziale svolge nel piano soggetto ad omologazione le funzioni previste dall'art. 92 per il concordato preventivo, norma che è espressamente richiamata dall'art. 64 *bis*, sempre nei limiti della compatibilità.

Sicuramente il commissario deve svolgere l'attività di vigilanza prevista dal comma 3 dell'art. 92. La norma prevede però, per il solo concordato preventivo in continuità aziendale con riserva di presentazione del piano, ai sensi dell'art. 44, lett. a), che il commissario, oltre ai tradizionali compiti di vigilanza sul debitore e di informazione ai creditori, prima della scadenza del termine per la presentazione del piano, se richiesto, affianchi il debitore ed i creditori nella negoziazione del piano stesso, formulando suggerimenti per la sua redazione. Nel caso di concessione delle misure protettive ai sensi dell'art. 54, comma 2, sempre nell'ipotesi in cui la domanda sia stata

presentata con riserva, il commissario svolgerà tale funzione anche senza richiesta del debitore.

Sorge il quesito se tale disciplina possa essere applicata anche al piano soggetto ad omologazione.

La Direttiva, all'art. 5, comma 3, ha previsto che la nomina del professionista nel campo della ristrutturazione, commissario giudiziale nel nostro linguaggio, con funzioni di assistenza al debitore ed ai creditori nel negoziare e redigere il piano, sia obbligatoria in almeno tre casi: a) quando una sospensione generale delle azioni esecutive individuali è concessa da un'autorità giudiziaria o amministrativa e detta autorità decide che il professionista è necessario per tutelare gli interessi delle parti; b) quando il piano di ristrutturazione deve essere omologato dall'autorità giudiziaria o amministrativa mediante ristrutturazione trasversale dei debiti (*cross class cram down*); c) quando la nomina è richiesta dal debitore o dalla maggioranza dei creditori, purché, in quest'ultimo caso, i creditori si facciano carico del costo del professionista.

L'art. 92 ha dato attuazione alla prima ed alla terza delle ipotesi considerate dalla Direttiva. L'ipotesi che il piano debba essere omologato con il *cross class cram down* è stata ritenuta evidentemente assorbita nelle altre due. L'approvazione del piano con la ristrutturazione trasversale ed il voto favorevole di una sola classe di creditori non può infatti concretizzarsi prima del voto di questi ultimi ed ha pertanto senso che l'attribuzione al commissario delle funzioni di facilitatore delle trattative sul contenuto del piano avvenga prima che la proposta ed il piano siano presentati, quale che sia poi il risultato della votazione.

Non pare che vi siano difficoltà a ritenere applicabile la previsione dell'art. 92 anche al piano soggetto ad omologazione, dove peraltro la ristrutturazione trasversale dei debiti non può aver luogo perché è richiesta l'unanimità delle classi. La domanda infatti può essere presentata con riserva, come nel concordato preventivo, e la disciplina delle misure protettive è regolata dall'art. 54, comma 2, negli stessi termini. Sia nel concordato che nel piano soggetto ad omologazione vi è una domanda con riserva, cui ancora non è seguita la proposta ed il piano, e sono pendenti le trattative con i creditori. Inoltre il regime della domanda con riserva è flessibile e consente di passare da un tipo ad un altro di procedura. Ricorre dunque una *ratio* comune che giustifica l'attribuzione al commissario anche nel piano soggetto ad omologazione del compito di facilitatore, a condizione naturalmente che la domanda ipotizzi la prosecuzione dell'attività d'impresa.

Si è già illustrato in precedenza il particolare ruolo del commissario nel piano soggetto ad omologazione, di controllo sugli atti di amministrazione compiuti dall'imprenditore e sulla necessità che tali atti incontrino il suo

consenso, quando pregiudizievoli per i creditori o non coerenti con il piano di ristrutturazione.

Si è già osservato che il legislatore, nel prevedere questa nuova e diversa funzione del commissario giudiziale, ha tenuto presente il ruolo dell'esperto nella composizione negoziata ed ha ritenuto di attribuire al commissario una funzione di facilitatore dell'accordo sul contenuto del piano, con riferimento alla quale potranno venire utili le indicazioni che il decreto dirigenziale 28 settembre 2021 dà sullo svolgimento dell'attività dell'esperto nella composizione negoziata. Va però sottolineato che il commissario, a differenza dell'esperto, non ha un ruolo di totale indipendenza rispetto al giudice che l'ha nominato. Pertanto egli dovrà tener conto delle indicazioni che gli potranno pervenire dal tribunale in occasione, ad esempio, dell'emanazione di provvedimenti autorizzativi, ed in qualche misura anche in via informale. Va poi sottolineato che, a differenza dell'esperto, il commissario ai sensi dell'art. 92, ha obbligo di comunicare senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni. Questo ruolo del commissario può incidere sull'efficacia con cui potrà svolgere le funzioni di facilitatore nelle trattative per la redazione del piano.

La sezione IV del capo III si chiude con l'art. 106. Già si è visto che tale norma è espressamente richiamata dall'art. 64 *bis*. Non è qui il caso di soffermarsi ulteriormente.

9. Il voto dei creditori

Il voto dei creditori è disciplinato in gran parte con un rinvio alle disposizioni dettate dalla sezione V del capo III del titolo IV del codice relativamente al concordato preventivo. Ai sensi dell'art. 107 il voto è espresso con modalità telematiche ed è espresso a mezzo posta elettronica certificata inviata al commissario. Tutte le proposte presentate dal debitore e dai creditori nel caso di proposte concorrenti sono poste in votazione seguendo, per queste ultime, l'ordine temporale del deposito. L'ordine temporale e l'orario delle votazioni sono disciplinati da un decreto del G.D. Il voto può essere espresso tra una data iniziale ed una finale, già stabilite con il decreto del tribunale di apertura del procedimento. Almeno 15 giorni prima della data iniziale il commissario illustra la sua relazione e le proposte definitive del debitore e, eventualmente, dei creditori con comunicazione inviata ai creditori, al debitore e a tutti gli altri interessati, depositata nella cancelleria del G.D. Va allegato l'elenco dei legittimati al voto con indicazione dell'ammontare del credito per cui sono ammessi a votare. Dieci giorni prima della data iniziale del voto il debitore, i creditori che hanno formulato proposte alternative, i coobbligati, i fideiussori del

debitore, i coobbligati in via di regresso possono formulare osservazioni e contestazioni a mezzo PEC, indirizzate al commissario. Il debitore ha facoltà di rispondere e contestare a sua volta i crediti ed ha il dovere di fornire al giudice gli opportuni chiarimenti. Può inoltre esporre le ragioni per cui ritiene inammissibili o non fattibili le proposte concorrenti. Il commissario dà comunicazione ai creditori, al debitore e a tutti gli altri interessati delle contestazioni ed osservazioni e ne informa il GD. Il commissario deposita la propria relazione definitiva, di cui dà comunicazione ai creditori, al debitore e agli altri interessati, almeno sette giorni prima della data iniziale. Almeno due giorni prima sono comunicati a tutti questi soggetti i provvedimenti assunti dal GD. Tutti questi termini non sono soggetti a sospensione feriale.

Si tratta di un procedimento molto veloce, fondato sulla celerità ed efficienza del commissario e sull'utilizzo della PEC per tutte le comunicazioni.

L'art. 108 conferma il principio per cui il GD ammette provvisoriamente i crediti contestati ai fini del voto e del calcolo delle maggioranze, fatte salve le pronunce definitive sulla sussistenza del credito e sulla sua collocazione nell'ordine delle cause di prelazione e quindi anche nelle classi. In difetto di un provvedimento del GD i crediti sono ammessi sulla base dell'elenco dei creditori, fatto salvo il diritto di proporre opposizione all'omologazione. I creditori esclusi possono opporsi all'omologazione nel caso in cui il credito escluso superi la prova di resistenza e cioè possa avere influenza sulla formazione delle maggioranze.

Come si è detto, il piano soggetto ad omologazione è approvato se riporta il voto favorevole di tutte le classi. Come prevede l'art. 64 *bis*, comma 7, in ciascuna classe la proposta è approvata se è raggiunta la maggioranza dei crediti ammessi al voto oppure, in mancanza, se hanno votato favorevolmente i due terzi dei crediti dei creditori votanti, purché abbiano votato i creditori titolari di almeno la metà del totale dei crediti della medesima classe. Quest'ultimo criterio rende meno difficile il raggiungimento della maggioranza in ogni classe, perché esso corrisponde al 33% degli aventi diritto al voto.

Resta comunque difficile raggiungere la maggioranza in tutte le classi. A tale proposito va considerato anche il particolare regime che il legislatore ha dettato per quanto concerne i creditori privilegiati. La Direttiva ha previsto che hanno diritto di voto tutte le parti interessate e dunque anche i creditori privilegiati, se il loro credito riceve per effetto del piano un trattamento diverso rispetto a quello altrimenti spettante. Il legislatore italiano, pur dando attuazione a tale principio che è fortemente innovativo rispetto alla disciplina previgente, ha però previsto che i creditori muniti di diritto di prelazione non votano se soddisfatti in denaro, integralmente,

entro centottanta giorni dall'omologazione, e purché la garanzia reale che assiste il credito ipotecario o pignoratizio resti ferma fino alla liquidazione, funzionale al loro pagamento, dei beni e diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Nel caso di crediti assistiti dal privilegio di cui all'articolo 2751-*bis*, n. 1, del codice civile, il termine è di trenta giorni. Altrimenti, i creditori privilegiati votano e, per la parte incapiente, sono inseriti in una classe distinta. Tale regola è affermata dall'art. 109, comma 5, per il concordato preventivo, ma il legislatore ha preferito non richiamare tale comma dell'art. 109, a differenza di diversi altri commi della stessa norma, ed inserire lo stesso principio nei medesimi termini nel comma 7 dell'art. 64 *bis*. E' richiamato l'art. 109, comma 4, in virtù del quale per la parte incapiente il creditore privilegiato è equiparato ai creditori chirografari.

Come si è detto, la formazione delle classi richiede che i crediti corrispondano a posizione giuridica ed interessi economici omogenei, secondo la definizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. r). Ne deriva che un diverso privilegio o un diverso grado dell'ipoteca o del pegno comporta un diverso classamento perché i crediti hanno posizione giuridica non omogenea, con conseguente aumento del numero delle classi e maggior difficoltà a raggiungere il consenso di tutte le classi. Non è una regola imposta dalla Direttiva, che anzi all'art. 9, comma 4, ed al Considerando 44 indica che, come minimo, i creditori garantiti e non garantiti dovrebbero essere sempre trattati in classi distinte. In forza del sistema previsto dal codice, ed in questo caso anche dalla Direttiva, il numero delle classi aumenta anche in ragione della presenza di creditori privilegiati incapienti che per la parte degradata del loro credito debbono essere inseriti in una classe diversa.

L'art. 64 *bis* non richiama l'art. 109, comma 3, che prevede che i creditori privilegiati di cui la proposta prevede l'integrale pagamento non votano se non rinunciano alla prelazione ed in tal caso sono equiparati ai creditori chirografari, ma la rinuncia ha effetto soltanto ai fini della procedura. Ne deriva che nel piano soggetto ad omologazione non è ammessa la rinuncia ed i creditori privilegiati non sono comunque ammessi al voto. Si tratta di un regime differenziato diretto ad agevolare l'approvazione della proposta, che però rischia di creare una differenza di trattamento lesiva della posizione dei creditori privilegiati, verosimilmente censurabile ai sensi dell'art. 3 Cost.

In virtù del richiamo dei commi 6 e 7 dell'art. 109 sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze il coniuge o il convivente di fatto del debitore, la parte dell'unione civile con il medesimo, i parenti e affini fino al quarto grado, la società che controlla la società debitrice, le società da questa controllate e quelle sottoposte a comune controllo, nonché i cessionari o aggiudicatari dei loro crediti da meno di un anno prima della

domanda di concordato. Sono inoltre esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze i creditori in conflitto d'interessi.

Il creditore che propone il concordato ovvero le società da questo controllate, le società controllanti o sottoposte a comune controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile possono votare soltanto se la proposta ne prevede l'inserimento in apposita classe.

L'art. 64 *bis* richiama anche l'art. 109, comma 2, relativo al voto su proposte concorrenti stabilendo che quando sono poste al voto più proposte di concordato, si considera approvata la proposta che ha conseguito la maggioranza più elevata dei crediti ammessi al voto; in caso di parità, prevale quella del debitore o, in caso di parità fra proposte di creditori, quella presentata per prima. Quando nessuna delle proposte concorrenti poste al voto sia stata approvata con le maggioranze ora dette, il giudice delegato, con decreto da adottare entro trenta giorni dal deposito in cancelleria della relazione del commissario sull'esito della votazione, rimette al voto la sola proposta che ha conseguito la maggioranza relativa dei crediti ammessi al voto, fissando il termine per la comunicazione ai creditori e il termine a partire dal quale i creditori, nei venti giorni successivi, possono far pervenire il proprio voto per posta elettronica certificata. La norma aggiunge che in ogni caso si applicano le disposizioni di cui al comma 1 dell'art. 109, che prevede tra l'altro che ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se la maggioranza dei crediti ammessi al voto è raggiunta anche nel maggior numero di classi.

Sembrirebbe quindi che, in virtù del richiamo di questa disciplina, nel caso di proposte concorrenti non si applichi la regola per cui la proposta deve essere approvata da tutte le classi. Prevarrebbe la proposta che ha conseguito la maggioranza più elevata tra i crediti ammessi al voto, indipendentemente dalla formazione delle classi. Tale maggioranza dovrebbe inoltre essere raggiunta nel maggior numero di classi. Il risultato della presenza di una proposta concorrente sarebbe quindi quello di rendere più facile per il debitore o per i creditori concorrenti conseguire l'approvazione della proposta perché non sarebbe necessario raggiungere la maggioranza in tutte le classi.

In alternativa a quest'interpretazione potrebbe invece ritenersi che una volta che, in base alle regole dettate dall'art. 109, comma 2, si è determinato quale è la proposta che prevale, il GD dovrebbe in ogni caso rimetterla al voto allo scopo di verificare se essa ottiene la maggioranza in tutte le classi.

In virtù del richiamo del primo comma dell'art. 109 da parte del comma 2 della norma, nel caso in cui un unico creditore sia titolare di crediti in misura superiore alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, la proposta sarebbe approvata se, oltre alla maggioranza richiesta dal comma 2, riporta

anche la maggioranza per teste dei voti espressi dai creditori ammessi al voto.

L'art. 64 *bis* richiama anche l'art. 110, sempre in tema di concordato preventivo. Ne deriva che all'esito della votazione è redatta dal commissario giudiziale apposita relazione in cui sono inseriti i voti favorevoli e contrari dei creditori con l'indicazione nominativa dei votanti e dell'ammontare dei rispettivi crediti. È altresì inserita l'indicazione nominativa dei creditori che non hanno esercitato il voto e dell'ammontare dei loro crediti. Alla relazione è allegata, su supporto informatico, la documentazione relativa all'espressione dei voti. La relazione è depositata in cancelleria il giorno successivo alla chiusura delle operazioni di voto. A ciò segue il giudizio di omologazione se sono state raggiunte le maggioranze richieste, cioè, salvo il caso delle proposte concorrenti, l'approvazione di tutte le classi. Tuttavia ai sensi dell'art. 110, comma 2, del pari richiamato, se il commissario rileva, dopo l'approvazione del piano soggetto ad omologazione, che sono mutate le condizioni di fattibilità, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza per modificare il voto.

10. Il giudizio di omologazione: limiti del sindacato del tribunale e procedimento.

L'art. 64 *bis*, comma 8, si limita a prevedere che il tribunale omologa con sentenza il piano di ristrutturazione nel caso di approvazione da parte di tutte le classi. Ai sensi del comma 9 dell'art. 64 *bis*, si applicano le norme della sezione VI del capo III del titolo IV che regolano l'omologazione e l'esecuzione del concordato preventivo, ad eccezione dell'art. 112. Ne deriva che il contenuto del controllo cui è chiamato il tribunale nel caso rispettivamente del concordato in continuità e del concordato preventivo liquidatorio non trova applicazione nel caso in esame.

Va ricordato che la Direttiva *Insolvency* per le procedure di ristrutturazione prevede, nel caso in cui la proposta del debitore sia approvata dalle classi dei creditori all'unanimità, che non vi sia necessariamente un controllo del giudice. L'art. 11, par. 1, è chiaro in tal senso prevedendo la necessità di approvazione soltanto nel caso in cui occorra l'approvazione del piano da parte della maggioranza delle classi o attraverso la ristrutturazione trasversale dei debiti. L'art. 10, par. 1, richiede la necessaria approvazione del giudice soltanto in alcuni casi espressamente indicati e limita il controllo giudiziale in sede di omologazione alla verifica di alcune condizioni espressamente indicate nel

par. 2²⁶, tra le quali non risulta la fattibilità del piano, mentre il tribunale, in forza del già ricordato par. 2, deve verificare, ma solo se vi è contestazione in proposito da parte di creditori dissenzienti, che il piano garantisca il miglior soddisfacimento dei creditori e cioè che essi non percepiscano meno di quanto otterrebbero in caso di liquidazione giudiziale.

Il codice non richiede controlli stringenti del tribunale nel caso del piano soggetto a ristrutturazione perché la richiesta unanimità delle classi consente di distribuire il valore generato dal piano anche in deroga agli articoli 2740 e 2741 del codice civile e alle disposizioni che regolano la graduazione delle cause legittime di prelazione, con il vincolo che ai creditori sia garantito un trattamento non inferiore a quanto previsto in caso di liquidazione giudiziale. E' peraltro onere dei creditori dissenzienti sollevare tale contestazione in sede di opposizione all'omologazione.

Per altro verso l'art. 64 *bis*, comma 4, dispone che a seguito della presentazione del ricorso (quando naturalmente non si tratti di domanda con riserva ai sensi dell'art. 44) il tribunale, valutata la mera ritualità della proposta e verificata la correttezza dei criteri di formazione delle classi, nomina il G.D. e nomina o conferma il commissario giudiziale.

Va tuttavia sottolineato che l'art. 64 *bis* prevede che un professionista indipendente deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano.

In realtà neanche il piano soggetto ad omologazione sfugge completamente al controllo del giudice. Al richiamo da parte dell'art. 64 *bis*, comma 9, della sezione IV del capo III del titolo IV del codice consegue che é applicabile l'art. 106. Il combinato disposto dei commi 2 e 3 della norma comporta che all'esito del procedimento il tribunale revochi il provvedimento di apertura del concordato anche nel caso in cui in qualunque momento risulti che mancano le condizioni prescritte dagli articoli da 84 a 88.

²⁶ Art. 10, par. 2 della Direttiva: "2. Gli Stati membri provvedono affinché le condizioni per l'omologazione del piano di ristrutturazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa siano specificate chiaramente e prevedano almeno che: a) il piano di ristrutturazione sia stato adottato in conformità dell'articolo 9; b) i creditori con una sufficiente comunanza di interessi nella stessa classe ricevano pari trattamento, proporzionalmente al credito rispettivo; c) la notificazione del piano di ristrutturazione sia stata consegnata, conformemente al diritto nazionale, a tutte le parti interessate; d) nel caso vi siano creditori dissenzienti, il piano di ristrutturazione superi la verifica del migliore soddisfacimento dei creditori; e) se del caso, qualsiasi nuovo finanziamento sia necessario per attuare il piano di ristrutturazione e non pregiudichi ingiustamente gli interessi dei creditori. Il rispetto del primo comma, lettera d), è esaminato da un'autorità giudiziaria o amministrativa solo se il piano di ristrutturazione è stato contestato per tale motivo.

L'applicazione dell'art. 106 alla fattispecie non è agevole sia perché il comma 2 si riferisce al procedimento nel concordato con riserva sia perché le condizioni di apertura sono quelle del concordato preventivo e, come già si è osservato, sono richiamate norme che disciplinano i requisiti sostanziali della disciplina di tale procedura. In ogni caso, anche intendendo il rinvio come riferito alle condizioni di apertura del piano soggetto ad omologazione, non è agevole sostenere che la norma possa legittimare un controllo sulla fattibilità che non è previsto né nella fase di apertura della procedura né in sede di omologazione.

Ai sensi, tuttavia, dell'art. 7 il tribunale nel caso di proposizione di più domande, di cui alcune dirette alla liquidazione giudiziale, esamina prioritariamente la domanda di piano soggetto ad omologazione soltanto se il piano non è manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati. In questo caso vi è dunque una delibazione della fattibilità del piano, nei termini della non manifesta inadeguatezza.

Il par. 3 dell'art. 10 della Direttiva *Insolvency* prevede che l'autorità giudiziaria abbia la facoltà di rifiutare di omologare il piano di ristrutturazione che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa. I principi affermati dal codice potranno pertanto essere interpretati alla luce della norma unionale²⁷.

Venendo ora al procedimento di omologazione va notato che il comma 9 dell'art. 64 *bis* rinvia, quanto alla disciplina del giudizio, ai primi tre commi dell'art. 48, in quanto compatibili ed alla sezione VI del capo III, esclusi però gli artt. 112 e 114.

In forza del primo comma dell'art. 48 se il concordato è stato approvato dai creditori ed è stata quindi raggiunta l'unanimità delle classi, il tribunale fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento sia iscritto presso l'ufficio del registro delle imprese dove l'imprenditore ha la sede

²⁷ R. BROGI, *Clausole generali e diritto concorsuale*, in questa *Rivista*, 2022, 881 osserva, con riferimento all'omologazione del concordato preventivo, che il mancato richiamo alla sostenibilità economica da parte dell'art. 112, comma 1, lett. f) potrebbe essere recuperato, al momento dell'omologazione, mediante il riferimento all'art. 87, comma 3, del codice dov'è previsto che il professionista indipendente deve rendere un'attestazione che in caso di continuità aziendale il piano è atto a garantire la sostenibilità economica dell'impresa. L'A. ricollega questa proposta interpretativa al già ricordato disposto dell'art. 10 della Direttiva che richiede che il piano non sia privo della prospettiva ragionevole di garantire la sostenibilità economica dell'impresa. Il ragionamento potrebbe essere ripetuto, *mutatis mutandis*, con riferimento all'attestazione del professionista indipendente ai sensi dell'art. 64 *bis*, comma 3, relativa alla veridicità dei dati aziendali ed alla fattibilità del piano.

legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso l'ufficio del luogo in cui la procedura è stata aperta nonché notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori che hanno espresso il loro dissenso. Ai sensi del secondo comma dell'art. 48 le opposizioni dei creditori dissenzienti e di qualsiasi interessato devono essere proposte con memoria depositata nel termine perentorio di almeno dieci giorni prima dell'udienza. Il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere almeno cinque giorni prima. Il debitore può depositare memorie fino a due giorni prima.

Ai sensi del terzo comma dell'art. 48 il tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio, omologa con sentenza il concordato.

In forza del comma 8 dell'art. 64 *bis* se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il piano di ristrutturazione quando dalla proposta il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale. L'art. 48, comma 3, rinvia all'art. 112, comma 4, disponendo che in caso di opposizione di un creditore dissenziente, la stima del complesso aziendale del debitore è disposta dal tribunale solo se con l'opposizione è eccepita la violazione della convenienza.

L'ultimo comma dell'art. 64 *bis* esclude espressamente l'applicazione al giudizio di omologazione del piano di ristrutturazione dell'art. 112, ma tale esclusione è superata dal richiamo espresso contenuto nell'art. 48, comma 3, a sua volta richiamato dall'art. 64 *bis*, comma 9, in quanto compatibile. La regola dettata dall'art. 112, comma 3, in forza della quale se con l'opposizione un creditore dissenziente eccepisce il difetto di convenienza della proposta, il tribunale omologa il concordato quando, secondo la proposta e il piano, il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale, si applica certamente quando il piano soggetto ad omologazione prevede la ristrutturazione dell'impresa perché il principio espresso dalla norma deriva direttamente dall'art. 14, par. 1, lett. a) secondo il quale l'autorità giudiziaria o amministrativa adotta una decisione sulla valutazione dell'impresa del debitore solo qualora il piano di ristrutturazione sia contestato da una parte interessata dissenziente per una presunta violazione della verifica del migliore soddisfacimento dei creditori ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 6.

Nell'ipotesi che il piano non preveda la ristrutturazione ed abbia natura liquidatoria il limite previsto dall'art. 112, comma 3, alla possibilità di valutazione dell'azienda in sede di giudizio di omologazione non ha invece motivo per essere applicato.

In forza dell'art. 64 *ter* se dalla relazione depositata dal commissario giudiziale all'esito delle operazioni di voto, risulta che il piano di

ristrutturazione non è approvato da tutte le classi, il debitore ne può contestare il risultato, quando ritenga che invece l'approvazione di tutte le classi vi sia stata. La contestazione del debitore riguarderà verosimilmente il calcolo della maggioranze all'interno di una classe o del quorum dei creditori aventi diritto al voto, ma potrà avere ad oggetto qualunque altra circostanza, relativa ad esempio alle modalità con cui si è svolta la votazione, all'eventuale mancato computo di voti che il commissario ha ritenuto esser pervenuti oltre il termine di legge, alle modalità con le quali i creditori sono stati avvisati, alla ritualità del procedimento di voto²⁸.

Se vi è richiesta del debitore, pertanto, il giudizio di omologazione ha luogo ugualmente, pur in presenza della relazione negativa del commissario. La domanda va proposta entro quindici giorni dal deposito di tale relazione.

L'art. 64 *ter* non dice come si svolge in questo caso il giudizio di omologazione, ma è da ritenere, nella mancanza di richiami ad altre disposizioni, che trovi applicazione la disciplina dettata dai primi tre commi dell'art. 48 che, come abbiamo visto, sono richiamati dall'art. 64 *bis*, comma 9. Il tribunale fisserà pertanto l'udienza in camera di consiglio per la comparizione del debitore, dei creditori che ritengano di costituirsi in giudizio e del commissario giudiziale. Il provvedimento dovrà essere iscritto nel registro delle imprese. Poiché in questo caso l'opponente è il debitore, sarà questi che dovrà formulare la sua domanda con memoria depositata nel termine perentorio di almeno dieci giorni prima dell'udienza. Il commissario giudiziale depositerà il proprio motivato parere almeno cinque giorni prima dell'udienza. I creditori e gli altri interessati potranno depositare memorie fino a due giorni prima. Il tribunale, oltre a provvedere sulle istanze istruttorie ed a disporre eventualmente i mezzi istruttori d'ufficio, potrà eventualmente dare ulteriori disposizioni per garantire il pieno dispiegamento del contraddittorio.

Nel termine previsto dall'art. 64 *ter*, comma 1, il debitore, oltre che contestare il risultato della votazione secondo quanto risulta dalla relazione del commissario, può chiedere, ai sensi dell'art. 64 *quater*, la conversione del piano di ristrutturazione in procedura di concordato preventivo.

Se invece nel termine ora detto il debitore non richiede il giudizio di omologazione o la conversione della procedura, si applica l'articolo 111.

²⁸ La Relazione illustrativa allo "Schema di decreto legislativo", approvato nel giugno 2022, afferma che la norma si riferirebbe soltanto al caso in cui l'imprenditore crede che vi sia stato un errore nel computo dei voti e delle maggioranze ed è quindi convinto di avere ottenuto l'unanimità necessaria per l'omologazione del piano. Ci pare che la fattispecie possa avere contenuto più ampio e non si giustificano pertanto le perplessità sollevate dalla dottrina. Cfr. S. BONFATTI, *op.cit.*, par. 15.

Di conseguenza il giudice delegato riferisce immediatamente al tribunale, che provvede a norma dell'articolo 49, comma 1. Il tribunale cioè definisce la domanda di accesso allo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, nella specie la domanda di omologazione del piano di ristrutturazione, dando atto che non è stata raggiunta la maggioranza di legge. Dichiarerà inoltre con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale quando sia stato proposto ricorso in tal senso da uno dei soggetti legittimati nella sussistenza dei presupposti, qualità di imprenditore commerciale non minore e stato di insolvenza previsti dall'art. 121. Il requisito soggettivo è anche condizione di accesso al piano soggetto ad omologazione; difficilmente vi saranno questioni in proposito. Più delicata è la ricorrenza del presupposto oggettivo perché l'imprenditore potrebbe trovarsi in stato di crisi e non di insolvenza.

L'art. 49, comma 1, va letto congiuntamente con l'art. 7 del codice che prevede la trattazione unitaria delle domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alle procedure di insolvenza. L'ultimo comma dell'art. 7 enuncia in via generale la regola applicata anche nel caso in esame: in tutti i casi in cui la domanda diretta a regolare la crisi o l'insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale non è accolta ed è accertato lo stato di insolvenza, il tribunale procede, su istanza dei soggetti legittimati, all'apertura della liquidazione giudiziale.

Contro la sentenza che pronuncia sull'omologazione del piano o che dispone l'apertura della liquidazione giudiziale è ammesso reclamo alla corte di appello e contro la decisione della corte di appello è prevista la possibilità di proporre ricorso in cassazione. L'art. 64 *bis*, ultimo comma, richiama a tal proposito gli articoli 51, 52 e 53 del codice. L'art. 51, comma 1, indica espressamente tra i provvedimenti soggetti a reclamo quelli pronunciati relativamente al piano soggetto ad omologazione. Il reclamo va depositato nella cancelleria della corte di appello entro trenta giorni. Tale termine ai sensi del terzo comma decorre per le parti dalla data della notificazione telematica del provvedimento e per gli altri interessati dalla iscrizione nel registro delle imprese. In difetto di notificazione si applica il termine lungo previsto dall'art. 327, primo comma, c.p.c.

Il procedimento davanti alla corte di appello è regolato dai commi da 5 a 12 dell'art. 51. Il termine per proporre ricorso per cassazione è di trenta giorni dalla notificazione della sentenza.

Il comma 15 dell'art. 52 regola le conseguenze dell'aver la parte soccombente agito con mala fede o colpa grave, prevedendo che il giudice dell'impugnazione revochi l'eventuale ammissione al patrocinio a spese dello Stato, oltre alla responsabilità prevista dall'art. 96 c.p.c. Nel caso in cui la mala fede o la colpa grave siano imputabili al legale rappresentante di società o enti, il giudice lo condanna al pagamento delle spese dell'intero

processo in solido con la società od ente e al pagamento del doppio del contributo unificato.

Ai sensi dell'art. 52, comma 1, la corte d'appello può sospendere l'esecuzione del piano quando sia intervenuta omologazione, ordinando l'inibitoria dell'attuazione del piano e dei pagamenti. Il provvedimento può essere adottato quando ricorrono gravi e fondati motivi richiamando il secondo periodo del comma 1 dell'art. 52 il primo periodo riferito alla liquidazione giudiziale con l'espressione *allo stesso modo*. Va sottolineato che la corte può disporre le opportune tutele per i creditori e per la continuità aziendale.

In concreto non sarà facile per la corte di appello salvaguardare la continuità aziendale, gli interessi del ceto creditorio e concedere contemporaneamente l'inibitoria all'esecuzione del piano. Sarà comunque necessario che il reclamo venga definito rapidamente.

La sospensione viene chiesta dal reclamante con il reclamo e dalle altre parti con l'atto di costituzione. La corte provvede con decreto in camera di consiglio dopo che il presidente ha disposto la comparizione delle parti disponendo che copia del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza siano notificati alle altre parti, al commissario giudiziale ed al P.M. Contro il decreto non è ammesso ricorso per cassazione.

L'art. 53 regola gli effetti della sentenza di revoca della liquidazione giudiziale e dell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione. Il comma 5 della norma dispone che la corte di appello, su domanda di uno dei soggetti legittimati ed accertati i presupposti di cui all'art. 121, dichiara aperta la liquidazione giudiziale e rimette gli atti al tribunale per la pronuncia degli ulteriori provvedimenti ordinatori previsti dall'art. 49, comma 3 (nomina del G.D., del curatore, fissazione dell'udienza di verifica dei crediti, ecc.). Tuttavia, ai sensi dell'art. 53, ultimo comma, la corte quando ricorrano gravi e giustificati motivi, può sospendere i termini per la proposizione delle impugnazioni dello stato passivo della liquidazione giudiziale così aperta e l'attività di liquidazione sino al passaggio in giudicato della sentenza di revoca dell'omologazione.

Il comma 5 non si riferisce espressamente al piano soggetto ad omologazione, a differenza dell'art. 51, primo comma. La norma non sarebbe quindi applicabile alla procedura in esame, se non fosse che l'art. 53 è richiamato, in quanto applicabile, dall'art. 64 *bis*, ultimo comma, insieme agli articoli 51 e 52.

Non vi sono ragioni per ritenere che le regole che abbiano ora riassunto non possano trovare applicazione anche alla sentenza di revoca dell'omologazione del piano di ristrutturazione, anche in considerazione del fatto che lo stesso debitore ai sensi dell'art. 64 *quater* può chiedere la

conversione della procedura in concordato preventivo e che quindi vi sono moltissime affinità tra i due procedimenti.

Così pure non vi sono ragioni per non ritenere applicabile al giudizio di omologazione del piano di ristrutturazione il comma 5 *bis* dell'art. 53 che prevede che nel solo concordato preventivo in continuità aziendale, la corte, su richiesta delle parti, possa confermare la sentenza di omologazione se l'interesse generale dei creditori e dei lavoratori prevale rispetto al pregiudizio subito dal reclamante, riconoscendo a quest'ultimo il risarcimento del danno.

La norma, che ha certamente carattere fortemente innovativo, consente di non revocare l'omologazione pur in presenza della lesione dei diritti del creditore reclamante quando sia possibile riconoscere a quest'ultimo il risarcimento dei danni, a carico del debitore, senza naturalmente che l'erogazione del risarcimento renda impossibile l'esecuzione del piano. A tanto di conseguenza la corte potrà provvedere quando il piano di concordato preveda gli opportuni accantonamenti per porre rimedio a situazioni di questo tipo. La prevalenza dell'interesse generale dei creditori e dei lavoratori sul pregiudizio subito dal reclamante enunciata dalla norma suggerisce che in qualche misura il diritto al risarcimento del danno possa non essere equivalente alla tutela diretta che deriverebbe dall'accoglimento del reclamo. Tale valutazione e la determinazione del risarcimento, che tuttavia dovrà essere pieno perché il legislatore parla di risarcimento del danno e non di equo indennizzo, è rimessa al prudente apprezzamento della corte di appello.

Come si è detto, l'art. 53 non richiama il piano soggetto ad omologazione e neppure gli accordi di ristrutturazione, ma soltanto il concordato preventivo in continuità. Si tratta peraltro di un principio che il legislatore italiano ha mutuato dall'art. 16, par. 4, della Direttiva e che quindi va applicato a tutte le procedure che prevedano un piano di ristrutturazione.

Il rinvio dell'art. 64 *bis*, ultimo comma, agli articoli da 51 a 53 è nei limiti della compatibilità. Ne deriva che la norma potrà essere applicata nel giudizio di reclamo avverso la sentenza di omologazione del piano di ristrutturazione soltanto quando il piano preveda la prosecuzione dell'impresa e quindi un regime di continuità aziendale che possa consentire di valutare la prevalenza dell'interesse generale dei creditori e dei lavoratori, come richiesto.

11. Gli ulteriori richiami della sezione VI del capo III

L'art. 64 *bis*, comma 9, richiama gli articoli da 113 a 120 della sezione, escluso il 114. Ne deriva che se non sono applicabili le norme in tema di cessione dei beni dettate dalla norma da ultimo citata, dovrebbe trovare

applicazione la disciplina dell'art. 115 sulla legittimazione del liquidatore ad esperire le azioni di recupero dei beni o finalizzate ad acquisirne la disponibilità. Del pari il liquidatore esperirà l'azione sociale di responsabilità, ferma la legittimazione dei creditori per quanto concerne l'azione spettante ai creditori sociali ai sensi dell'art. 2394 c.c.

Si è già visto che, in forza del richiamo dell'art. 84, comma 8, da parte dell'art. 64 *bis*, quando il piano prevede la liquidazione del patrimonio o la cessione dell'azienda e l'offerente non sia già individuato, il tribunale nomina un liquidatore che, anche avvalendosi di soggetti specializzati, compie le operazioni di liquidazione assicurandone l'efficienza e la celerità nel rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza.

Sono inoltre richiamate le disposizioni dell'art. 117 nel caso in cui il piano preveda, durante la procedura oppure dopo l'omologazione, il compimento di operazioni di fusione, scissione e trasformazione della società debitrice.

Ai sensi dell'art. 117 il piano omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso. Tuttavia essi conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso. Salvo patto contrario, il piano omologato di una società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili.

L'esecuzione del piano omologato segue le regole dettate dall'art. 118.

Le azioni di risoluzione e annullamento sono regolate rispettivamente dagli artt. 119 e 120.

12. L'applicabilità della disciplina degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società (artt. 120 bis e ss.)

Accanto alla tutela della posizione del debitore costituito in forma societaria gli artt. 120 *bis* e ss. si occupano anche degli interessi di un'altra categoria di soggetti, che sono i soci della società debitrice.

Perché il potere effettivo degli amministratori non possa essere contrastato da manovre ostruzionistiche dei soci, il secondo comma dell'art. 120 *bis* dispone che gli amministratori possano prevedere nel piano qualsiasi modifica statutaria ivi inclusi aumenti e riduzioni di capitale anche con limitazione o esclusione del diritto di opzione e altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni. L'art. 120 *quinquies*, dedicato all'esecuzione del piano stabilisce che il provvedimento di omologa del tribunale determina la riduzione o l'aumento del capitale o la modifica dello statuto. Le regole statutarie sono quindi modificate a

prescindere dalla volontà di chi è in atto socio e con eventuale compressione dei suoi diritti.

La modifica della *governance* della società va vista quindi come parte del piano di ristrutturazione ed è soggetta all'approvazione del tribunale con gli stessi limiti e poteri che il tribunale ha con riferimento al piano nel suo complesso. Ne deriva che i soci potranno opporsi all'omologazione. A tale proposito va ricordato che l'art. 48, comma 2, nel regolare il giudizio di omologazione precisa che l'opposizione può essere proposta dai creditori dissenzienti e da qualsiasi interessato.

La modifica statutaria non è soggetta al controllo omologatorio del notaio rogante. Ne deriva che il controllo è devoluto al tribunale, sì che esso va compiuto anche in difetto di opposizioni.

Tale controllo riguarderà l'eventuale lesione dei diritti dei soci nel caso in cui la partecipazione di cui sono ancora titolari abbia un residuo valore, ad esempio nei casi in cui la società non sia insolvente, ma illiquida e sia prospettabile una ristrutturazione da cui possa conseguire l'integrale pagamento dei creditori e un residuo attivo distribuibile ai soci all'esito della liquidazione giudiziale²⁹. Si tratta di ipotesi non frequenti, ma non impossibili a verificarsi. Ovvero può trattarsi di casi in cui gli amministratori, espressione della maggioranza dei soci, abbiano predisposto un piano che lede indebitamente gli interessi della minoranza e si possa configurare l'ipotesi dell'abuso del diritto³⁰.

Il legislatore ha peraltro configurato un diverso potere di *voice* in capo ai soci prevedendo nell'art. 120 *bis*, comma 5, che i soci che rappresentano almeno il dieci per cento del capitale sono legittimati alla presentazione di proposte concorrenti ai sensi dell'art. 90 come i creditori titolari del 10% dei crediti. E' peraltro certamente improbabile che tale facoltà, di fatto raramente utilizzata dai creditori, venga esercitata da una minoranza dei soci.

Senza affrontare *funditus* la tematica della tutela dei soci vanno ricordate altre disposizioni che sono dirette a tutelare nei limiti del possibile la posizione dei soci della società in concordato nella loro veste di *residual claimant*, vale a dire di titolari di un diritto di credito alla restituzione del

²⁹ Va ricordato che nel concordato di gruppo l'art. 285, ult. comma, prevede che i soci possono proporre opposizione all'omologazione nel caso di pregiudizio arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale dal piano o dai piani di gruppo, nel caso di trasferimenti infragruppo o di decisione di liquidare alcune imprese del gruppo. L'apertura del concordato in linea di principio non è incompatibile con la tutela della partecipazione.

³⁰ Su queste problematiche si veda E. LA MARCA L. PANZANI, *Impresa vs. soci nella regolazione della crisi. Osservazioni su alcune principali novità introdotte con l'attuazione della Direttiva Insolvency*, in corso di pubblicazione.

capitale investito. L'art. 120 *quater* prevede infatti che i soci, organizzati in classe³¹, possano partecipare alla distribuzione del valore risultante dalla ristrutturazione, e quindi nel concordato in continuità, non soltanto nel caso in cui i creditori sociali siano stati integralmente soddisfatti, ma anche quando ciò non avvenga. Il comma 2 della norma qualifica come valore riservato ai soci il valore effettivo, conseguente all'omologazione della proposta, delle loro partecipazioni e degli strumenti che attribuiscono il diritto di acquisirle, dedotto il valore da essi eventualmente apportato ai fini della ristrutturazione in forma di conferimenti o di versamenti a fondo perduto oppure, per le imprese minori, anche in altra forma. Può trovare applicazione la regola della *relative priority rule*, ma a condizione che ove vi siano classi dissenzienti di creditori, esse ricevano un trattamento più favorevole di quello riservato alle classi di rango inferiore, pur conteggiando il valore assegnato ai soci in capo a tali ultime classi. Nel caso in cui non vi siano classi di rango inferiore, il valore assegnato alla classe dissenziente deve essere superiore a quanto riservato ai soci. Il legislatore, come si è già osservato, non trascura il fatto che i soci sono creditori postergati e che quindi il loro soddisfacimento non può avvenire a danno dei creditori dissenzienti.

Nella sostanza, tuttavia, il trattamento previsto a favore dei soci consente di attribuire loro un ritorno dalla ristrutturazione dell'impresa costituita in forma societaria, coinvolgendoli nella ristrutturazione e nella prospettiva di futuri rendimenti ad impresa risanata. Va tenuto conto che in quanto titolari della partecipazione i soci hanno un orizzonte temporale più ampio rispetto ai creditori, che va oltre l'esecuzione del piano e s'incentra soprattutto sulla riconquistata redditività della partecipazione.

La rubrica della sezione VI- bis del capo III del titolo IV del codice, che comprende le norme ora citate, si riferisce genericamente, come i primi quattro commi dell'art. 120 *bis*, agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società. Il quinto comma dell'art. 120 *bis* fa riferimento alle proposte concorrenti che riguardano la disciplina del concordato preventivo e del piano soggetto ad omologazione. L'art. 120 *quinquies*, che regola l'esecuzione delle modificazioni statutarie deliberate dagli amministratori, prevede che gli effetti delle modificazioni statutarie

³¹ Si veda in proposito l'art. 120 *ter* che regola il classamento dei soci. Il classamento è obbligatorio se il piano prevede modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci e, in ogni caso, per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio.

Va ricordato che l'art. 12 della Direttiva attribuisce agli Stati membri la facoltà di privare i soci del diritto di voto sul piano di ristrutturazione. Gli Stati membri ai sensi del par. 2 della norma provvedono affinché ai detentori di strumenti di capitale non sia consentito di impedire od ostacolare irragionevolmente l'attuazione del piano di ristrutturazione.

conseguano al provvedimento di omologazione della procedura. Ne deriva che le norme di cui stiamo discorrendo si applicano soltanto al concordato preventivo, agli accordi di ristrutturazione ed all'istituto in esame. L'art. 120 *ter* regola il classamento dei soci e dei titolari di strumenti finanziari che è facoltativa, ma diviene obbligatoria se il piano prevede modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci e per le società c.d. aperte. La formazione delle classi è certamente compatibile con il concordato preventivo e con il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, anche se in forza dell'art. 9, par. 7, della Direttiva il voto può essere sostituito da un accordo con la maggioranza richiesta, come avviene negli accordi di ristrutturazione. L'art. 120 *quater* prevede che nel concordato preventivo i soci possono opporsi all'omologazione ai fini di far valere il pregiudizio rispetto all'alternativa liquidatoria. Probabilmente il legislatore *minus dixit quam voluit* perché non vi sono ragioni per ritenere che tale diritto di proporre opposizione all'omologazione non possa essere invocato anche nel piano soggetto ad omologazione, dato che la diversa disciplina dei due istituti non giustifica la disparità di trattamento. Dall'art. 12 della Direttiva e dal Considerando 57 si ricava infatti che l'esclusione dei soci dall'esercizio del diritto di voto ai sensi degli articoli da 9 a 11 è facoltativa e l'Italia non si è avvalsa di tale facoltà. Il socio è dunque parte interessata e la sua tutela non può che essere piena e comprendere anche il giudizio di opposizione all'omologazione.

13. La conversione in concordato preventivo

Come si è accennato, in forza dell'art. 64 *quater*, se il piano di ristrutturazione non è approvato da tutte le classi, secondo quanto risulta dalla relazione depositata dal commissario giudiziale ai sensi dell'art. 110, il debitore, in luogo della richiesta che il tribunale pronunci ugualmente sulla domanda di omologazione ai sensi dell'art. 64-*ter* comma 1, può modificare la domanda formulando una proposta di concordato e chiedendo che il tribunale pronunci il decreto di apertura del concordato preventivo ai sensi dell'art. 47.

Il debitore può formulare la medesima istanza quando un creditore ha formulato osservazioni ai sensi dell'art. 107, prima che si proceda al voto, contestando il difetto di convenienza della proposta.

Più in generale l'art. 64 *quater*, comma 2, consente al debitore di modificare la domanda in ogni momento della procedura, formulando la proposta di concordato preventivo.

Alla modifica della domanda con conseguente conversione della procedura segue l'applicazione delle norme che regolano il procedimento di concordato. Di conseguenza l'art. 64 *quater*, comma 4, prevede che la memoria contenente la modifica della domanda sia pubblicata nel registro

delle imprese. Dal giorno della pubblicazione si applicano il regime di autorizzazione al compimento degli atti di straordinaria amministrazione previsto dall'art. 46, commi 1, 2 e 3. Viene quindi meno la libertà di gestione di cui beneficia l'imprenditore in pendenza del piano soggetto ad omologazione. Si applica inoltre l'art. 47, comma 2, lett. c), con la conseguenza che il tribunale deve dare i provvedimenti per la votazione dei creditori, fissando la data iniziale e quella finale per l'espressione del voto. Trovano inoltre applicazione tutte le norme del capo III del titolo IV del codice che regolano lo svolgimento della procedura di concordato.

Ai sensi dell'art. 64 *quater*, comma 3, dopo la domanda di conversione i termini per l'approvazione della proposta sono ridotti alla metà perché la conversione determina normalmente un appesantimento della procedura.

La procedura di conversione è diretta ad ovviare ad una situazione in cui appare chiaro che non sarà possibile raggiungere la maggioranza in tutte le classi. In tale ipotesi con la conversione in concordato in continuità il debitore può cercare di ottenere l'approvazione della proposta da parte della maggioranza delle classi oppure attraverso la ristrutturazione trasversale, il *cross class cram down*, dove può essere sufficiente anche il voto favorevole di una sola classe purché siano rispettate le condizioni previste dall'art. 112. Nel caso in cui la domanda di conversione abbia ad oggetto una proposta a contenuto liquidatorio le maggioranze sono invece quelle previste dall'art. 109, comma 1, dove alla maggioranza dei crediti ammessi al voto si aggiunge, se viene mantenuta la previsione delle classi, la maggioranza delle classi.

La difficoltà più rilevante è data dal fatto che nel concordato preventivo non sono consentite le ampie deroghe alla disciplina degli artt. 2740 e 2741 c.c. previste nel caso di piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione. E' possibile la ripartizione del plusvalore da continuità in favore dei creditori secondo la regola della priorità relativa, nel solo concordato in continuità. Diversamente deve essere seguita la ripartizione secondo il principio della priorità assoluta.

Si tratta quindi di una prospettiva molto diversa ed il passaggio da un tipo di procedura all'altro non è certo agevole.

Va ancora sottolineato che la contestazione di uno o più creditori sulla convenienza del piano di ristrutturazione, cui può seguire la domanda di conversione, può comportare che la proposta non sia idonea ad assicurare ai creditori o ad una parte di essi un trattamento non deteriore rispetto alla liquidazione giudiziale. In tale ipotesi il debitore dovrà tenerne conto nel chiedere la conversione della procedura modificando di conseguenza la proposta.

Così come si può passare da una domanda di omologazione di un piano di ristrutturazione ad una domanda di omologazione di una proposta di

concordato preventivo, è lecito praticare il percorso inverso e trasformare quindi la domanda di concordato preventivo in una domanda di omologazione di piano di ristrutturazione, finché non sono iniziate le operazioni di voto.

La conversione da un procedimento all'altro riguarda i casi in cui il debitore ha presentato la proposta ed il piano. Nelle ipotesi di domanda con riserva, dove il debitore ha chiesto al tribunale il termine per la presentazione della proposta e del piano, la facoltà di formulare indifferentemente una proposta di concordato, di omologazione degli accordi di ristrutturazione o del piano soggetto ad omologazione è espressamente prevista dal legislatore, come stabilisce l'art. 44, comma 1, lett. a).